

Doctrina

Capitalismo, primer mundo y control corporativo: ¿otra vez la Argentina pretende saltar al pasado?



Ernesto E. Martorell

Abogado. Licenciado en Asesoría Jurídica de Empresas. Egresado de la Maestría en Derecho del Trabajo. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular en doctorados y programas de máster en la Universidad Austral (UCA), Universidad de Santa María de la Asunción (Paraguay), del Nordeste, Siglo XXI (Córdoba), San Carlos de Guatemala y de Honduras. Miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas Deportivas (1998), de la Subcomisión de Derecho Comercial que integró el grupo redactor del Código Civil y Comercial de la Nación (2011), y de la Comisión para la Reforma de la Ley de Concursos y Quiebras (2018). Jurado para la selección de profesores titulares, de doctorado y maestrías.

SUMARIO: I. La necesaria “reimaginación” del capitalismo.— II. Postura actual sobre el capitalismo, los mercados y las grandes sociedades comerciales.— III. La República Argentina y el derecho societario que se propone: ¿otra vez a contramano de la historia?— IV. Conclusiones.

I. La necesaria “reimaginación” del capitalismo

Más allá del hecho de que existen quienes han empezado a hablar “Del fin del capitalismo” (?); hecho este que —cuando menos las izquierdas— avizoran a cada rato y que esconde indisimuladamente un deseo “in mente retenta” de que así suceda, siendo un claro ejemplo de ello que la misma situación vaticinaron sin éxito con la crisis de las llamadas “Reaganomics”, luego con la caída de *Enron* y *Worldcom* (2002) y *Parmalat* (2003), posteriormente con la debacle de Lehman Brothers (2008) y, finalmente, con el escándalo de las hipotecas “sub-prime” (2008), lo cierto es que los tiempos que vienen se caracterizarán por el pragmatismo y por la adopción de políticas gubernamentales que habrán de exceder con mucho los límites fijados por “izquierdas” o “derechas” (1).

Es de toda evidencia que, como consecuencia de la pandemia causada por el COVID-19, tanto nuestro país como el mundo deberá enfrentar situaciones calificables —para utilizar palabras de Schuster— como “de extrema disrupción”, a lo que se suma el cuadro de suma

debilidad estructural de nuestra economía, por todos conocido, coincidiendo con quien siga en la materia, en que el capitalismo es el uso de la riqueza para crear más riqueza, y que incluye tanto el capitalismo de mercado “...como el hoy aceptado capitalismo con alta injerencia estatal” (2).

Por otra parte, es de toda evidencia que el capitalismo, frente a esta gravísima crisis sanitaria, económica, financiera y social ha desnudado fallas y demostró —como mínimo— inconsistencias al tiempo de enfrentar la pandemia, lo cual, sumado a las graves críticas por las falencias que de antemano venía despertando el sistema, impone —para utilizar palabras del fundador del Foro de Davos— “Un reseteo del capitalismo” (3).

¿Es esto posible?

Atento a la incidencia directa de lo socioeconómico-fáctico como dato que no puede faltar en los análisis del Derecho Mercantil en general, y Corporativo en particular (4), debemos plantearnos qué camino seguir:

Y también:

¿En qué posición se encuentra los autores argentinos frente a las vanguardias o usinas de pensamiento —los “think tanks”— que prevalecen en los foros universitarios más prestigiosos de pensamiento?

¿Lo que se está planteando en el mundo, a nivel del Derecho de las Corporaciones, tiene reflejo en nuestro país?

Veamos:

1.1. Tendencias actuales en las usinas intelectuales (Harvard, Yale, Wharton y otras)

Ya en un artículo publicado en este mismo Diario hace un par de años (2019) (5) destacó que resultaba verdaderamente paradójico el hecho que, mientras —por ejemplo— Rebecca M. Henderson (6), desde su Cátedra “Reimagining Capitalism”, en el MBA PROGRAM de la Harvard Business School y en todos los restantes prestigiosos foros mundiales en los que enseña, sostenía la necesidad de replantear los esquemas operativos y legales que configuran el marco en el cual se mueven

las corporaciones “...in a world on fire” (“en un mundo en llamas”) (7), aquí “desencorsetados” (8) (?) cuestionaban severamente a quienes —alineándonos con las tendencias más modernas y serias del mundo universitario occidental— bregábamos por su mayor y necesaria fiscalización (9).

Idéntica postura, como veremos en otra parte de este mismo artículo, sostienen Klaus Schwab desde Davos, Rawi E. Abdelal, desde la Harvard Business School, y Anat Admati, desde la Universidad Hebrea de Jerusalem y la Escuela de Negocios de los Graduados de Yale.

También puse de relieve que, mientras en torno a la necesidad de que los Estados democráticos velen por la transparencia de los acuerdos comerciales y las actuaciones corporativas, habían “...tomado estado público y predicamento los requerimientos de las senadoras Amy Jean Klobuchar (10), Elizabeth Ann Warren (11), y de David Cicilline, (12) “cursados a la FED (Federal Reserve), para que detenga las fusiones corporativas durante la crisis y que eso sea una condición para que las corporaciones involucradas puedan acceder a los fondos de rescate del Estado, con la fina-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Yendo ya al terreno de los alineamientos y a lo ideológico, y previo mencionar las medidas extremas adoptadas por el Reino Unido en la 2da. posguerra del siglo pasado, como estatizaciones, racionamientos, subsidios y un vasto etcétera, destaca el ex CEO de KPMG que “No se podría considerar a Gran Bretaña como un país que históricamente ha restringido las libertades individuales de sus ciudadanos, aunque tampoco resultaría extemporáneo que un país típicamente capitalista pueda utilizar instrumentos como los citados en casos de situaciones de economía de guerra o de extrema disrupción”, Vid. SCHUSTER, Alberto: “Capitalismo en la era del coronavirus”, *El Cronista*, del 23/03/2020, Sección “Enfoque”, p. 3.

(2) *Ibidem*, p. 3.

(3) Me refiero a Klaus Schwab. Véase de SCHWAB - THIERRY MALLERET, “COVID-19: The Great Reset”, ISBN 178-2 940631-12-4978-2 940631-12-4. Y, en Argentina: RODRÍGUEZ LAREDO, Tristán, “Por un reseteo del capitalismo”, *Revista Noticias*, del 30/01/2021, ps. 32/34.

(4) GIRÓN TENA, José, “Tendencias actuales y reforma del derecho Mercantil (Estudios)”, Civitas, Madrid, 1986, p. 19.

(5) MARTORELL, Ernesto Eduardo “Acerca de la necesidad de repensar el Derecho Societario Argentino”, LA LEY, 2019-F, 791.

(6) Rebecca M. Henderson es Doctor in Business Economics de Harvard, amén de poseer un “degree” en “Mechanical Engineering” en el MIT (Massachusetts Institute of Technology). Enseña “Reimagining Capitalism” en el MBA de Harvard y en la John and Natty Mc Arthur University, siendo elegida por “Financial Times”, una de las “...3 outstanding Directors of 2019.

(7) Véase HENDERSON, Rebecca M. “Reimagining Capitalism in a World on Fire”, Penguin Books, 3/9/2020. Puede verse también la grabación de la conferencia del mismo nombre pronunciada en el Town Hall Seattle, en YouTube 11/05/2020.

(8) Muy recientemente se sostuvo “...que en el actual derecho societario se impone tomar nota de las necesi-

dades del empresario moderno cada vez más reacio a sentirse encorsetado por formas societarias tipificadas estrictas”. Piénsese que ello llevó a que hacia 2019/20 hubiera en la República Argentina 57 empresarios de primerísimo nivel procesados (“¿arrepentidos?”) y más de una docena detenidos por delitos gravísimos, y que entre ellos se encuentran —¡nada menos!— que 2 (dos) ex-presidentes de la Cámara Argentina de la Construcción, varios ex-titulares de la Unión Industrial Argentina y una decena de *Chief Executive Officers* de Firms Contratistas de Obra Pública, entre ellos el CEO del Grupo Siderúrgico más grande del País y titular de la única Multinacional de capital argentino. Si esto es así con un sistema societario que algunos tachan de riguroso o rígido: ¿Qué habrá de pasar si “desencorsetamos”? ROVIRA, Alfredo, “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades”, LA LEY, 2016-F, 515, a quién pertenece la desafortunada frase entrecomillada, y también: MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Defensa de la democracia y responsabilidad empresarial (art.36, CN). Optimismo

y claroscuro”, en la obra colectiva “A 25 años de la reforma constitucional de 1994”, María Angélica GELLI (dir.), Sup. Esp. Const. 2019 (noviembre), 167, “Acerca de la necesidad de repensar el Derecho Societario Argentino”, ob. cit. Y también en MARTORELL, Ernesto Eduardo -TAZZA, Alejandro, “Responsabilidad Comercial y Penal por fraude Societario”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, 1ª ed. “Prólogo”, p. 14 y ss.

(9) MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Acerca de la necesidad de repensar el Derecho Societario Argentino”, ob. cit., p. 1.

(10) Abogada, senadora demócrata (en representación del Democratic-Farmer Party) de los EE.UU. por el Estado de Minnesota desde el año 2007.

(11) Abogada especialista en *Bankruptcy Law*, senadora demócrata de los EE.UU. por el Estado de Massachusetts desde el año 2013.

(12) Abogado, Congressman, representante del 1er Distrito de Rhode Island, y “Chairman of the House Antitrust Committee”.

Nota a fallo

Transporte de personas

Accidente de tránsito. Impacto contra el guardarraíl. Fal-

ta de acreditación médica de cuadro de lipotimia. Tasa de interés.

CNCiv., sala A, 26/02/2021. - G. F. M. c. C. R. y otros s/ Daños y perjuicios.

[La prueba de carácter científico y la consideración jurídica del desmayo en un caso concreto de nuestra jurisprudencia](#)

Leonel J. Ciliberto

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

lidad de que no se vean beneficiadas las corporaciones más grandes consolidando su poder, y se afianzaba la necesidad de fiscalizar, aquí se pretendía con aires de “modernidad” (?) —repito—, la eliminación de todo control corporativo contractual (Vid. Art. 33 del “Anteproyecto de Reforma...” de la LGS), al grito de “...desencorsetemos” (13), y que el Estado permitiese a cualquiera crear formas corporativas harto deficientes (SAS), “librándolas a la buena de Dios” (14).

Cuando formulé dichos severos cuestionamientos (2019), que motivarían críticas amistosas de algún prestigioso jurista, gobernaba los EE.UU. Donald Trump, era el período pre-pandemia, y la mayor parte de los empresarios y comercialistas argentinos apostaban a su reelección, razón por la cual mis referencias a las posiciones de los legisladores norteamericanos citados fueron tomadas hasta con algún nivel de sorna.

Empero, el 20 de enero de 2021 todos vimos a la senadora demócrata Amy Jean Klobuchar, en cuyas ideas fundara en ese entonces mi posición, en la explanada del Capitolio en Washington, pronunciando el Discurso de apertura en la Jura del presidente Nro. 46 de la Unión, Joe Biden.

Más allá de aquello del poeta de que “... nunca es triste la verdad, lo que no tiene es remedio”, y que detrás de las posturas en materia corporativa de los legisladores norteamericanos que citara hace un bienio, están desembarcando rápidamente en la nueva gestión demócrata las corrientes de opinión que sobre la temática corporativa se están desarrollando arrolladoramente en sus universidades más importantes, cabe ahora, por su importancia, volver sobre el tema, que supongo que merecerá menos “tirones de oreja” que en el año 2019 de alguno que otro catedrático equivocado, y resumir las “ideas-fuerza” que se han generado a raíz de los graves abusos corporativos y la desaprensión de “los libertarios” (!).

Veamos.

I.2. ¿Por qué se plantea hoy en los EE.UU. y en Europa “repensar” el capitalismo? ¿Cómo incide ello en el Derecho Societario?

Cuando se piensa en “los mercados”, entendiendo por tales los ámbitos en los que deben operar las empresas, se debe tener presente que “se estima que unas 1000 Empresas controlan el 73% del Producto Bruto Interno (PIB) del mundo” (15).

Siguiendo con nuestro razonamiento, como estas empresas deben obtener fondos para operar y crecer, corresponde que uno se pregunte cómo lo hacen.

Y la respuesta es que, por lo general, recurren al mercado financiero.

Pues en la materia cabe considerar que solo tres Fondos de Inversión (“Vanguard”, “State

Street” y “BlackRock”), controlan el 90% de las sociedades listadas en el S&P 500, pero no poseen únicamente el control accionario de aquellas, sino que “...también dominan al 40% de las compañías estadounidenses que cotizan en Bolsa” (16).

Finalmente, y como destaca una vez más Rebecca Henderson: “Se estima que el 80% de los activos financieros del mundo están controlados por menos de 50 personas” (i) (17).

Ahora bien, si solo tres “Funds” controlan 9 de cada diez de las 506 grandes sociedades listadas en el Standard & Poor’s 500 (Standard & Poor’s 500 Index), que es el índice bursátil más importante de los EE.UU., y dominan asimismo casi la mitad de las compañías norteamericanas que cotizan en la Bolsa, la otra pregunta que se impone es:

¿Por qué no pueden evitarse las crisis?

¿Cómo puede verse tan afectado el sistema liberal capitalista frente a un cuadro “prima facie” tan fácil de controlar?

La respuesta la da James Galbraith (18), al sostener que “...el fraude ha sido la causa principal de la crisis” que ha afectado a las corporaciones norteamericanas y fundamentalmente a los bancos (19), afirmando el entonces presidente de los EE.UU. Barack Obama, que se debe intentar terminar con un modelo de negocios corporativo “...que se basa en timar a la gente” (20).

A su vez, y mientras el universo económico-financiero exhibe este cuadro, aún el mundo desarrollado nos muestra una ola creciente de perjudicados por la desindustrialización, a lo que se suma la pérdida cada vez mayor de empleos administrativos, antes considerados seguros, en un momento en que se genera una “oligarquía” (y la palabra, amén de obsoleta, suena mal y gastada en la Argentina) de megamillonarios riquísimos de los gigantes tecnológicos (21).

Ese nefasto panorama en los países “populistas” suele venir en “un combo” con mayorías militantes que, a raíz del lastre ideológico por lo común las domina, amén de llamar “derechistas” a todos los que consideran “enemigos” (?), se mueven en el marco de la subcultura de las teorías conspirativas.

Es tan curiosa la radiografía en la cual debemos repensar doctrinas jurídicas tan importantes como las llamadas a regir a las corporaciones y los grupos económicos, que hasta en países como los EE.UU. se caracterizan hoy por una “progresía” (?) integrada por militantes de izquierda que, pese a vivir como los burgueses que son, sienten desprecio por la clase obrera a la que tienen congénitamente por reaccionaria y machista, y postulan que los puestos claves en el gobierno y las universidades sean ocupados no por los más capaces, sino por miembros de etnias particulares determinadas o por sus peculiaridades sexuales.

Consecuentemente, y como los hechos socioeconómico-fácticos no solo no son datos ajenos al derecho, sino que este último debe ponderarlos so capa de convertirse en letra muerta, todo aquel que pretenda crear derecho, enseñarlo o escribir sobre tal materia, deberá ponderar que ya no sirve la geometría política de otros tiempos (22), y que deberá, en la actualidad más que nunca, razonar teniendo a la vista la realidad (23).

Y la realidad nos está indicando hoy que, como pone permanentemente de relieve Rawi E. Abdelal desde la “Harvard Business School”, con respecto a la problemática y críticas que recibe el capitalismo “There in only one inescapable conclusion: it is not just about money” (24) (hay una conclusión ineludible: no se trata solo de dinero), sino que —con respecto a las grandes mayorías— “they have lost respect and dignity” (ellos han perdido el respeto y la dignidad).

Cuando Rebecca Henderson nos dice que el capitalismo, en su versión actual, crea “inequality and threats to democracy” (desigualdad y amenazas a la democracia) (25), y nos habla de la peligrosidad de la equivocada idea de que el único propósito de los negocios “is to make money” (hacer dinero) (26), y lo correlacionamos con la prédica de algún autor argentino que insiste en “desencorsetar” nuestra normativa para ir —precisamente— en sentido contrario al que se predica desde las Escuelas de Negocios y de Derecho más prestigiosas del mundo tiemblo, sobre todo porque dicho producto se promociona “a guisa” de modernidad.

En idéntico sentido, Anat Admati, desde la Universidad Hebrea de Jerusalem y desde Yale, en donde es titular invitada de la materia “Corporations and Society Initiative” (Sociedades e Iniciativa Social), nos recuerda que las Sociedades (Corporations), no son un producto de laboratorio disociado de la realidad, como pareciera creer algún frustrado legislador nacional, sino una “ingenius invention of our collective imagination” (27) (ingenioso invento de nuestro imaginario colectivo) que, en cuanto tales, deben imperiosamente ajustarse a las necesidades económico sociales de cada comunidad nacional.

A lo que van estos pensadores prominentes es a que, como destaca Klaus Schwab, fundador, repito, del Foro de Davos, los “preocupa el riesgo del estallido de una crisis social” (28).

Y todos ellos coinciden en que, “Si bien los Gobiernos no son los creadores de riqueza, ni de innovación, ni de emprendimiento..... los Estados deben fijar las normas de funcionamiento del Mercado y marcar la dirección que deben seguir las economías”, puesto que, si no lo hacen, si “desencorsetan” (i), se corre el riesgo cierto “...de una radicalización de la sociedad y también un riesgo creciente de crisis intergeneracional” (29).

“Los Directores de Sociedades Anónima”, Depalma, Buenos Aires, 1990, 1ª ed., p. 13. - “Desmitificación del concepto de sociedad”.

(24) ABDELAL, Rawi E., “Dignity, Inequality and Populism. A conversation with Rawi Abdelal” (Webinar c/Peter A. Hall; Marion Laboure; Henning Meyer; Eva-Maria Nag & Michael Rosen), 29/07/2020/https://DOI.ORG/10.1111/1758-5899.12.852. Puede verse también Constructing the international economy”, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 2010; y “Capital Rules: The construction of Global Finance”, Cambridge, M.A., Harvard University Press, 2007.

(25) HENDERSON, Rebecca, “Reimagining capitalism in a World on fire”, Vid. En la web, 04/03/2021, on line event.

(26) HENDERSON, Rebecca, en la Conferencia citada en la nota anterior, organizada por el John Adams Institute y la Amsterdam Business School.

(27) Recordemos que Anat Admati fue listada por FORBES en el año 2014 entre las 100 personas más influyentes del Mundo. Las citas las he tomado de su Conferencia “Corporations and Society”. Vid. YouTube: Stanford Graduate

I.3. Los riesgos de cuestionar el capitalismo en los países “populistas”

A tenor de todo lo que hemos estado analizando, tenemos que considerar que la República Argentina no ha dejado de sufrir los desfasos y desajustes propios de cualquier economía, lo cual, sumado a nuestra vulnerabilidad estructural, ha visto acelerada su necesidad de cambios a raíz de la pandemia, ya que el sistema desnudó fallas y demostró graves carencias a la hora de hacer frente al flagelo.

Ahora bien:

¿Cuáles son los riesgos que enfrenta nuestro país en la materia?

Si partimos de la base que, como destaca Eduardo Levy Yeyati, la idea de revisar el capitalismo es un significativo vacío, porque cambia su significado según quién lo use (30), en el caso argentino se corre el riesgo cierto de que ello sea una excusa para justificar la intervención del Estado (31).

Sabido es que hay vastos sectores de la *nomenklatura populista* que piensan que el desarrollo económico es reaccionario.

¿Y qué debemos hacer?

En palabras de Raúl Ferro, se debe reconfigurar el modelo económico validando los nuevos parámetros políticos (32) que nos indican que se ha producido un cambio profundo en las “capas tectónicas” de todas las clases sociales, y elaborar un programa para recuperar la inversión y el crecimiento, con inclusión laboral, para reemplazar la administración de la pobreza a través de subsidios y transferencias (33).

¿Y en materia de “Mercados” y de “Sociedades”? ¿Qué hacer?

Al respecto, adherimos a las ideas de Schwab: Para el Economista de Ravensburg, los Estados deben fijar las reglas de funcionamiento del mercado —lo que incluye, por cierto, a las Sociedades y Grupos Económicos que operan en su ámbito— “...y marcar la dirección que deben seguir las economías” (34).

II. Postura actual sobre el capitalismo, los mercados y las grandes sociedades comerciales

“Free markets are like tigers: tigers are fantastic, but you need to keep them on a leash” (“Los mercados libres son como los tigres: Los tigres son fantásticos, pero hay que mantenerlos a raya” (Rebecca Henderson) (35).

Es algo sabido que a la economía, y obviamente también al derecho, lo que le preocupa no es la titularidad de la riqueza, sino el poder que esta otorga, y el control que puede ser ejercido sobre ella (36).

School of Business, 21/11/2017.

(28) SCHWAB, Klaus, “Me Preocupa el riesgo del estallido de una crisis social”. Reportaje de Alicia Gonzalez cit., *Diario El País*, Madrid, del 07/11/2020.

(29) *Ibidem*.

(30) YEYATI, Eduardo Levy, decano de la Escuela de Gobierno de la Universidad Di Tella y *Fellow* de la Bookings Institution. Vid. “Por un reseteo del capitalismo”, nota de Tristán Rodríguez Laredo, *Revista Noticias*, del 30/01/2021, p. 33.

(31) *Ibidem*.

(32) FERRO, Raúl, economista y consejero de Cadal, ob. cit., p.33.

(33) RODRÍGUEZ LAREDO, Tristán, ob. cit., p. 3.

(34) SCHWAB, Klaus, ob. cit.

(35) HENDERSON, Rebecca, ob. cit.

(36) KONDER COMPARATO, Fabio, “O poder de controle na sociedade anônima”, São Paulo, 1977, p. 3; FRANCESCHELLI, Remo, “Imprese e imprenditore”, Milano, 1964, p. 117; MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Los Grupos Económicos y de Sociedades”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, 1ª ed.,

(13) ROVIRA, Alfredo, “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades”, ob. cit.

(14) Destaqué también en ese momento la acción de nuestra colega Sarah Miller, desde la Dirección Ejecutiva del “American Economic Liberties Project” y sus presentaciones ante la Cámara Baja del Congreso de los EE.UU., destinadas a obtener cambios legislativos que limiten el poder político de Amazon (Jeff Bezos), Facebook & Google. En el caso de la primera, como intermediaria en la economía entre las empresas y los consumidores y, en lo que hace a las otras, con la información, planteando la alternativa acerca de la reformulación integral de la normativa corporativa para acompañar la reestructuración que necesariamente deberá sufrir la economía tras la pandemia.

(15) HENDERSON, Rebecca, “4 Pasos para “reinventar” el Capitalismo”, reportaje de Cecilia Barría en BBCNews-Mundo, 01/05/2019, disponible en la web.

(16) BURBRIDGE, Martín, “Solo 3 Fondos de Inversión controlan el 90% de las empresas del S&P500”, *El Cronista*, sección “Finanzas & Mercados”, 27/11/2017, p. 4.

(17) HENDERSON, Rebecca, ob. cit.

(18) Economista de la Universidad de Texas, Austin, EE.UU.

(19) Los datos los he tomado del trabajo de Rafael Bielsa y Rodrigo Lloret: “Estados Unidos (i) Responsable”, en “Clases Magistrales: Materia/ Economía”, *Revista Noticias*, del 12/05/2012, p. 81.

(20) *Ibidem*.

(21) Pensemos en Jeff Bezos de Amazon, que luego de dividir por mitades con su esposa a fines de 2019 —tras un escándalo sexual—, una fortuna de 120.000 millones de dólares, ya en junio de 2021 poseía, como consecuencia de la pandemia, cerca de 140.000 millones de euros.

(22) NEILSEN, James, “Lucha de clases en los EE.UU.”, *Revista Noticias*, del 30/01/2021, ps. 18 y 19.

(23) GIRÓN TENA, José, ob. cit., p. 19, en donde destaca que la dogmática jurídica, en cuanto ciencia, no puede ser considerada un bloque ahistórico o invariable, sino que muta permanentemente de modo acorde con una sociedad cambiante. Vid. También MARTORELL, Ernesto Eduardo,

En los hechos, ya hace décadas que puse de relieve que la solución no pasaba tanto por la redefinición de algunos conceptos, como el de “sociedad anónima”, “grupo económico” o “cosa pública”, como interpretaba Latham (37), porque dicho método que podía dar algún fruto en un país desarrollado, en naciones de tradición “estatizante” y “populista” como la nuestra podía llevar a situaciones lamentables, signadas por la intervención creciente del poder público en la vida de nuestras compañías (38).

Sin embargo, y siendo algo sabido que ya desde hace décadas el Gobierno Federal norteamericano posee un instituto como el “desinvestment”, que le permite forzar la escisión de una compañía, incluso por considerarla un factor potencial de perturbación de los mercados (39), a nadie debe sorprender lo que está ocurriendo hoy en el país del Norte.

En efecto, los legisladores y funcionarios federales y estatales han ido repetidamente tras los gigantes tecnológicos en el año 2020 y en lo que va del presente, poniéndoles límites destinados a su control a través de demandas judiciales y de Informes parlamentarios.

En ese sentido, la reacción sobre las llamadas “Big Tech” es una de las áreas en donde los demócratas y los republicanos han estado cada vez más de acuerdo, exhibiendo “...esfuerzos conjuntos de Estados rojos (republicanos) y azules (demócratas)” (40).

Hoy, en 2021, existen 5 demandas judiciales contra Google, del Depto. de Justicia, Fiscales Generales Estadales, del Subcomité de la Cámara de Representantes Antimonopolio; el 20/12/2020 el Gobierno Federal de los EE.UU. y 40 Estados demandaron a Facebook por aplastar ilegalmente a sus competidores y por graves irregularidades en su adquisición de WhatsApp e Instagram y la Fiscal Federal de Nueva York —Letitia James— ha encabezado la campaña de control y sanción de los excesos cometidos a través de estas corporaciones, destacando que para constatar “...el poder corporativo sin control... no se necesita una búsqueda en la web...” (41).

Por otra parte, ninguno de nosotros ignora las kilométricas audiencias parlamentarias en las que tanto Jeff Bezos, como Bill Gates y Mark Zuckerberg se han visto obligados a responder centenares de interrogaciones, soportando sus empresas (Amazon, Apple, Google (42) y Facebook) rigurosas investigaciones y causas.

Como vemos, la postulación tanto científica (Henderson, Abdelal, Admati, Schwab

et alter), como práctica —Fiscalía Federal de New York— de la necesidad de un mayor control corporativo; esto es, de las sociedades y de los grupos económicos, como de la necesidad de sancionarlos duramente, es algo que De Gaulle llamaría un “fait accompli” (Hecho Consumado), cuando menos en las usinas universitarias de opinión más prestigiosas, como en los tribunales que sancionan con más virulencia la delincuencia corporativa, debiendo entenderse que en la denominación genérica “Grupo de Empresas”, deben incluirse también a las que se agrupan mediante vínculos de organización contractual (43).

III. La República Argentina y el derecho societario que se propone: ¿otra vez a contramano de la historia?

“¿A quién va usted a creer, a mí o a sus propios ojos?” (Groucho Marx)

Como de lo que ahora se trata es de vincular el tema objeto de este artículo con nuestro país, no cabe sino empezar el análisis desde una perspectiva contextual. Y esta nos impone advertir algo curioso: mientras la corrupción es hoy en día en América Latina el mayor enemigo de la democracia, corroyéndola desde adentro y sembrando una imagen de desconfianza hacia ciertas instituciones, entre ellas las sociedades, que empiezan a presentarse en el imaginario colectivo como un vehículo habitualmente utilizado para cometer fraudes y “pillerías”, de las cuales quienes las controlan o dirigen suelen salir indemnes, lo que impone especial cautela en la manera de regularlas, aquí se propone de manera suicida liberarlas prácticamente de toda forma de control y reformar de manera integral el sistema normativo que las rige.

Y dicha propuesta se formula no solo por medio de exposiciones y artículos, sino también a través de un “Proyecto.....” que, por las graves reacciones que desatara, perdió “estado parlamentario”, y mediante una regulación de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), que ya está exhibiendo graves secuelas y temibles derivaciones.

Así:

Pese a la existencia de numerosos errores y que partes de su texto merecen severos cuestionamientos, el Anteproyecto de Unificación de los años 2010/2011 —hoy Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) — ha sido particularmente feliz en la regulación de las Personas Jurídicas (arts. 141 a 224), superando en mucho la normativa del Código de Vélez.

(41) *Ibidem*.

(42) En el caso de Google, se ha calificado su posición de “ultradominante” con su buscador de internet, ya que posee servicios en mapas (Google Maps), correo electrónico (Gmail), video en línea (YouTube), sistemas para telefonía móvil (Android), navegadores (Chrome) y comercio en línea (Google Store y Google Play), siendo demandada solo en un día —el 17/12/2020— por los Fiscales Generales de 38 Estados. Conf. FRAGA, Rosendo, “Desafío Clave: qué hacer con los gigantes tecnológicos”, rev. *Fortuna*, año XIV, Nro.550, febrero de 2021, p. 49.

(43) Esto es, aquellas compañías que se unen o agrupan “...sin que existan relaciones de control, dominio, subordinación, o sea, sin que exista una “empresa colectiva”, sino empresas independientes con coordinación de intereses comunes, donde las mismas se vinculan y unen tras un cometido común con una mayor libertad para sus integrantes, sin sujeción (la Unión Transitoria de Empresas, Joint Venture, Agrupaciones de Colaboración, Consorcios de Cooperación, Pool de Empresas, sindicatos, cartels, etc.)” RASPALL, Miguel A., “Grupos de Empresas: Concurros con consolidación procesal o consolidación sustantiva. Limitaciones a la actuación de los grupos en los procesos de insolvencia” (Primera Parte), ED, 01/03/2021, p. 1 y ss.

(44) LORENZETTI, Ricardo L., “Presentación del proyecto”, en *Código Civil y Comercial de la Nación: La Ley*, Buenos Aires, junio de 2012, p. 6 textual.

(45) CRACOGNA, Dante, “Aspectos de la regulación

Toda esta dispositiva, al mejorar el art. 1º de la ley 19.550 a través de su art. 141, y ampliar el espectro del art. 54 de la LGS en el nuevo art. 144, consagrando “...como Principio General del Derecho a la Inoponibilidad” (44), y proyectarse en materia de “personas jurídicas” también “.....sobre las que no se hallan incluidas en dicho cuerpo sino que están regidas por leyes especiales, como es el caso de las sociedades (ley 19.550)...” (45), facilita hoy extender sin cortapisas la responsabilidad a los sujetos que, escudándose en una tipología societaria, utilizan al Ente en forma disfuncional en lugar de aplicarlo a “... el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación” (46).

Lo anterior permite “descorrer el velo de la personalidad” en el caso de las “Sociedades sin Empresa”, las compañías “pantalla”, las “infracapitalizadas” y, obviamente, a las sociedades utilizadas en violación a las mandas de los arts. 54 LGS y 144 Cód. Civ. y Com., por haberse violado “las condiciones de uso” exigidas por Galgano, que son los requisitos imprescindibles para poder operar con autonomía patrimonial e imputabilidad diferenciada.

Lamentablemente, y solo un par de años después de sancionado el nuevo Código, vio a la luz la “Ley de Emprendedores” (?), que regulara de manera harto deficiente a la Sociedad por Acciones Simplificada que, con el “sambenito” de impulsar “el emprendurismo” (¿Lo qué?) —cuya propia semántica suena tal mal como “los webinar” y “los conversatorios”—, nació herida de muerte al no existir siquiera un Registro Nacional de Emprendedores que impida que se apropien de la figura “los desconocidos de siempre” y la utilicen para delinquir.

No habré de volver aquí sobre los graves y groseros errores técnicos con los que fuera concebido este instituto, insólitamente defendido “a guisa de panacea” por no pocos, pese a carecer de todo control y/o fiscalización, resultar claramente *a-técnico* —alguna vez lo llamé “oxímoron jurídico”— y en torno al cual se ha generado una verdadera batalla campal en ciertos polos científicos (?).

En los hechos, y pese a su novedad, se halla debidamente acreditada la utilización en innumerables casos de la figura de la SAS para “timos”, “pillerías” y fraudes de toda laya (47). Y, a lo anterior, se le deben sumar las SAS que, contando con un capital vil —como la mayoría de ellas—, están siendo investigadas por venderle al PEN con enormes sobrepuestos alimentos y mercadería por centenares, sino miles de millones de pesos en el marco de la pandemia del COVID-19, y en perjuicio de la población (48).

de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-C, 605.

(46) SALVOCOCHEA, Ramiro C., “Persona Jurídica”, comentario al art. 141 del CPCCN en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Dirigido por José María Curá, La Ley, 2ª ed., t. I, p. 438 y ss, en donde juzga al Ente limitado al cumplimiento de la fórmula legal.

(47) Véase, por ejemplo, el caso una SAS que, constituida el 31/10/2017 con un único miembro y con un capital miserable integrado solo en su 25%, habría constituido 6 (seis) nuevas SAS con el mismo domicilio fiscal, siendo el administrador de todas el accionista de la controlante; que una SAS constituida el 14/02/2019 con un capital de \$ 22.601, del que integró solo el 25%, aparecía luego comprando 5 (cinco) departamentos en Barrio Norte por U\$S 552.000; que una SAS constituida con el capital mínimo integrado solo en un 25%, figuraba como Fiduciaria de un Fideicomiso, comprando el mismo día dos deptos. en la calle Pumacahua por U\$S 450.000; que otra SAS constituida el 03/04/2018 con un capital mínimo de \$ 26.000, aparece adquiriendo un inmueble en la calle Carlos Pellegrini por U\$S 1000.000 que, casualmente, está ubicado en el domicilio personal de su socio único (j). Conf. NISSEN, Ricardo Augusto, “Sobre los concretos resultados de la incorporación de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) en la legislación societaria argentina y las medidas necesarias para evitar su abuso”, LA LEY 15/05/2020, 1, en donde se analizan estos casos-

(48) No es algo menor, por cierto, que habiéndose vul-

La gravedad de lo anterior queda empalidecida cuando se analizan las situaciones penales de extrema gravedad protagonizadas por SAS en jurisdicciones del interior.

Es que, mientras el texto original del art. 38 de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor disponía que la inscripción de la SAS debía realizarse “previo cumplimiento de las normas legales y reglamentarias de aplicación”, y reconocía al Registro Público el control de legalidad tanto formal como sustancial para calificar el instrumento societario (49), posteriormente, el DNU 27/2018 del PEN, que luego fuera sancionado con fuerza de ley (27.444) modificó dicha redacción, y estableció que la inscripción debe realizarse “previo cumplimiento de los requisitos formales y de las normas reglamentarias de aplicación”.

Al limitar el texto actual la calificación registral a la valoración de cuestiones meramente formales, no aplicando dicho control de legalidad en el caso de la SAS, la Autoridad Registral —o sea la IGJ y sus homólogas provinciales—, debieron ajustarse estrictamente a las funciones registrales formales que les correspondan, razón por la cual, al no poder formular observaciones en cuanto a la legalidad, mérito, conveniencia o suficiencia del instrumento constitutivo, sus ampliaciones o modificaciones (50), se convirtió a los Registros en “.....un mero buzón que debe registrar todo aquello que se presente, en tanto su formalidad sea adecuada” (51).

Empero no pocas jurisdicciones del interior —con criterio republicano— resistieron la limitación a las facultades de control de legalidad (52), siendo amparadas por la Justicia, que entendió: i) que las facultades de policía administrativa del comercio no han sido delegadas a la Nación y corresponden a las provincias; y ii) que la simplificación y desburocratización no deben traducirse en la inobservancia de la normativa provincial (53).

¿Qué se pudo constatar a raíz de dicho ejercicio investigativo?

Remitiéndonos a la res. particular 194/2020, dictada por la IGJ el 08/06/2020, originada en un requerimiento remitido por la Fiscalía Federal N° 2 de la Ciudad de Santa Fe en el marco de una investigación por narcotráfico y lavado de activos, vemos que de ella surge que las mismas veintitrés personas constituyeron, en solo un año y tres meses, treinta y seis SAS —incluso muchas de ellas en el mismo día— y las inscribieron a través del sistema GDE con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es decir, constituían una SAS cada 12 días.

nerado groseramente el principio de unificación legislativa del régimen societario que esbozara el Cód. Civ. y Com. a través de la creación de la SAS, se le haya brindado a los inescrupulosos de siempre una herramienta espuria que le permite al socio único burlar los arts. 242 y 743 del Código, desafiando su patrimonio de la prenda común, y operar sin control alguno, y precisamente por ello la cosa no podía terminar de otro modo que como está terminando.

(49) VÍTOLO, Daniel R., “La sociedad anónima simplificada (SAS). ¿Un desafío a la imaginación o una próxima realidad?”, ob. cit.

(50) BALBÍN, Sebastián, “Sociedad por acciones simplificada”, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 88.

(51) BURGHINI, Leopoldo O. - MARANO, María E., “La recuperación del control sustancial de legalidad registral en las sociedades por acciones simplificadas: un mecanismo de prevención para combatir la criminalidad económica”, LA LEY 02/07/2020, 1.

(52) Fundando dicha resistencia en que la aplicación de la ley comercial constituye materia provincial, por lo cual la organización y el funcionamiento del Registro Público son competencia de las provincias En ese sentido, pueden destacarse: i) la res. gral. (DIPJ) Córdoba 133/2019; ii) la res. gral. (IGJ) 9/2020; y iii) la res. gral. (IGPJ) Santa Fe 2/2020.

(53) CCiv., Com. y Lab. Venado Tuerto, “Los Kaiser SAS s/ constitución de sociedad”, 26/06/2019. El fallo se encuentra recurrido ante la máxima autoridad judicial de la provincia de Santa Fe.

“La visión publicística del grupo económico y sus peligros”, p. 58 y ss.

(37) LATHAM, Earl, “El cuerpo político de la Sociedad Anónima”, en “La sociedad anónima en la sociedad moderna”, de Edward Mason, Depalma, Buenos Aires, 1966, p.311, y también en “Anthropomorphic corporation, elites and monopoly power”, en *American Economic Review*, t. 57, mayo de 1957, p. 303.

(38) MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Los grupos Económicos y de Sociedades”, ob. cit.

(39) Y así lo hizo la Justicia Federal de New York con *Microssoft*, la firma de Bill Gates, a la que se consideró hace más de una década un factor “potencial” de riesgo para los mercados de productos informáticos. En rigor de verdad, hace ya décadas que, como pusiera de relieve un autor en USA debido a la ley antimonopólica, si el Estado resuelve que una Empresa tiene una participación demasiado significativa en el mercado, la obliga a su escisión, como aconteció... con la Empresa ATT, a la cual el Estado Federal obligó a escindirse en varias compañías locales, que prestan servicios zonales... esta reorganización se llama “desinvestment”. Vid. BOLLINI SHAW, Carlos, “Reforma al régimen de sociedades comerciales”, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, comentario al art.88.

(40) DAISOKO WAKABAYASHI, Mike Isaac - WEISE, Karen - - NICAS, Jack - JUNE, Sophia, “13 ways The Government wet after GOOGLE, FACEBOOK and other TECH Giants this year”, *The New York Times*, del 16/12/2020.

Además, todos los constituyentes, personas humanas: i) tenían domicilio en Rosario, Santa Fe o Córdoba; ii) ocupaban distintos roles en cada una de las SAS (en algunos casos como socio controlante; en otros, como minoritario; en otros, como administrador titular; en otros, como administrador suplente e incluso como autorizado para tramitar la inscripción); iii) no eran emprendedores: las profesiones declaradas en función de la exigencia del art. 36, inc. 1º, LACE, se repiten siempre y llaman la atención por su vaguedad, por ejemplo: “servicios personales” (?); iv) tenían —en algunos casos— limitada su CUIT por encontrarse en la Base de Contribuyentes no Confiables de la AFIP; v) violaron las normas de la IGI sobre prevención y lavado de activos y financiación del terrorismo al incumplir las obligaciones relacionadas con la declaración de beneficiario final.

Pero, además, todas las SAS eran constituidas: i) por dos socios, uno con participación minoritaria ínfima; ii) con capital mínimo; iii) objeto modelo amplio; iv) plazo de 99 años; v) autoridades designadas por noventa y nueve [99] años, esto es, un socio minoritario que renuncia *ab initio* a administrar la sociedad por todo el plazo de duración. A través de las SAS descriptas en la resolución, la criminalidad organizada logró lavar en meses aproximadamente mil doscientos millones de pesos (\$ 1.200.000.000) (54).

Lo más lamentable es que el organismo de control contaba con todos los elementos necesarios para, por lo menos, pedir explicaciones antes de otorgar la personería a estas personas con asiento en otra jurisdicción (55) que constituirían SAS a mansalva; y, si de las explicaciones no surgía que el recurso técnico de la personalidad jurídica tuviera el destino o la función que la ley le asigna, el Estado podría haber denegado la personería. Sin embargo, ante la ausencia del control de legalidad sustancial, ello no fue posible (56).

Mucho más grave aún es lo ocurrido en la jurisdicción de Córdoba, en donde el recurso técnico de la personalidad jurídica fue utilizado para constituir SAS ficticias creadas con finalidades de evasión fiscal, emitiendo facturas a nombre de aquellas para luego “venderlas” (?) a diversos contribuyentes del Fisco Nacional para ser utilizadas en la evasión de los impuestos a los que estos contribuyentes se encuentran obligados (57).

Estas SAS habían emitido facturas apócrifas por cinco mil millones de pesos (\$ 5.000.000.000), y el organismo de control societario (la IGJ), sujeto a un control de legalidad formal y —más aún— privado de disponer de la administración y control del sistema montado en la plataforma GDE, se encontró obligado a otorgar la personería jurídica a todas estas sociedades, con el resultado cierto de no lograr advertir o reportar el uso desviado de la personalidad.

(54) MARANO, María Eugenia, “El proyecto de reforma de la ley 27.349 implica un necesario avance en la lucha contra la criminalidad económica y abre un nuevo horizonte para las sociedades por acciones simplificadas”, <http://www.cipce.org.ar/articulo/proyecto-reforma-ley-27349-implica-un-necesario-avance-lucha-contra-criminalidad-economica>.

(55) Lo que podía hacer presumir un fraude societario jurisdiccional mediante la utilización de domicilios sociales ficticios, conf. BURGHINI, Leopoldo O., “Constitución de SAS. ¿Es legal acudir a jurisdicciones provinciales ‘amigables’ para eludir la competencia y normas de IGI?”, Ed. Hammurabi.

(56) BURGHINI, Leopoldo O. - MARANO, María E., ob. cit.

(57) Véase <https://www.losandes.com.ar/articulo/view/?slug=operativos-en-mendoza-para-detener-una-banda-que-emitió-5000-millones-en-facturas-truchas>

(58) Puesto que se pretende integrar la nueva Ley 19.550 reformada al Código de Fondo.

(59) MARTORELL, Ernesto Eduardo, “La persona jurídica hoy. Riesgos de la reforma legislativa propuesta. Comi-

Finalmente, en el año 2019 vio a la luz un “Anteproyecto...” de reforma integral de la ley 19.550 presentado por los senadores Pinedo e Iturriez de Capellini que, amén de tener un fortísimo impacto sobre la propia noción de “Persona Jurídica” del art. 141 del Cód. Civ. y Com. (que anteriormente había sido propuesta por la Comisión DEC 182/2018 del PEN de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación) (58), se promocionó como una especie de “panacea” de “modernidad” (?), caracterizándolo su intención de castrar la injerencia de la autoridad registral en materia de control de legalidad y de “...reducir lo que sus autores denominan “una litigiosidad a menudo inconducente” (?).

Más allá de lo grave que significa la intención de eliminar prácticamente toda injerencia de la autoridad de control, cuya presencia se ha “evaporado” de la vida operativa de las sociedades (Vid. arts. 6, 7, 299, 300, 301, 302 y cctes. del Proyecto), entre las disposiciones más indigeribles propuestas se encuentran:

La eliminación del “principio de especialidad” en el art. 1º de la LGS, que, en la actualidad, determina que “Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”, adhiriendo a las teorías de Galgano, lo que, como he dicho antes, permite desbaratar las llamadas “sociedades por las dudas”, las “sociedades pantalla”, y a “las sociedades sin empresa”. De esa manera, nuevamente podrían —si el “Proyecto...” se reactiva— operar de manera frívola las sociedades que se constituyen a los meros fines de “tabicar” bienes de sus propietarios aportándolos a entes que jamás se dedican “a la producción de bienes y servicios”, como manda la ley, sustrayéndolos así de la legítima acción de sus acreedores (59).

Se elimina del art. 33 de la LGS el control “por los especiales vínculos”, o sea, el llamado “control externo o de hecho” de las sociedades, lo que implica un retroceso de 38 años, ya que había sido incorporado en 1983 al inc. 2º del art. 33 de la ley 19.550, en medio de elogios, a través de la ley 22.903 (60).

Se castra la aplicación de la denominada “teoría de la inoponibilidad de la personalidad societaria” el cual, como destacara anteriormente con cita de Lorenzetti, fuera elevado a la jerarquía de “Principio General del Derecho” (61), pretendiendo establecerse su interpretación “de carácter restrictivo” (?).

Obviamente, se trata de “un gran salto atrás”, ya que fue tan revolucionaria la introducción en el año 1983 del último párrafo del art. 54 de la LGS a través de la ley 22.903 (62), que el nivel de avance y “novedad” de dicha normativa fue destacado por Julio César Otaegui (63) y Manóvil, quien ponderó el pre-

sión dec. 182/2018 del Poder Ejecutivo: análisis y crítica”, LA LEY, 2019-B, 920.

(60) El llamado “control externo o de hecho”, fue caracterizado hace décadas como aquel que resulta de vínculos de otra finalidad que no sea la participación societaria (ALBERTI, Edgardo Marcelo, QUINTANA FERREYRA, Francisco, “Concursos...”, Astrea, Buenos Aires, t. III, ps. 102 y 103, sosteniendo Manóvil que “Su finalidad ha sido incorporar al sistema legal de control societario todos los casos de dependencia económica con independencia jurídica” (Conf. MANÓVIL, Rafael Mariano, “Grupos...”, p. 329).

(61) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit.

(62) La ley 22.903 agregó en el año 1983 al art. 54 de la Ley 19.550 el último párrafo que a continuación reproduzco: “Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

(63) El reconocido maestro sostuvo entonces: “No hay, en

cepto, refiriendo que “...el legislador argentino no se decidió a asumir el rol de precursor en la incorporación de una norma sobre la materia.” (64). Y agregó que “...en forma simple y sencilla, cuando se dan los presupuestos que define la norma, la personalidad de la sociedad se declara inoponible” (65), y que, junto con el instituto de la extensión de la quiebra, “... ambos que tienden a la protección de los terceros y legitiman a estos para su invocación” (66).

Se pretende eximir a los funcionarios corporativos infieles de su responsabilidad, recogiendo el nuevo Proyecto la postura de uno de sus coautores de exculparlos inclusive por violación de la Ley, el estatuto o el reglamento (67), siendo por eso que en el nuevo art. 275 —“Extinción de responsabilidad” (de los administradores) — del régimen que se propone se ha eliminado totalmente la parte final del texto actualmente vigente (68), que impide toda exculpación asamblearia si “... es por violación de la ley, del estatuto o reglamento”, puesto que en el proyectado art. 59 “nonies” (?), al que remite la nueva norma, solo se dice que la extinción de responsabilidad establecida por la asamblea “...es ineficaz (únicamente, agrego) en caso de liquidación coactiva o concursal”. Si no, NO.

Todo aquel que haya leído alguno de mis libros o artículos, sabe de mi prédica contundente en contra de las llamadas “interpretaciones restrictivas”, que se han utilizado para neutralizar o directamente denegar tanto pretensiones intervencionales en las sociedades, como el requerimiento de cautelares diversas o los pedidos de desestimación de la personalidad societaria o extensiones de quiebra, la más de las veces con amparo con sustento en meras fórmulas dialécticas y sin amparo normativo alguno.

Yo me pregunto: acaso alguien ha escuchado o leído que, como vengo diciendo hace décadas, alguno de los defensores de las posturas “restrictivas” que cuestiono se haya atrevido a afirmar:

“Sostengo esta interpretación de la ley 19.550, porque esa manera de ver las cosas ha elevado la moral colectiva y mejorado la transparencia y legalidad empresarial en el país”.

¡Nadie jamás ha sostenido tal cosa!

Por el contrario, pareciera pretenderse que nuestra Patria se convierta en tierra de nadie.

En materia de SAS, se ha respondido a mis críticas diciendo que “...no se puede proscribir

derecho continental, una solución de derecho positivo societario referido a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sobre lo cual nuestra LSR, art. 54, último párr., constituye una novedad”. OTAEGUI, Julio César, “Concentración societaria”, Abaco, Buenos Aires, 1984, 1ª ed., p. 467 textual.

(64) MANÓVIL, Rafael Mariano, “Grupos de Sociedades”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 1ª ed., p. 1012 textual.

(65) *Ibidem*, p. 1009.

(66) *Ibidem*, p. 651.

(67) Recordemos que textualmente dijo “...me parece criticable que la asamblea no tenga facultad de extinguir la responsabilidad en ciertos supuestos de violación de la ley, del estatuto o reglamento”. MANÓVIL, Rafael Mariano, “Responsabilidad civil de los administradores societarios”, en *Responsabilidad de los profesionales*, Rubinthal Colzoni, Santa Fe, 2016, p. 243, modificando su propia opinión anterior -como con honorabilidad el mismo autor se encarga de destacar en la nota (66) del ob. citado- vertida en los “Cuadernos de Derecho Societario”, dirigidos por Enrique Zaldivar, Buenos Aires, 1973, t. III, p. 663.

(68) La nueva norma escuetamente dice: “Extinción

una institución o una figura por peligros potenciales” (*sic*) (69), ni optar por “...sistemas basados en figuras de peligro o temores de abusos” (70).

De qué peligros potenciales me hablan, y lo estamos viendo a diario: ¿Acaso no son dichos “peligros” efectivos y reales?

Alguna autora ha afirmado, con muy poca imaginación, que también otras tipologías legales pueden ser utilizadas para el fraude, lo que es cierto.

Ahora bien:

Sancionada la moderna regulación de la Sociedad Anónima en 1972 (Ley 19.550):

¿Cuántas denuncias en trabajos de doctrina, como la que aquí formulo, se produjeron a los tres o cuatro años de ello (allá por 1975, 76 o 77) —con nombre y apellido e indicación de las causas mercantiles y penales abiertas— mencionando S.A. empleadas para “lavar dinero”, esconder los frutos de la corrupción y el narco-tráfico? ¿Acaso una, varias o muchas?

¿En lo personal no recuerdo ninguna! ¡Pero aquí ocurre exactamente lo contrario!

IV. Conclusiones

1. Tal como sostiene mi amigo Marcelo Gebhardt, es precisamente la prosperidad y el desarrollo equitativo de los pueblos el horizonte al cual debe orientarse el Derecho Societario, y su regulación deberá pivotar sobre los tres ejes que menciona: (i) La limitación de la responsabilidad de quienes se asocian, en la medida en que lo hagan a través de una estructura jurídica viable, con capital adecuado y aplicada lícitamente a una finalidad específica; (ii) la concentración de capitales, evitando toda forma de abuso o avasallamiento de las minorías, la competencia y los terceros, y (iii) la libertad de asociación y de comercio (71).

Empero, no veo que se hable allí en ningún momento del necesario control y fiscalización —que no tiene ni debe ser asfixiante como el de los Estados totalitarios o “populistas” —, pero que indefectiblemente debe existir para que los lobos no se coman a todas las ovejas.

2. Tal como destaca Luciano Lutereau, el joven y relevante terapeuta, “Por pensamiento binario se entiende un tipo de estructura elemental que supone que la negación de una cosa sea su contrario” (72), siendo harto reprochable que esta actitud de los políticos, que cuestionara ya en el año 2010 en una de mis obras (73), se haya apoderado de nuestra veleidosa comunidad jurídica, en donde toda crítica a una institución, por más razonable que ella fuere, lleva a enfrentar a quienes la formulan como si fueran rivales o enemigos.

de responsabilidad. Será de aplicación lo dispuesto en el art. 59 nonies, tercer párrafo”.

(69) GEBHARDT, Marcelo, “Una evolución auspiciada”, en Proyecto de Reforma a la Ley General de Sociedades”, SJA 17/06/2020, 5.

(70) *Ibidem*, p. 7 y ss.

(71) GEBHARDT, Marcelo, “Los nuevos signos del Derecho Societario Argentino”, LA LEY, 2019-E, 880, del que he tomado las “ideas-fuerza”, corriendo los comentarios adicionales por cuenta del suscripto.

(72) LUTEREAU, Luciano, “Esos raros adolescentes nuevos”, Paidós, Buenos Aires, 2019, 1ª reimpresión, p. 115. Véase también la célebre frase de Sigmund Freud: “Si dos individuos están siempre de acuerdo en todo, puedo asegurar que uno de los dos piensa por ambos”, con que empieza su no menos recomendable obra “Edipo y Violencia (Por qué los hombres odian a las mujeres)”, Letras del Sur, Buenos Aires, 2019, p. 7.

(73) Vid. mi “Tratado de Derecho Comercial”, La Ley, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., t. I, p. 37, en la cual reproduzco la cita de Garrigues en donde dice: “No podemos seguir por estos derroteros. Tenemos que recuperar la capacidad de diálogo. Sin diálogo social, sin diálogo político, sin diálogo

Tal lo ocurrido con las SAS, las cuales, pese a la “chapucería” (74) —con la cual fueran reguladas en su momento—, han generado una cohorte verdaderamente numerosa de coreutas que, en lugar de aceptar los groseros errores que alberga su normativa —que han sido vertiginosamente aprovechados “por los desconocidos de siempre” para estafar—, se han tomado la cuestión como si fuera un “River-Boca”, y como si quienes cuestionamos severamente los yerros de un pésimo legislador fuésemos enemigos, con lo cual se aborta toda posible discusión científica.

3. Idéntica situación a la de la causa “Pro-SAS” (!) se ha producido en torno del nonato “Anteproyecto Pinedo-Iturriez de Capellini” del año 2019, cuya defensa —al igual que la de la abstrusa figura mencionada anteriormente— se embandera con la de “la modernidad”, cuando, como hemos visto en el en-

cabezado de este trabajo, en lugar de abandonar posturas tan infantiles como jugar con el “yo-yo” y el balero, se niegan a aceptar que la verdadera modernidad, lo que se viene —si pretendemos alguna vez adscribirnos a las modernas Teorías Económicas y Corporativas que imperan hoy en Harvard, en Yale, en Wharton, en Oxford y en Davos— no es la que se está sosteniendo en nuestro país en materia societaria, sino que son las ideas que propugnan un capitalismo responsable y un Derecho Corporativo con controles y con sanciones.

Lo otro es ajustarse al dicho de Groucho Marx y hacer predominar lo que algunos dogmáticamente dicen y no lo que nos exhibe la justicia, como ocurre con las SAS, o eliminar los institutos de responsabilización y castigo del abuso y fraude societario hoy existentes (arts. 33, 54, 275, etc., LGS), como lo propone el Anteproyecto de refor-

ma de 2019, incurriendo en el grave vicio sobre el que nos precavía Carlos Cossio hace décadas, cuando nos decía que: “No se puede oponer un concepto a los hechos, para terminar negando la existencia de los hechos”.

Es que, aunque pareciera causarles indignación a los contradictores de lo que aquí se sostiene, es del mundo más desarrollado, específicamente desde “The land of the free and the home of the brave” (“La tierra de los libres y el hogar de los bravos”) (75), como sostiene la canción patria norteamericana, desde donde nos llegan las reacciones más categóricas contra las posiciones como la que cuestiono, que no representan —repito— “la modernidad”, sino un “gran salto atrás” hacia el pasado que la República Argentina no merece.

Cita on line: AR/DOC/934/2021

(74) Entendiendo por tal cosa un trabajo hecho sin técnica ni cuidado y con un acabado deficiente. De “Chapuza”: “Obra hecha sin arte ni esmero”: Diccionario de la Lengua Española, RAE/ES/DRAE2001/ Chapuza.

(75) La estrofa pertenece a “The star spangled banner” (“La bandera adornada de estrellas”); esto es, al “U.S. Na-

Más información

Nissen, Ricardo A. - Cuiñas Rodríguez, Manuel, “Las sociedades Prêt-à-Porter o sociedades por Acciones Simplificadas (SAS). Inexistencia de tipicidad y algunas consideraciones sobre el proyecto de reformas a la ley 27.349”, LA LEY 29/07/2020, 1, AR/DOC/2393/2020

Martorell, Ernesto E., “Hacia un nuevo derecho societario pospandemia. Graves errores pasados y desafíos de la hora”, LA LEY 09/10/2020, 1, AR/DOC/2694/2020

Libro recomendado

Innovaciones y Conflictos de la Ley General de Sociedades 19.550

Autores: Verón, Teresita - Verón, Alberto V.

Edición: 2020

Editorial: La Ley, Buenos Aires

económico, sin diálogo sobre la Justicia y la educación, sin diálogo sobre la estructura del Estado, sin diálogo sobre ninguno de los temas que requieren diálogo, saldremos también de la crisis, pero vamos a complicarnos la vida en exceso dejando heridas sobre la piel de la sociedad muy innecesarias. No debemos permitir que la escena pública

la abarrotan y la controlen los farsantes, los oportunistas, los que trafican con la basura humana (¿Cómo podemos soportar tanta?), y los ignorantes”. Conf. GARRIGUES WALKER, Antonio, Nota Editorial denominada “Allegro con brío”, *Diario ABC*, Madrid, del 16/01/2010, Sección “Tercera”, p. 3.

realizado objeción alguna en el momento oportuno.

4.- La tasa activa no altera, actualmente —debido las contingencias del mercado financiero—, el contenido económico del capital establecido en la sentencia.

Cuantificación del daño

El hecho dañoso:
Accidente de tránsito.

Componentes del daño:
Daño extrapatrimonial
Daño moral genérico:
Actor a): \$500.000; Actor b): \$500.000;
Actor c): \$500.000; Actor d): \$800.000;
Actor e): \$500.000; Actor f): \$650.000;
Actor h): \$800.000; Actor i): \$400.000

tional Anthem” o Himno Nacional de los EE.UU., atribuido a Francis Scott Kay, adoptado como tal en el año 1814: textual.

CNCiv., sala A, 26/02/2021. - G. F. M. c. C. R. y otros s/ Daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/1024/2021]

Costas

Se imponen un 60% a la citada en garantía y un 40% a los accionantes.

Intereses

Se aplica la tasa activa.

Véase el texto completo en p. 6

Nota a fallo

Transporte de personas

Accidente de tránsito. Impacto contra el guardarraíl. Falta de acreditación médica de cuadro de lipotimia. Tasa de interés.

1.- La citada en garantía no incorporó al pleito ningún elemento de prueba científica que dé respaldo a la causal invocada. En efecto, la única pieza que insinúa que el conductor del rodado habría sufrido una lipotimia es el recorte periodístico de un diario. La sola existencia de un recorte periodístico que enuncie que el conductor haya sufrido un desmayo sin su correspondiente corroboración mediante una prueba científica no permite que la postura asumida por la empresa tenga la virtualidad pretendida en la expresión

de agravios. Además, bien vale destacar que en ese mismo recorte se describe que la lipotimia se produjo, porque el propio conductor había abandonado el tratamiento para controlar sus niveles de glucemia en sangre, situación que descarta los elementos de imprevisibilidad e inevitabilidad que deben estar presentes en la configuración del caso fortuito.

2.- Es permisible aseverar que, al encontrarse el desmayo del chofer dentro de la esfera —y de las contingencias— de la actuación del demandado, no sería posible considerar a tal circunstancia como un caso fortuito (del voto del Dr. Picasso).

3.- En oportunidad de expresar agravios se pretende extender la condena impuesta a la citada en garantía más allá del límite del seguro contratado, sin que se haya

La prueba de carácter científico y la consideración jurídica del desmayo en un caso concreto de nuestra jurisprudencia



Leonel J. Ciliberto

Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Profesor Adjunto en Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Docente en Derechos del Consumidor (UBA) y en Responsabilidad de las Redes Sociales y Plataformas Digitales (UBA).

SUMARIO: I. Introducción.— II. El análisis de la falta de prueba científica del desvanecimiento sufrido por el conductor.— III. La valoración del desmayo como posible hecho fortuito.— IV. La aplicación del art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación a un hecho anterior a su entrada en vigor.— V. Conclusiones.

I. Introducción

El fallo amerita su comentario por presentar principalmente tres atractivos, desde la perspectiva jurídica, sobre los cuales es nutritivo efectuar distintas apreciaciones: 1) El análisis de la falta de prueba científica del desvanecimiento sufrido por el conductor; 2) la valoración del desmayo como posible caso fortuito y 3) la aplicación del art. 1741 del Cód. Civ. y Com. a un hecho anterior a su entrada en vigor.

La mecánica del hecho, que llegó consentida a la segunda instancia, fue la siguiente: el 27 de

septiembre del año 2007, dos personas —accionantes en ambos procesos— se encontraban a bordo de un ómnibus, de propiedad de uno de ellos y conducido por él. Mientras circulaban en dirección a su lugar de trabajo por la Ruta N°7 de Villa Mercedes, Provincia de San Luis, al llegar a la intersección con la colectora sur a la altura del km 698, el conductor perdió el control del ómnibus e impactó contra el guardarraíl, habiendo quedado sobre sus ejes luego de haber efectuado tres tumbos.

La citada en garantía pretendió que se le asigne el carácter de hecho fortuito al desva-

necimiento sufrido por el conductor del ómnibus, como producto de un elevado índice de glucemia, en instantes previos al siniestro.

II. El análisis de la falta de prueba científica del desvanecimiento sufrido por el conductor

El reproche del tribunal frente a los argumentos desarrollados por la compañía aseguradora recae en la falta de prueba de carácter científico que brinde respaldo a la causal invocada, es decir, a la pretensión de la aseguradora de que se encuadre al desvanecimiento como un hecho fortuito, que

rompa el nexo causal y así le permita exonerarse de responsabilidad.

Los jueces pusieron de resalto que la única prueba acompañada por la compañía aseguradora fue un recorte periodístico del diario *La República*, del cual surge que el médico de guardia que atendió a los damnificados se refirió al conductor del ómnibus como “un paciente diabético que presenta una hemorragia digestiva baja de aproximadamente una semana de evolución por haber abandonado su tratamiento. Cuando llegó tenía una glucemia alta de 376 mientras que

lo normal es de hasta 110. Esto puede haber producido una lipotimia que causó un desmayo y provocó el posterior vuelco” (1).

Es tajante la sentencia cuando considera que resulta absolutamente claro que el recorte periodístico, *como único elemento probatorio*, no resulta suficiente para sostener la postura defensiva asumida. Debíó la aseguradora, dicen los magistrados, haber acercado al menos alguna constancia médica —prueba de carácter científico— para demostrar el cuadro de lipotimia sufrido por el conductor.

Entonces, la conclusión a la cual cabe arribar en este primer punto es que la prueba de carácter científico es insustituible y absolutamente necesaria para lograr la prevalencia de una postura argumentativa en juicio, no siendo suficiente recurrir a testimonios científicos de manera indirecta, como a través de recortes periodísticos o páginas de internet.

Esto podría parecer un aspecto que no merezca resalto, pero considero que sí cabe poner el foco en él, ante la gran proliferación de pretensiones probatorias mediante meros enlaces a notas periodísticas.

III. La valoración del desmayo como posible hecho fortuito

Los Dres. Li Rosi y Picasso efectúan valoraciones del desmayo como posible hecho fortuito munidas de notas que vale la pena confrontar.

En su voto, el Dr. Li Rosi refiere que al surgir del mismo recorte periodístico acompañado por la aseguradora que la lipotimia se produjo porque el propio conductor había abandonado su tratamiento para controlar los niveles de glucemia en sangre, esto le quita al hecho el carácter imprevisible e inevitable que debe reunir aquel al cual puede asignársele el rótulo de caso fortuito. Es decir que, según este fundamento, el desmayo *podría* en alguna ocasión configurar la existencia del caso fortuito, más allá de que en este asunto no se haya configurado.

Por su parte, el Dr. Picasso, si bien coincide con la conclusión a la cual arribó su colega, plantea un argumento diferenciado e interesante respecto de la atribución de la responsabilidad y sus eximentes.

Coincide con que el basamento fáctico no fue debidamente probado por la aseguradora, pero agrega que, *incluso de haber sido probado debidamente*, la suerte del planteo no habría variado. Veamos por qué.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El texto del recorte periodístico se encuentra transcripto en el fallo comentado.

(2) Extracto del fallo en comentario: “Precisamente, en el clásico libro de Exner que suele señalarse como el origen del estudio de la condición de exterioridad del caso fortuito, se proporciona el ejemplo de un ataque de apoplejía del maquinista de un tren, y se señala que, al

Explica que, pese al alegato de parte de la aseguradora, relativo a que el desmayo del chofer interrumpiría el nexo de causalidad al constituirse un caso fortuito, esto no es cierto. Funda su argumento en que el hecho requerido por la norma para que se configure el caso fortuito, además de imprevisible o inevitable, debe ser *exterior a la esfera del agente*. Remite a que el Cód. Civ. y Com. —no aplicable en este tema, pero útil como guía interpretativa de la legislación derogada— así lo recepta en su cuerpo normativo.

El art. 1730 del Cód. Civ. y Com., al definir al caso fortuito y a la fuerza mayor, dice que “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

De la lectura aislada de este artículo, no se advierte que la exterioridad del hecho sea un requisito para la *configuración* del caso fortuito, pero es fundamental acudir al art. 1733 del Cód. Civ. y Com., del cual emerge que, *pese a la ocurrencia del caso fortuito*, el deudor es responsable cuando el aquel constituye una *contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad* (art. 1733, inciso “e”, del Cód. Civ. y Com.).

Es decir que, si bien para la configuración del caso fortuito se requiere exclusivamente el carácter *imprevisible* o *inevitable* del hecho, para que ante su acacimiento el deudor se exima de responder, es necesario *además* que ese hecho le resulte *externo*, que “escape de su control”, como menciona el Dr. Picasso en su voto.

La importante conclusión a la cual se arribaba, abonada con la cita de la obra fundacional de Exner respecto del estudio de la condición de exterioridad del caso fortuito (2), es a que el *desmayo*, al no configurar un hecho de carácter externo o controlable para el deudor, no puede constituir un presupuesto fáctico que permita la configuración del caso fortuito, y por lo tanto, no es suficiente para que se produzca el quebrantamiento del nexo causal y la consecuente exoneración de responsabilidad del deudor.

IV. La aplicación del art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación a un hecho anterior a su entrada en vigor

En la segunda parte de su disidencia, dirigida al análisis de la valuación del allí

denominado daño moral, hoy regulado bajo el rótulo de consecuencias no patrimoniales (3), el Dr. Picasso pone de resalto la pauta que surge del art. 1741 del Cód. Civ. y Com, según la cual “El monto de la indemnización *debe* fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”, agregando que se trata de un mandato legal expreso con origen en la norma y destinado al magistrado, que lo obliga a valorar el monto indemnizatorio conforme a dichas pautas.

Esta disidencia es destacable por dos cuestiones.

En primer lugar, porque insiste sobre el deber de los magistrados en torno a la mensura de las consecuencias extrapatrimoniales, temática que siempre ha sido eje de numerosos debates, precisamente por tratarse de uno de los rubros más difíciles de cuantificar. Entonces, es importante insistir sobre la *exigencia* de la norma del art. 1741 del Cód. Civ. y Com., al momento del dictado de las sentencias. La cuantificación arbitraria de las consecuencias no patrimoniales es una de las costumbres anquilosadas que deben ser extirpadas de nuestra jurisprudencia, como ya he tenido oportunidad de analizar al referirme a este asunto (4). Para lograr este objetivo, la pauta obrante en la disposición citada debe encontrar un correlato en las sentencias, al punto de que podría considerarse infundado un fallo del cual no surja cuáles fueron aquellas *satisfacciones sustitutivas y compensatorias* contempladas para la fijación de las partidas indemnizatorias.

En segundo lugar, merece atención la aplicación del art. 1741 del Cód. Civ. y Com., a un caso cuyos hechos ocurrieron el 27/09/2007. Tras casi catorce años de espera, los damnificados merecen una reparación que contemple aquel tiempo que injustamente han tenido que aguardar hasta obtener una sentencia favorable. Si bien el Dr. Picasso no lo señala expresamente, la aplicación de una norma del Cód. Civ. y Com., a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, obedece a la consideración de que la cuantificación de las consecuencias dañosas debe ser encuadrada dentro de las *consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, a las cuales se les aplica la ley, con efecto inmediato, a partir de su entrada en vigor, tal como surge del art. 7 del Cód. Civ. y Com. y en coherencia con

patrimoniales” es mucho más abarcativa y extensa que la de “daño moral”, al comprender una mayor cantidad de supuestos fácticos la primera que la segunda.

(4) CILIBERTO, Leonel Javier, “Análisis de la importancia de la incapacidad vital en la reparación integral del daño”, RCCyC 2020 (julio), 141.

(5) CCiv. y Com., Azul, sala II, “O., H. S. y otro/a vs. Pietrafesa, Catalina Mariel s. Daños y perjuicios”,

la consideración de aquellas como consecuencias no agotadas de la relación jurídica nacida bajo la ley anterior (5).

Esto abona el realismo económico tan ansiado por los justiciables y tan poco reflejado en la jurisprudencia, en virtud del cual “La consecuencia es que el dañador debe transferir los recursos económicos al dañado y/o damnificados en la misma medida a los existentes en el dañado antes del hecho dañoso” (6).

V. Conclusiones

A modo de cierre, cabe sintetizar las moralejas a las cuales arribé en los puntos anteriores, en una conclusión definitiva.

Por un lado, el fallo en comentario se presta para el análisis jurídico debido a que trata una cuestión muy particular, que es un hecho de carácter imprevisible o inevitable para el sujeto, pero a la vez interno o incontrolable para él. En este punto destaco la disidencia estudiada en tanto considera al desmayo como un hecho que en ningún caso podría configurar la existencia del caso fortuito por no ser externo al sujeto.

Por otra parte, la sentencia castiga la ausencia de prueba de carácter científico en el expediente. En este aspecto es aleccionadora y conviene tomar esa pauta como directriz, en el sentido de que los recortes periodísticos, por más que incluyan testimonios de carácter científico, no son equivalentes a la producción de prueba gracias a la cual directamente se llegue a una conclusión con fundamento en el dictamen de un profesional médico.

Por último, la dotación de realismo económico en relación con los fallos judiciales es una necesidad siempre existente en nuestra jurisprudencia, que se resalta con el respeto, por parte de los magistrados, de los imperativos que surgen de normas determinantes como la relativa a las consecuencias no patrimoniales.

Ninguna sentencia será justa, si al momento de la reparación y tras largos años de espera, el resarcimiento no luce adecuado para satisfacer esa expresión de deseo, plasmada en norma, que define a la reparación plena como la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso.

Cita online: AR/DOC/936/2021

30/11/2016.

(6) WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos A., “Análisis Económico del Derecho. Cuantificación del Daño. Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 166.

rar Compañía General de Seguros SA” en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Todo ello, con costas a los vencidos.

Frente a este fallo, el 20 de noviembre se alzaron las quejas del accionante, que fueron replicadas por “Liderar Compañía General de Seguros SA” con el escrito del 9 de diciembre.

El 1º de diciembre, presentó sus quejas la empresa citada en garantía, las cuales merecieron la contestación del accionante del 3 de diciembre.

II. Atento el pedido de deserción formulado por la citada en garantía respecto de

no resultar exterior al círculo de acción de la empresa, aquel no constituye un caso fortuito (EXNER, Adolphe, “La notion de la force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport”, Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1892, ps. 100/101; traducido del alemán por Edmond Seligman)”.
(3) Según mi parecer, la expresión “consecuencias no

tos “Z. S. G. y otros c. C. R. y otros s/ daños y perjuicios” (Expte. N° 8824/2008), condenándolo a abonar a los actores la suma total de pesos dos millones cuatrocientos noventa y nueve mil (\$2.499.000) con más los intereses a liquidar según la tasa activa general préstamos (nominal) que fija el Banco de la Nación Argentina. Asimismo, hizo extensiva la condena a “Liderar Compañía General de Seguros SA” en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Todo ello, con costas a los vencidos.

Contra este pronunciamiento, el 20 de noviembre de 2020 presentó sus quejas la parte accionante, que fueron contestados “Liderar

Compañía General de Seguros SA”, mediante la pieza del 14 de diciembre.

A su vez, el 4 de diciembre se alzaron los agravios de la citada en garantía, que merecieron la réplica de los accionantes del 10 de diciembre.

Asimismo, la mencionada sentencia receptó la demanda entablada por F. M. G. en el marco de los autos “G. F. Martín c. C. R. y otros / daños y perjuicios” (Expte. N° 8823/2008) y condenó a R. C. a abonar al actor la cantidad de pesos trescientos tres mil (\$303.000), con más sus intereses, condena que también se hizo extensiva a “Lide-

los recursos deducidos por las partes accionantes en ambos procesos, debo destacar que el art. 265 del Cód. Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. En este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado”, T. I, p. 835/7; CNCiv. esta Sala, libros N° 37.127 del 10/08/1988, N° 33.911 del 21/09/1988, N° 587.801 del 28/12/2011, N° 003013/2012/CA001 del 19/09/2017, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, debería coincidirse en que los pasajes de los escritos a través de los cuales los accionantes pretenden fundar sus quejas en lo que hace al límite de cobertura logran —al menos mínimamente— cumplir con los requisitos antes referidos.

De este modo, propondré al acuerdo desatender el pedido formulado por la empresa citada en garantía, sin perjuicio de lo que destacaré en los párrafos siguientes respecto a la posibilidad de introducir en esta etapa cuestiones que no fueron puestas en consideración del Juez de Grado.

III. Fijado lo anterior, y considerando la totalidad de los agravios formulados por las partes, comenzaré analizando los planteos introducidos respecto de la atribución de responsabilidad.

Llega a esta instancia consentida la mecánica del hecho, quedando impuesto que sucedió el 27 de septiembre de 2007, cuando los accionantes en ambos procesos se encontraban a bordo del vehículo Mercedes Benz, dominio ..., de propiedad del Sr. R. C. y conducido por él. En esa oportunidad, mientras circulaban en dirección a su lugar de trabajo por la Ruta N° 7 de Villa Mercedes, Provincia de San Luis, al llegar a la intersección con la colectoría sur a la altura del km. 698, el conductor perdió el control del ómnibus e impactó contra el guardarraíl, realizando tres tumbos para luego quedar finalmente sobre sus ejes.

Tampoco existió controversia en punto a la calidad de pasajeros transportados que detentaban los accionantes, ni al encuadre jurídico fijado en la instancia de grado (art. 184 del Código de Comercio).

En este contexto, las quejas formuladas por la empresa citada en garantía se dirigen exclusivamente a intentar reeditar el planteo de la causal de exoneración alegada en los autos “G. F. M. c. C. R. y otros / daños y perjuicios” (Expte. N° 8823/2008), pretendiendo que se le asigne el carácter de hecho fortuito al desvanecimiento que habría sufrido el Sr. C. en los instantes previos al siniestro como producto de un elevado índice de glucemia.

Ahora bien, más allá de los esfuerzos argumentativos desarrollados, la mencionada empresa soslaya que no incorporó al pleito ningún elemento de prueba científica que dé respaldo a la causal invocada. En efecto, la única pieza que insinúa que el conductor del rodado habría sufrido una lipotimia es el recorte periodístico del Diario La República obrante fs. 153 de los autos “Z., S. G. y otros c. C., R. s/ daños y perjuicios” (N° 8824/2008), en donde el médico de guardia que atendió a los damnificados en el Policlínico de Villa Mercedes se refirió a R. C. como “un paciente diabético que presenta una hemorragia digestiva baja de aproximadamente una semana de evolución por haber abandonado su tratamiento. Cuando llegó tenía una glucemia alta de

376 mientras que lo normal es de hasta 110. Esto puede haber producido una lipotimia que causó un desmayo y provocó el posterior vuelco...”

Resulta de toda claridad que este único elemento no es prueba suficiente de la postura defensiva asumida. La entidad de lo apuntado por la empresa citada en garantía ponía en su cabeza acercar, al menos, alguna constancia médica que dé respaldo a lo esgrimido (como ser la historia clínica o las constancias de la atención brindada al Sr. C. con posterioridad al hecho), de modo tal que se abonara debidamente el cuadro de lipotimia que habría sufrido. La sola existencia de un recorte periodístico que enuncie que el conductor haya sufrido un desmayo sin su correspondiente corroboración mediante una prueba científica no permite que la postura asumida por la empresa tenga la virtualidad pretendida en la expresión de agravios.

Además, bien vale destacar que en ese mismo recorte se describe que la lipotimia se produjo porque el propio conductor había abandonado el tratamiento para controlar sus niveles de glucemia en sangre, situación que descarta los elementos de imprevisibilidad e inevitabilidad que deben estar presentes en la configuración del caso fortuito.

En definitiva, y dado que lo que se pretende en esta oportunidad es reeditar una discusión sobre meros argumentos sin contar con avals probatorios suficientes, propondré al acuerdo rechazar los agravios formulados por “Liderar Compañía General de Seguros SA”.

IV. Dicho ello, avanzaré a dar respuesta al planteo de las partes accionantes de ambos procesos que se encuentra vinculado con la extensión de la condena impuesta a cargo de la empresa citada en garantía.

Al respecto, no puedo dejar de señalar que lo ahora intentado implica traer a discusión un tópico que no fue oportunamente invocado en la etapa procesal pertinente y, como lógica consecuencia, no fue objeto de contradictorio a lo largo del proceso. Ello resulta improcedente, ya que en oportunidad de expresar agravios se pretende extender la condena impuesta a la citada en garantía más allá del límite del seguro contratado sin que se haya realizado objeción alguna en el momento oportuno. Es decir, no se efectuó ningún planteo al dar respuesta al traslado de la documental incorporada con la contestación de demanda, ni al evacuar el resultado de la prueba pericial contable.

Desde allí, conforme lo prescribe el artículo 277 del Código Procesal, el Tribunal no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, indicando como límite del poder de Alzada el “thema decidendum” propuesto por las partes en los escritos de constitución del proceso, incurriendo en incongruencia en caso de resolver pretensiones deducidas extemporáneamente en la Alzada (conf. esta Sala, voto de la Dra. Luaces en Libro n° 227.657 del 15/12/1997; voto del Dr. Escuti Pizarro en ED, 86-423 y sus citas de Palacio, “Derecho Procesal Civil”, T. I, ps. 258/259; Fassi-Yáñez “Código Procesal”, T. I, p. 779; id., Colombo-Kiper, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T. III, LA LEY, p. 190).

En consecuencia, es de toda obviedad que lo aquí solicitado transgrede los términos del proceso, en tanto recién fue introducido en oportunidad de expresar agravios. De modo que, el principio de congruencia, de indudable rango constitucional y cuyo fundamento se encuentra en los artículos 34 inc. 4° y 163 inc. 3° del Cód. Procesal, se alza como obstáculo insalvable para acceder a lo peticionado.

Por consiguiente, no corresponde aquí someter a decisión la oposición al límite de cobertura que fue planteada por los accionantes de ambos procesos en las expresiones de agravios.

V. Avanzaré ahora en dirección al estudio de las partidas indemnizatorias que fueron motivo de controversia.

a) *Incapacidad psicofísica sobreviniente:* En primer lugar, destacaré que ninguna de las quejas vertidas sobre este tópico logra cumplir con la crítica concreta y razonada que manda el art. 265 del Cód. Procesal.

La simple lectura de la pieza introducida por la parte accionante en los autos “Z. S. G. y otros c. C. R. y otros s/ daños y perjuicios” (Expte. N° 8824/2008) demuestra que siquiera hay una mínima reflexión puntual respecto a lo sostenido por el sentenciante de grado con relación a cada uno de los accionantes. Los apelantes se limitaron a realizar consideraciones generales y globales sin indicar de manera concreta en qué parte del razonamiento del Juez de Grado se alojaría la incorrecta apreciación de la prueba a la que vagamente se hace referencia. Nótese que siquiera existió el trabajo de enumerar de manera precisa cuales fueron las secuelas incapacitantes sufridas por cada uno de los accionantes. Tampoco se especificaron los montos otorgados por esta partida en favor de cada uno de ellos ni se reseñaron los porcentajes de incapacidad evidenciados por las pruebas periciales.

A su vez, las consideraciones realizadas que se vinculan con la dolarización de las partidas mediante la cual se intenta petionar un aumento del resarcimiento resulta violatorio de lo normado por el art. 7 de la ley 23.928, cuestión que no merece mayores consideraciones.

Lo mismo ocurre con lo apuntado respecto al modo en que se tarifican los rubros en el Fuero del Trabajo con acuerdo a la Ley de Accidentes Laborales. De hecho, el propio apelante incurre en una incongruencia argumentativa al reconocer que “la Corte Suprema de Justicia ha establecido su oposición a la tarificación de las indemnizaciones”.

En lo que respecta a la pieza introducida por la parte accionante en los autos “G. F. M. c. C. R. y otros / daños y perjuicios” (Expte. N° 8823/2008), debo destacar que resulta prácticamente una copia textual de la expresión de agravios formulada en los obrados acumulados, situación que denota los términos genéricos en que fueron redactadas ambas piezas, en las que no hay ninguna referencia puntual a la situación de los damnificados.

Igual situación se evidencia en las quejas de la empresa citada en garantía, que tampoco contienen la crítica concreta y razonada que exige el art. 265 del Cód. Procesal.

Llegado a este punto, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15/11/1984, LA LEY, 1985-B, 394; id. Sala D, 18/05/1984, LA LEY, 1985-A, 352; id. Sala F, 15/02/1968, LA LEY, 131-1022; id. Sala G, 29/07/1985, LA LEY, 1986-A, 228; esta Sala L. N° 587.801 del 28/12/2011; id. L. N° 003013/2012/CA001 del 19/09/2017 entre otros).

En definitiva, las consideraciones globales efectuadas en las expresiones de agravios de ambas partes en los distintos procesos sin la consecuente puntualización de las partes del fallo que resultarían agraviantes no logran alcanzar el piso mínimo establecido en el art. 265 del Cód. Procesal.

Luego, propondré al acuerdo declarar desierto los recursos de ambas partes en lo que hace a las indemnizaciones otorgadas en la instancia de grado por incapacidad psicofísica sobreviniente.

b) *Daño moral:* En lo que respecta a este ítem resarcitorio, la parte actora se agravio por considerar reducidas las sumas otorgadas en la instancia de grado, mientras que la citada en garantía las consideró excesivas.

El daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, J. Joaquín, ob. cit., T. I, p. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit., T. I, p. 215; Mayo en Belluscio-Zannoni, ob. cit., T. II, p. 230; Zannoni, Eduardo “El daño en la responsabilidad civil”, p. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, p. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo “El daño resarcible”, p. 223, núm. 55).

Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su *quantum*; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados. Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. esta Sala, mi voto en Libres n° 466.988 del 19/03/2007, n° 464.517 del 03/11/2008, N° 586.773 del 02/12/2011 y N° 618.012 del 03/09/2013, entre otros).

Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no solo el dolor de afección, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético. Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf. Acuña Anzorena, Arturo, “La reparación del agravio moral en el Código Civil”, LA LEY, T. 16, n° 532).

En la especie, se advierte que al momento del hecho todos los accionantes eran empleados de la empresa “Crafmsa” y que se encontraban dirigiéndose a su lugar de trabajo, habiendo sufrido un grave siniestro vial que les generó distintas afecciones físicas y psicológicas que fueron evidenciadas en los informes de fs. 605/615 de los autos “Z., S. G. y otros c. C., R. y otros s/ daños y perjuicios” y en el de fs. 196/198 de los autos “G., F. M. c. C., F. y otros s/ daños y perjuicios”.

En definitiva, no se puede desconocer que —en alguna medida— las víctimas de una situación como la evidenciada en autos enmarca el supuesto establecido en el artículo 522 del Cód. Civil, razón por la cual, a la

luz de estas pautas ya señaladas, teniéndose en cuenta el sufrimiento y angustia verosímilmente padecidos, y haciendo uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Cód. Procesal, estimo adecuado elevar la suma otorgada por esta partida del siguiente modo:

- 1) En favor de S. G. Z., a la suma de pesos quinientos mil (\$500.000).
- 2) En favor de J. M. L., a la suma de pesos quinientos mil (\$500.000).
- 3) En favor de W. R. A., a la suma de *pesos quinientos mil (\$500.000)*.
- 4) En favor de C. A. L., a la suma de *pesos ochocientos mil (\$800.000)*.
- 5) En favor de J. M. B., a la suma de *pesos quinientos mil (\$500.000)*.
- 6) En favor de M. O. C., a la suma de *pesos seiscientos cincuenta mil (\$650.000)*.
- 7) En favor de R. A. T., a la suma de *pesos ochocientos mil (\$800.000)*.
- 8) En favor de F. M. G., a la suma de *pesos cuatrocientos mil (\$400.000)*.

No paso por alto que los montos que aquí se fijan a valores actuales exceden el reclamo inicial. No obstante, los mismos fueron superados a lo que en más o en menos resulte de la prueba (cfr. fs. 6 de los autos N° 8823/2008 y fs. 45 de los autos N° 8824/2008), de modo que al acreditarse con las probanzas rendidas un perjuicio mayor al estimado en un principio, me persuade de la necesidad de adecuar los montos indemnizatorios a su justa medida para arribar así a una decisión equitativa.

c) *Gastos médicos, farmacia, consultas y traslados*: En lo que hace a los agravios vinculados a este ítem resarcitorio, no evidencio que la queja formulada contenga la crítica concreta y razonada que exige el art. 265 del Cód. Procesal. Es que “criticar” es muy distinto de “disentir”, pues la crítica debe significar un ataque directo y pertinente de la fundamentación, procurando la demostración de los errores fácticos o jurídicos que pudiere contener, mientras que el disenso es la mera exposición del desacuerdo con lo sentenciado (conf. esta Sala, voto del Dr. Escuti Pizarro en libre N° 414.905 del 15/04/2005 y mi voto en libre N° 570.223 del 09/02/2012).

En el particular, debo señalar que los demandantes se quejan exclusivamente del monto reconocido en la instancia de grado en concepto de gastos de farmacia, pero soslayan que la partida que les fue otorgada englobó también el resarcimiento de los gastos médicos, de consultas y traslados. Ello, evidencia que la queja introducida resulta —cuanto menos— parcial e incompleta, pues no se efectuó ninguna consideración en lo que hace a los restantes conceptos indemnizatorios aunados en la partida de mención.

A su vez, considero que los párrafos a través de los cuales los demandantes se quejan del monto reconocido resultan solo un disenso con la solución económica a la que arribó el anterior sentenciante, sin que ello

cumpla con los recaudos legales previamente señalados.

En virtud de ello, propondré al acuerdo declarar desiertos los agravios introducidos respecto de este rubro.

VI. Respecto a los agravios vinculadas a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios”, del 20/04/2009 y lo dispuesto por el art. 303 del Cód. Procesal (según ley 27.500), sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

El citado fallo plenario prevé la utilización de la mencionada tasa, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

En función de lo allí dispuesto, he venido sosteniendo que, en los casos en que la cuantificación de los rubros se ha realizado a valores vigentes a la fecha de la sentencia apelada, corresponde aplicar un interés puro del 8% anual desde la mora y hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, la realidad del mercado financiero, contingente y variable, me llevó a revisar el criterio que he venido utilizando, pues considero que la tasa de interés establecida en el mencionado fallo plenario no altera, actualmente, el contenido económico del capital establecido en la sentencia.

En función de lo expuesto, y toda vez que la doctrina plenaria resulta obligatoria en razón de lo normado en la ley 27.500, entiendo que desde el inicio de la mora (27/09/2007) y hasta el efectivo pago, deben calcularse los intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

VII. Voto, en definitiva, para que se modifique parcialmente la sentencia apelada, elevando el monto reconocido por daño moral en favor de F. M. G. a la suma de pesos cuatrocientos mil (\$400.000), a la suma de pesos quinientos mil (\$500.000) en lo que hace a S. G. Z., J. M. L., W. R. A. y a J. M. B., a la de pesos seiscientos cincuenta mil (\$650.000) en favor de M. O. C. y a la suma de pesos ochocientos mil (\$800.000) en favor de C. A. L. y de R. A. T.; y se la confirme en lo demás que decide y fue objeto de agravios.

Las costas de Alzada deberían imponerse en un sesenta por ciento (60%) a cargo de la citada en garantía y en un cuarenta por ciento (40%) en cabeza de los accionantes de acuerdo al resultado obtenido (art. 71 del Cód. Procesal).

El doctor *Picasso* dijo:

I. Si bien coincido con el voto de mi distinguido colega el doctor *Li Rosi*, considero pertinente efectuar dos aclaraciones; una referida a la responsabilidad, y otra al método de cálculo del daño moral.

II. En lo que atañe a la responsabilidad y, en particular, a la causal de exoneración invocada por la citada en garantía, debo decir que si bien, como acertadamente apuntó el colega preopinante, el basamento fáctico sobre el cual se sostuvo dicho planteo no se encuentra debidamente acreditado, lo cierto es que, incluso de soslayarse tal deficiencia probatoria, la suerte de la queja no habría de variar.

Esto se debe a que, en la especie, se alega —en ambos expedientes acumulados— que el desmayo del chofer interrumpiría el nexo de causalidad, al constituirse —en el razonamiento de la emplazada— en un caso fortuito. Sin embargo, lo cierto es que resulta imprescindible, a los efectos de configurar el casus, que el hecho sea —además de imprevisible o inevitable— exterior a la esfera del agente (Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R. J., “Tratado de Derecho de Daños”, LA LEY, Buenos Aires, 2019, T. I, p. 371 y ss.; Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, M. J., “Tratado de la responsabilidad civil”, LA LEY, Buenos Aires, 2004, T. I, p. 861; art. 514, Cód. Civil).

En efecto, el caso fortuito o la fuerza mayor, para revestir el carácter de tal y, así, interrumpir el curso causal, debe *échapper au contrôle du débiteur* (en los términos del art. 1218 del Cód. Civil francés, referido al ámbito contractual, en el cual se inserta el presente reclamo).

Destaco, para más, que el Cód. Civ. y Comercial —que en este aspecto no resulta aplicable al caso, a raíz de la fecha en que los hechos que aquí se debaten, mas es útil como una guía interpretativa de la legislación derogada— deja en claro que la exterioridad o ajenidad del hecho es un requisito del casus (*vid.*, en especial, el art. 1733, incs. “c”, “d” y “e”, del Código citado).

Precisamente, en el clásico libro de Exner que suele señalarse como el origen del estudio de la condición de exterioridad del caso fortuito, se proporciona el ejemplo de un ataque de apoplejía del maquinista de un tren, y se señala que, al no resultar exterior al círculo de acción de la empresa, aquel no constituye un caso fortuito (Exner, Adolphe, “La notion de la force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport”, Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1892, p. 100/101; traducido del alemán por Edmond Seligman).

En estas condiciones es permisible aseverar, en relación al caso que aquí se trata, que al encontrarse el desmayo del chofer dentro de la esfera —y de las contingencias— de la actuación del demandado, no sería posible considerar a tal circunstancia —en la hipótesis de que hubiese sido probada— como un caso fortuito.

III. En relación al daño moral, aunque concuerdo con los montos propuestos por el doctor *Li Rosi*, dejo a salvo mi opinión acerca del criterio aplicable para su valuación.

Dispone el art. 1741 *in fine* del Cód. Civ. y Comercial: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. Resalto deliberadamente el término “debe”, que señala muy claramente que no se trata de una simple opción para el magistrado, sino que existe un mandato legal expreso que lo obliga a evaluar el perjuicio moral mediante el método establecido por la ley (vid. Picasso-Sáenz, Luis R. J., op. cit., T. I, p. 481; Márquez, José F., “El daño moral contractual: interpretación, facultades de los jueces y prueba”, RCyS 2020-VII, 63).

Entonces, por mandato legal expreso el daño moral debe “medirse” en una suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (*vid.* mis votos como juez de esta Sala, 02/08/2017, “M., Enrique D. c. D., José L. y otro s/ daños y perjuicios”, Expte. N° 81.603/2010; ídem, 19/05/2017, “T., Leandro R. y otro c. C., Luis A. y otro s/ daños y perjuicios”, Expte. N° 93.222/2013, entre muchos otros).

IV. Con estas aclaraciones, adhiero al primer voto.

La vocalía N°2 no interviene por hallarse vacante.

Con lo que terminó el acto.

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve: modificar parcialmente la sentencia apelada, elevando el monto reconocido por daño moral en favor de F. M. G. a la suma de pesos cuatrocientos mil (\$400.000), a la suma de pesos quinientos mil (\$500.000) en lo que hace a S. G. Z., J. M. L., W. R. A. y a J. M. B., a la de pesos seiscientos cincuenta mil (\$650.000) en favor de M. O. C. y a la suma de pesos ochocientos mil (\$800.000) en favor de C. A. L. y de R. A. T.; y confirmándosela en lo demás que decide y fue objeto de agravios. Las costas de Alzada se imponen en un sesenta por ciento (60%) a cargo de la citada en garantía y en un cuarenta por ciento (40%) en cabeza de los accionantes. Difiérase la regulación de los honorarios profesionales para cuando se haga lo propio en la instancia de grado. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/2011, 38/2013 y concordantes de la CSJN, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvase. — *Ricardo Li Rosi*. — *Sebastián Picasso*.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731 7° piso de Capital Federal, hace saber que GLENDY MARIANA PÉREZ ALVIAREZ de

nacionalidad venezolana con DNI 95.703.046 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente

deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2020

M. Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 16/04/21 V. 16/04/21



Doctrina

Daño ambiental de fuentes y efectos interjurisdiccionales

El caso de los incendios en las islas del Delta del Paraná
¿Constituye una omisión ilícita del Estado?
¿Genera su responsabilidad nacional e internacional?



María M. del Rosario Sánchez

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Profesional Líder en Ética y Compliance. LPEC. Certificada por ECI (Ethics & Compliance Initiative). Certificada en Programas de Prevención de Lavado de Activos y Crímenes Financieros en IAE Bussines School, Universidad Austral de Buenos Aires. Profesora Adjunta de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesora estable en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Rosario. Secretaria académica del Curso de Posgrado de Capacitación en Ética e Integridad para el Ejercicio de la Función Pública, de la Facultad de Derecho de la UNR.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Sistema de Competencias en Materia Ambiental Interjurisdiccional.— III. Regulación nacional e internacional sobre humedales.— IV. Daño ambiental y recomposición.— V. Conclusiones.

I. Introducción

En estas breves líneas abordaré el daño ambiental de fuentes y efectos interjurisdiccionales, y con relación al caso específico de los incendios en las islas del Delta el Paraná, trataré de demostrar que no hace falta implementar más legislación ni crear nuevos organismos para el tratamiento de la cuestión. Las leyes están, la mayoría hace muchos años, los órganos competentes han sido creados especialmente para abordar estas temáticas con compromisos interprovinciales e internacionales vigentes.

Un cúmulo de competencias y mandatos en orden a la protección del medio ambiente y a la reparación de los daños, que se ha omitido “ejercer” durante años, persistiendo esa solución en la actualidad, pese a la gran tragedia e impacto ambiental que seguimos sufriendo en las islas del Paraná.

Desde mi perspectiva, analizando las normas que seguidamente se detallarán, considero que lo único que se requiere es el ejercicio efectivo de competencias ya reguladas, siendo su omisión la base de la responsabilidad del estado y de los funcionarios involucrados en todos sus niveles.

II. Sistema de Competencias en Materia Ambiental Interjurisdiccional

Vamos a empezar por nuestra Constitución Nacional (CN).

El art. 41 de la CN, incorpora el derecho al medio ambiente sano: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”.

Este es el principio rector, el derecho y la obligación de preservarlo teniendo en consideración las generaciones futuras.

Horacio Rosatti (1), expresa al respecto que “...la intensidad de la tutela es claro que la pretensión de preservación del medio ambiente no ha quedado consagrada como una mera aspiración (como un interés difuso en el sentido de etéreo o volátil) sino como un auténtico derecho”.

Para entender cómo se regulan específicamente los supuestos de daños ambientales interjurisdiccionales, es decir, un daño que puede causarse en una jurisdicción y genera,

o impacta sus efectos nocivos en otras, debemos ir al sistema federal de Gobierno y las distribuciones de competencias.

En nuestro sistema federal de Gobierno se establecen potestades “delegadas” por las Provincias a la Nación, por ser estas preexistentes (art. 121, CN); las potestades “reservadas” (arts. 5º, 123, CN) por las Provincias, siendo las delegadas más acotadas.

En materia ambiental muchos autores luego de la Reforma Constitucional de 1994 entendieron que las potestades pasaron a ser “concurrentes” entre Nación y jurisdicciones locales (Provincias y Municipios), teniendo en consideración la redacción del tercer párrafo del art. 41 de la CN.

Otros, como Rosatti (2), considera que “atendiendo a la necesidad de garantizar la tutela intensa y preservar la distribución federal de competencias (estamos analizando una materia no delegada expresamente por las provincias a la Nación), el segundo párrafo del art. 41 consagra, en el marco del federalismo de concertación, una estrategia de protección que consideramos acertada. La determinación de los presupuestos mínimos de protección corresponde a la Nación..., previéndose la

complementación provincial y/o municipal para el caso de exigencias mayores y/o especiales, de acuerdo con específicas circunstancias locales”.

Así el art. 41 de la CN, en su tercer párrafo establece: “Corresponde a la Nación dictar las normas conteniendo los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.

Es por ello, que desde la asunción por La Nación del dictado de los “presupuestos mínimos de protección ambiental” el rol de las provincias, municipios y comunas será (3):

- Respetar los presupuestos mínimos.
- Agregar regulación a la establecida en los presupuestos mínimos, en virtud de situaciones específicas de carácter local.
- Dictar disposiciones para poner en ejecución la normativa de presupuestos mínimos.
- Regular situaciones no contempladas en los presupuestos mínimos.

En el año 2002 se pone en vigencia la ley nacional 25.675 de Presupuestos Mínimos Ambientales.

Nota a fallo

Interrupción legal del embarazo

Pedido de declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.610. Proceso colectivo. Falta de legitimación activa de una municipalidad. Rechazo *in limine*.
JFed. Nro. 2, Rosario

3

Interrupción voluntaria del embarazo

Impugnación de su constitucionalidad. Acción de amparo. Legitimación activa. Ausencia de perjuicio concreto.
JEjec. Trib., Corrientes

6

Los municipios no están legitimados para impugnar la IVE
Enrique J. Marchiari

4

¿Qué amparo? ¿Para qué Constitución? Confronte entre el principalismo chaqueño y el garantismo correntino, ante la ley 27.610

Cristian H. Caminos

6

Esta, en lo que concierne a las “potestades interjurisdiccionales”, apunta esencialmente a compatibilizar las facultades de los distintos niveles de gobierno, través de lo que se dio en llamar “Federalismo de Concertación” (4). Así la ley regula el “Sistema Federal Ambiental”.

A estos efectos, la ley 25.675 incorpora como anexos a su letra, dos instrumentos:

— Acta Constitutiva del COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente): Sujeto de derecho público conformado por las provincias, Nación y CABA.

— Pacto Federal Ambiental, de 1993.

Consejo Federal de Medio Ambiente: El Acta constitutiva del COFEMA (data de 1990) fue incorporada, tal como se explicó, a la Ley de Presupuestos Mínimos en el año 2002. Son autoridades del COFEMA las máximas autoridades ambientales de la Nación, de cada una de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por su parte, a través del Pacto Federal Ambiental, suscripto en Buenos Aires, en 1993, entre el Estado Nacional y las provincias, los firmantes asumen los siguientes compromisos en materia de políticas ambientales sustentables:

— Promover a nivel provincial la unificación y/o coordinación de todos los organismos que se relacionen con la temática ambiental en sus políticas;

— Reconocen al Consejo Federal de Medio Ambiente como un instrumento válido para la coordinación de la política ambiental en la República Argentina;

— Se comprometen a compatibilizar e instrumentar en sus jurisdicciones la Legislación Ambiental.

En la Provincia de Santa Fe, se creó por ley 11.717 el Consejo Provincial de Medio Ambiente, como proyección local necesaria de esta “Concertación de Facultades” entre provincia, municipios y comunas de Santa Fe.

Esta coordinación interjurisdiccional local se señala imprescindible para la preservación, conservación, mejoramiento y recuperación del medio ambiente que comprende entre otras cosas: art. 2º, inc. f) “La cooperación, coordinación, compatibilización y homogeneización de las políticas ambientales a nivel interjurisdiccional y la gestión conjunta de ecosistemas compartidos, orientada al mejoramiento del uso de los recursos naturales, el control de la calidad ambiental, la defensa frente a emergencias y catástrofes y, en general, la desarrollo sustentable”.

Con lo cual las *políticas ambientales interjurisdiccionales*, tal cual se ha descripto a través del Sistema Federal y Sistema Provincial de Medio Ambiente, buscan una necesaria y proclamada implantación de políticas ambientales de escala nacional y regional. Su coordinación y abordaje conjunto, “no” constituyen potestades meramente “discrecionales” de los gobiernos o funcionarios, sino que configuran una “obligación competencial” de los Estados y funcionarios involucrados en el daño ambiental interjurisdiccional.

Así, expresamente en lo que refiere a la obligación de realizar estudios de impacto

ambiental de efectos “interjurisdiccionales”, el acta constitutiva del COFEMA que forma parte de la ley 25.675, establece que es el Consejo Federal de Medio Ambiente el órgano competente para exigirlo:

El art. 2º, Punto 7 del Acta Constitutiva del COFEMA establece la facultad de este para “exigir y controlar la realización de estudios de impacto ambiental, en emprendimientos de efectos interjurisdiccionales, nacionales e internacionales”.

Las potestades nacionales y locales también han sido expresamente reconocidas por el Código Civil y Comercial, vigente desde el año 2015, habiéndose incorporado los derechos de incidencia colectivos (dentro de los cuales el derecho al medio ambiente es uno de los más relevantes) como categoría de derechos, objeto de protección.

El Código Civil y Comercial en la sección de los bienes con relación a las personas, regula los bienes del dominio público y privado.

Dentro de los Bienes del Dominio Público, el art. 235, inc.) d), enuncia “...las islas formadas o que se formen... en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en lagos o laguna navegables, excepto que pertenezcan a particulares”.

Por su parte, entendiendo a la coexistencia de potestades locales y nacionales, el art. 237 establece: “La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local, determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados...”

En lo que se refiere a los usos sobre los bienes (sean estos del dominio público o del dominio privado), el art. 240 del Cód. Civ. y Com., establece límites considerando los derechos de incidencia colectivos y el respeto de las normas locales y nacionales.

En este sentido, establece que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes privados o del dominio público o privado del Estado, debe ser: 1) compatible con los derechos de incidencia colectiva (derecho ambiental); 2) debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público (5); y 3) no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

También expone el art. 241 del Cód. Civ. y Com. el debido respeto de todas las jurisdicciones a la Ley de Presupuestos Mínimos:

“Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

III. Regulación nacional e internacional sobre humedales

En lo que concierne específicamente al caso, debemos poner de resalto el Tratado Internacional Ramsar, al que nuestro país adhirió e incorporó como derecho interno a través de la ley nacional 23.919 (1991).

Es decir, a partir del año 1991, nuestro país ingresó en la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, firmada en Ramsar (ciudad de Irán) en el año 1971.

La Convención sobre los Humedales es un tratado intergubernamental que sir-

ve de marco para la acción nacional y la cooperación internacional en pro de la conservación y el uso racional de los humedales y sus recursos. Forman parte de este, 171 países y posee una superficie total de sitios designados en todo el mundo de 254,467,869 ha.

De acuerdo con el art. 75, inc. 22 de la CN, este tratado tiene jerarquía normativa superior a las leyes.

Dentro de las obligaciones asumidas por nuestro país remarcamos:

— Cada parte contratante designará humedales idóneos de su territorio para ser incluidos en la lista de humedales de importancia internacional.

— Cada parte contratante tendrá en cuenta su responsabilidad internacional respecto a la conservación, gestión y uso racional.



Imagen Tratado Ramsar (6)

En octubre del año 2015, el Delta del Paraná, pasó a integrar la “Lista Ramsar” con lo cual tiene jerarquía internacional de “Sitio Ramsar” a los fines de su protección, como humedal del planeta.

Se ha reconocido que funciona como regulador hidrológico y de biodiversidad. La

declaración, que emana de una convención internacional, convierte las 240.000 ha que comparten las provincias de Entre Ríos y Santa Fe en la vigésimo segunda área protegida de este tipo en la Argentina.

Seguidamente se detallan los Humedales Internacionales Argentinos Ramsar:

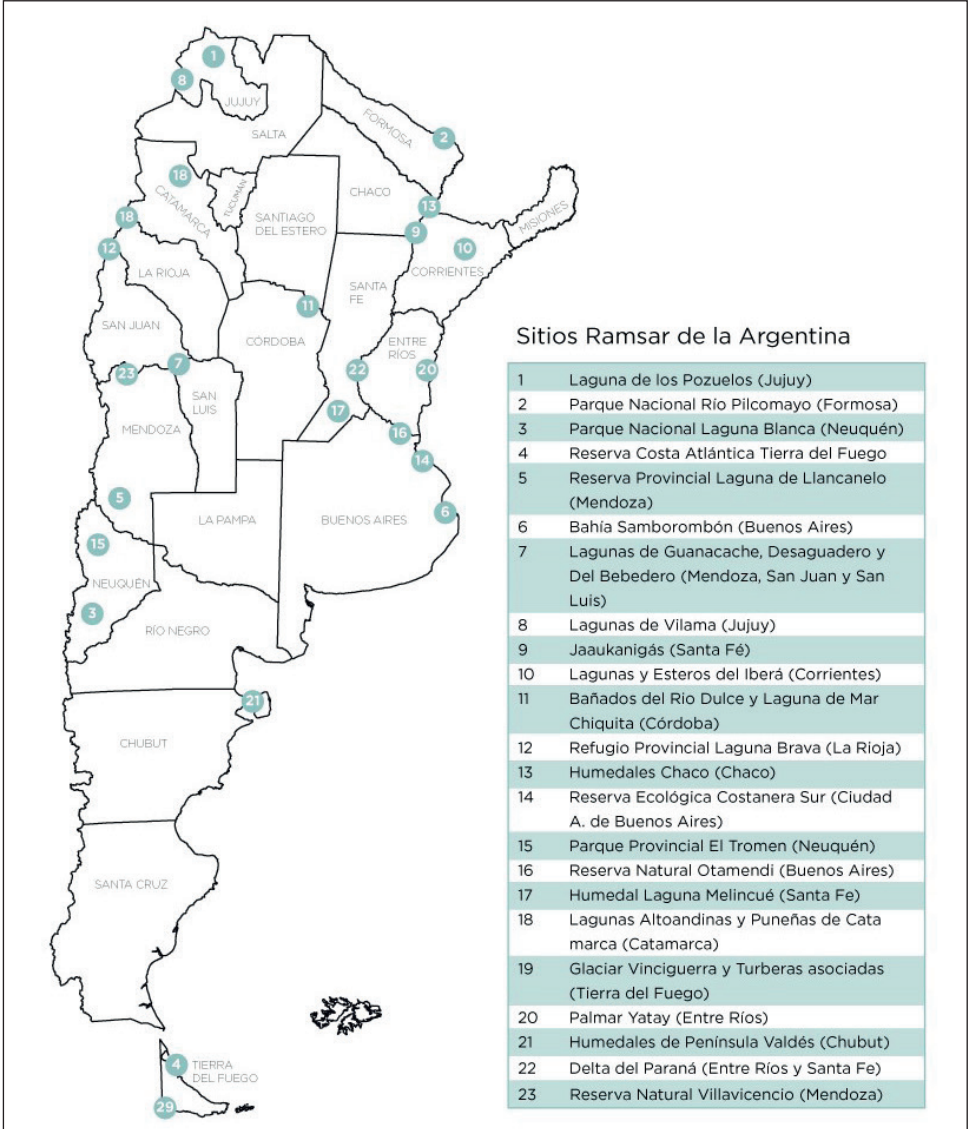


Imagen de los Sitios Ramsar de Argentina (7)

(4) TAWIL, Guido S., “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, LA LEY, 1995-B, 1291. Señala el autor que “Más allá de reconocer la conveniencia de delimitar con claridad los distintos ámbitos de competencia —al resultar inadmisibles la situación reinante en la prác-

tica al tiempo de la reforma constitucional— difícil resulta suponer que la superación de los conflictos existentes pueda encontrar sustento en la nueva normativa constitucional. La experiencia en la materia parece indicar que —más allá del texto de la norma— un acuerdo político

En Santa Fe, luego de los incendios del año 2008 en las islas, se generó, lo que se dio en llamar un plan integral estratégico para la conservación y aprovechamiento sostenible en el Delta del Paraná (PIECAS). Se lo concibió como acuerdo interjurisdiccional entre las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe, junto con el Gobierno Nacional, cuyo objetivo fue gestionar los humedales del Paraná, un ecosistema compartido y proveer respecto a las medidas para evitar las quemaduras. Dicho ámbito no concretó acciones o políticas habiendo permanecido inactivo por muchos años.

En diciembre de 2019, en Santa Fe se promulgó la ley 13.932 sobre Protección de Humedales.

Esta, muy por debajo del nivel protectorio del que ya goza el Delta del Paraná, según nuestra legislación, “declara de Interés Provincial”, la preservación, conservación, defensa y mejoramiento de los humedales y sus elementos constitutivos que, por sus funciones y características, mantienen y contribuyen a sostener el orden de dicho ecosistema.

El art. 10 de la ley establece que “la autoridad de aplicación gestionará los humedales de acuerdo con la ley 25.675 y que “... determinará las áreas...”.

Esta ley, además está decirlo, no supone ejercicio de competencia alguna en materia medio ambiental ni es protectoria de los humedales. La declaración de “interés” provincial, cae si la comparamos con el nivel protectorio internacional que ya tiene el Delta del Paraná por su incorporación a un tratado internacional. Por lo demás, señalar que la autoridad de aplicación gestionará los humedales de acuerdo con la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos, tampoco resulta coherente y no agrega nada, dado que esta obligación está contenida en la Constitución Nacional y en el Código Civil y Comercial, como se explicó *supra*.

IV. Daño ambiental y recomposición

Seguidamente veremos, cómo tampoco se han desplegado acciones para recomponer los daños ya producidos.

Para ello, volvemos nuevamente al art. 41 de la CN, que establece que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer...

En el mismo sentido, la ley 25.675 dispone que el que cause un daño ambiental

será objetivamente responsable de su establecimiento al estado anterior a su producción...

Por ello, a los efectos de recomponer el daño ambiental en los términos del art. 41, CN y del art. 28 de la ley 25.675, el legislador ha considerado dos herramientas:

— Seguro ambiental (art. 22).

— Fondo de recomposición ambiental.

Debemos considerar que estos son instrumentos que están en la ley desde hace casi 18 años y que aún hoy las administraciones locales y nacionales han demorado o incumplido su puesta en marcha.

Consecuentemente, hoy, año 2021, luego de tanta inercia en materia de política ambiental, me pregunto ¿cómo van a responder las administraciones públicas para atender una emergencia ambiental?, ¿cómo van a proveer las administraciones públicas para recomponer el medio ambiente dañado?

En este sentido, y para ser más específica, ¿no debió haberse regulado hace años el fondo de preservación ambiental? ¿no debieron exigirse los seguros ambientales tanto a los titulares públicos y privados de los terrenos involucrados en los humedales?

El seguro ambiental es:

— Obligatorio para aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que realicen actividades riesgosas.

— Lo debe “exigir” la autoridad ambiental competente en cada jurisdicción.

— Finalidad “garantizar la disponibilidad de fondos necesarios para recomponer el ambiente de incidencia colectiva...”.

— Beneficiarios: Las administraciones públicas locales.

— Existen empresas de seguros aprobadas tanto para actuar en la recomposición como en la reparación de los daños. Res. MAyDs 256/2016.

— Dec. PEN 1638/2012 establece los tipos de seguros a contratar.

— Se han generado recientemente las pautas básicas para las condiciones contractuales, seguros de incidencia colectiva y res. conjunta SSN y Sec. de Gobierno y Medio Ambiente de la Nación 2/2019.

entre los principales actores (Nación, provincias e industrias) resultará decisivo a fin de consensuar las políticas a aplicar en el área”. SABSAY, D., “El nuevo art. 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación-Provincias”, Doctrina Judicial, 28, año III, Ed. La Ley, 1997, ps. 783-787.

(5) Las administraciones locales “deben señalar los límites al uso de la propiedad privada y pública en miras a la protección del medio ambiente”.

(6) <https://www.ramsar.org>.

(7) <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/agua/humedales/sitiosramsar>.

V. Conclusiones

El marco regulatorio es muy claro.

En materia de daño ambiental “interjurisdiccional” todas las administraciones públicas y las autoridades tienen responsabilidad primaria en el “mapeo de riesgos como desarrollo de políticas anticipatorias”, “despliegue de políticas de protección” “despliegue de políticas de remediación”.

El art. 41 de la CN, cuando se refiere a “autoridades” y expresamente respecto a ellas dice “proveerán a la protección de este derecho”, sin discriminación alguna alude a todas las “Autoridades”, y quedan comprendidas: Nacionales, provinciales, municipales, de cualquiera de los Poderes del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de modo que “todos ellos tienen el deber de inexorable cumplimiento”.

La CS, ha dicho “...la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen de disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales...” (8).

Respecto a la obligación de las “autoridades”, las políticas “sustentables” deben desarrollarse, ejercerse sin dilaciones hacia el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria, en atención al grado de protección que merece este derecho de raigambre convencional y constitucional.

Que el derecho al ambiente sano es un derecho humano fundamental. En esta línea Rodolfo Vigo (9), ha entendido, que “Considero sustancial, el reconocimiento del bien jurídico ambiental como tutelado de manera no disponible para las partes; y, por ende, los alcances del ‘derecho fundamental humano a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y el deber de preservarlo’. En ello, opera el ‘principio de sustentabilidad’ vinculado

con el ‘principio de equidad intergeneracional’ en el uso de los recursos naturales. El reconocimiento de derechos indisponibles constituye una construcción humanista que pone en el centro al hombre y su dignidad; y de tal forma, ‘lo jurídico constituye un medio objetivo capaz de favorecer al hombre’”.

La Cámara Contencioso-Administrativa de San Martín, citando a Gros Espiel (10), califica a este derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como un derecho humano que tiene su raíz en el derecho a vivir, concepto este más amplio que el derecho a la vida; tratándose de un derecho individual y colectivo a la vez.

La violación de este derecho por parte de las autoridades, que puede darse por acción u omisión, generará en el Estado responsabilidad a nivel interno e internacional.

Para finalizar, considero pertinente traer a colación un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos”, en el parág. 338” que específicamente señala que cuando un país ha tomado la decisión de celebrar un tratado (en el caso trata del Pacto de San José de Costa Rica) “...no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el art. 2º de dicho instrumento. También *se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma*. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el art. 2º de la Convención” (11).

Con lo cual, las normas protectorias del derecho humano a vivir en un ambiente sano y sustentable “están”, solo faltan las acciones concretas o conducentes de las autoridades “competentes” para observarlas efectivamente. Su no ejercicio, genera omisión ilícita con la consecuente responsabilidad nacional e internacional.

Cita on line: AR/DOC/3977/2020

Cultural y Educación desde los Pueblos del Sur c. Municipalidad de Vicente López y otro”, 25/07/2008, Lexis 45000830. APBA 2009-1-89.

(11) www.corteidh.or.cr.

(8) CS, Fallos: 329;2316, cfr. consid. 18 del voto de los ministros Maqueda, Lorenzetti y Argibay, 10 del voto del doctor Fayt.

(9) VIGO, Rodolfo, “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Ed. Abeledo Perrot, 1991, p. 208.

(10) CCA San Martín, “Fundación Ecosur Ecología

Nota a fallo

Interrupción legal del embarazo

Pedido de declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.610. Proceso colectivo. Falta de legitimación activa de una municipalidad. Rechazo *in limine*.

1.- Luego de la Reforma Constitucional de 1994, se otorgó legitimación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva en general, al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones

2.- La tutela de los derechos, de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponden a las personas indivi-

que tiendan a esos fines, registradas conforme a la ley —art. 43, segundo párrafo, CN—. Entonces, es dable concluir que, en la especie, el municipio carece de legitimación activa para cuestionar judicialmente con el alcance pretendido la validez de la ley de interrupción legal del embarazo. Ello, atento no encuadrarse en ninguno de los supuestos previstos por la norma.

dualizadas en el art. 43 de la CN, y ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

3.- La atribución excepcional que se arroga a la Municipalidad amparista en virtud de un decreto municipal y de su autonomía municipal, no puede vulnerar de ningún modo, lo dispuesto por el art. 43 de la CN en cuanto legitima para accionar en los de procesos colectivos solo al afec-

tado, al defensor del pueblo y las asociaciones de defensa de aquellos fines.

JFed. Nro. 2, Rosario, 23/02/2021. - Municipalidad de Roldán c. Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/642/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

Los municipios no están legitimados para impugnar la IVE

Enrique J. Marchiario

SUMARIO: I. El caso a la luz de los criterios de la Corte Suprema.— II. Las ordenanzas pro-vida, de “FAL” a la “IVE”.— III. Derechos humanos y municipios.



I. El caso a la luz de los criterios de la Corte Suprema

A los pocos días de la entrada en vigencia de leyes 27.610 (IVE) y 27.611 (de los 1000 días) se presentaron diversas acciones judiciales planteando su inconstitucionalidad, sobre todo en sede provincial, lo cual no es casual porque gran parte del debate sobre estas cuestiones se da en esta escala, como ocurre con otros temas del federalismo contemporáneo.

La importancia de la sentencia que comentamos radica en que analiza un tema poco tratado en Argentina: la legitimación activa de los municipios, cuestión que depende del grado de atribuciones que se les reconozca, lo cual se correlaciona con lo que denominamos en su momento interfaz derechos humanos-decreto municipal (“Marchiario”, 2016).

El decisorio judicial rechaza *in limine* la acción, pues el tema de la legitimación es previo, en tanto es parte de la admisibilidad. Pero es una legitimación tan importante que su tratamiento agota el tema, pues lo que subyace y no se comprende hasta que un caso lo saca a la luz, es lo siguiente: ¿Qué competencia tiene o no un municipio para representar en sede judicial derechos de su propia comunidad? ¿Hay diferencias entre un derecho que como ente público tutela en su condición de tal y un derecho sobre el que opera de modo reflejo, intercediendo por el mismo en sede judicial?

La juez parte del propio planteo de la Municipalidad de Roldán, que expresa “...a) el bien colectivo cuya tutela se persigue: es la vida de las personas por nacer; b) que la pretensión se halla focalizada en la incidencia colectiva de dicho derecho: por lo que solicita se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.610; c) que el colectivo involucrado: está dado por las personas físicas y la Municipalidad de la ciudad de Roldán en virtud del cumplimiento del cometido expresado en el decreto y declaración emitidas por la Intendencia y el Concejo Deliberante de la Ciudad; respectivamente; y d) que se justifica la adecuada representación del colectivo a través del mandato político otorgado por los habitantes de la ciudad”.

“Justifica su legitimación activa en las siguientes circunstancias, a saber: a) que por el artículo 123 de la Constitución Nacional, los municipios son autónomos; b) que dicha Municipalidad dictó el decreto 10.278 de fecha 24/10/2013, por el cual se declara a la ciudad de Roldán como ‘Protectora y Promotora de los Derechos del Niño por Nacer’ rechazándose rotundamente el aborto como práctica; c) la declaración del Concejo Municipal de la ciudad de Roldán de fecha 30/05/2013; d) el art. 43 de la Constitución Nacional; y e) la ley 26.061, ‘Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes’”.

Para nosotros el caso se resume básicamente en estos dos puntos, tal como lo hemos analizado en relación con las ordenanzas pro-vida (“Marchiario”, 2018). Pero a su vez, esta cuestión de fondo tiene que ir de la mano con lo que la Corte Suprema (CS) tiene dicho sobre la naturaleza de los derechos colectivos desde “Halabi” hasta hoy, pasando también por criterios de legitimación activa de Provincia y municipio.

Así sostiene que “...luego de la reforma constitucional de 1994, se otorgó legitimación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva en general, al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que tiendan a esos fines, registradas conforme a la ley (art. 43, segundo párrafo, CN; Fallos 330:2800). Entonces, es dable concluir que, en la especie, el municipio carece de legitimación activa para cuestionar judicialmente con el alcance pretendido la validez de la ley en trato”.

Este claro principio lo desarrolla en varios considerandos, comenzando con aquellos que resumen el estado de la materia en relación con “Halabi”, que serían tal vez suficientes para el rechazo de este tipo de acciones colectivas (“Verbic y Salgado”, 2016:3).

Sin embargo y con muy buen criterio adiciona el reciente criterio de la CS en autos “Formosa, provincia c/ Estado Nacional s/ amparo” de fecha 17/12/2020: “En efecto, debe señalarse que la invocada afectación de tales derechos de incidencia colectiva no autoriza la intervención de las autoridades provinciales en los términos del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, pues no resultan legitimadas activas de acuerdo al texto constitucional que solo menciona al afectado, al Defensor del Pueblo, y a las asociaciones que propenden a los fines indicados en la norma (Fallos: 325:2143), sin que pueda considerarse que las provincias o sus gobiernos constituyan una organización no gubernamental o una asociación intermedia de esa naturaleza (Así pues, resulta aplicable al *sub lite* la doctrina que surge del precedente de Fallos: 325:2143, oportunidad en la que esta Corte recordó la necesidad de que, como principio, la parte litigue en defensa de un interés propio y directo, el que no aparece cuando la intervención provincial no tiende al resguardo de sus intereses sino al de terceros (considerando 3º)”).

Finalmente, el fallo se hace cargo de la cuestión de fondo, de los que extractamos dos considerandos:

“Ni los invocados decretos y declaración del Concejo Municipal, ni la alegada autonomía municipal para fundar su legitimación, constituyen argumentos suficientes que permitan conmovir la conclusión, máxime cuando la Provincia de Santa Fe todavía no ha adecuado su ordenamiento normativo (constitucional o legal) al postulado previsto en el art. 123 de la Constitución Nacional, ergo, no ha determinado el alcance y contenido de la mentada autonomía municipal. Siendo así, a falta de un bloque de legalidad que permita precisar con certeza la sustancia de la invocada autonomía municipal de la ciudad de Roldán, se torna materialmente imposible aceptar en este caso la pretendida legitimación procesal”.

“Efectivamente, la accionante no puede sostener su calidad de afectada (y por tanto legitimada procesal) sobre la base de lo dispuesto tanto en el decreto 01278/2013 como en la declaración del Concejo Municipal por cuanto dichos actos se contraponen con la ley nacional, y de ese modo pretenden revertir la jerarquía de las normas prevista en los artículos 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. No debemos perder de vista el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho”.

La legitimación activa municipal aquí analizada es la vinculada a derechos de incidencia colectiva y no por temas municipales propios (arts. 123 y 75, inc. 30, CN). La diferencia es muy importante, pues los primeros se refieren a derechos de terceros y no de la Municipalidad como tal, mientras que los segundos si son propios del ente público local.

Cuando nos referimos a temas municipales propios nos referimos a derechos que también pueden ser colectivos, pero que la Municipalidad tutela como ente público en dicha condición. En el tema del aborto o en los derechos de usuarios y consumidores, en cambio, se trata de derechos colectivos (que se superponen con competencias municipales concurrentes) que la Municipalidad lleva a sede judicial “representando a todo el colectivo local”.

En la legitimación activa municipal —por lo menos hasta este momento del desarrollo doctrinario y jurisprudencial— en relación con los derechos colectivos, deberá haber una “superposición” de estos con competencias municipales, aunque sea implícitas.

Es un tema ciertamente complejo y nuevo, por ello solo hay dos precedentes de la CS, donde como regla se rechaza la legitimación municipal activa en temas que no sean estrictamente municipales.

La primera vez que la CS reconoció legitimación activa a un municipio en representación de sus vecinos afectados —y no del municipio como tal— fue en el caso “Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Entre Ríos y otros” del 9/12/2009, donde se debatió el tema de los incendios en las islas del Paraná.

En cambio, no se reconoce esta legitimación en temas que no sean estrictamente municipales —“Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión s/ Amparo” del 23/09/2014— donde el ente público local accionó en tutela de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios del servicio de televisión por cable de su ciudad.

En dicha sentencia los ministros parten de “Halabi” y sostiene que “...el debate gira en torno a un eventual incumplimiento de una norma emanada de una autoridad nacional sobre una cuestión de orden federal, que excede, en principio, la normal competencia del municipio de velar por la administración de los intereses locales (conf. arts. 190 y 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y sobre la cual, la autoridad nacional referida cuenta con medios legales para hacer cumplir sus decisiones en un marco procedimental en el cual, a su vez, la accionada pueda contar con las garantías que hacen a la tutela efectiva de sus derechos”.

Claro que el tema no es simple, pues las competencias municipales no son un catálogo cerrado sino abierto (“Atela y Caputo”, 2018) por lo cual identificarlas es un tanto difícil. Entonces, abrir o no la legitimación municipal respecto de derechos colectivos depende: 1. Del tipo de derecho en cuestión, lo que no es menor y 2. Del grado de autonomía que se reconozca al municipio. En ambos casos, son temas complejos, como lo son los grandes temas del federalismo.

Veamos un ejemplo para comprenderlo rápidamente, a la luz del art. 52 de la Ley de De-

fensa del Consumidor: “La ley general del ambiente y la ley de defensa del consumidor son las primeras que mencionan en sus textos a los municipios como legitimados activos para accionar colectivamente... Si en estas áreas el municipio tiene competencia propia y es obligado no solo en la acción sino en la omisión, entonces es natural que esté legitimado para actuar cuando aquellas se vean afectadas” (“Szelagowski”, 2013:96).

Es que el tema de las competencias municipales es un tema también “federal”, no solo local, donde estos conflictos competenciales no son una anomalía del federalismo sino su fortaleza, pues su flexibilidad competencial permite resolver temas de los más variados, sobre todo los concurrentes (“Castorina de Tarquini”, 1997).

Desde 1994 en adelante la CS ha confirmado en general esta noción flexible del federalismo: “Tampoco puede prescindirse del contexto en el cual se desenvuelven las tensiones entre las provincias y la Nación, como rasgo propio del proceso federal, que implica reconocer que el federalismo no es ya estático, sino que permite avanzar en la concreción de políticas intercomunales y en una línea de gestión intergubernamental (‘Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Provincia de Santa Fe’, 27/10/2015)”.

II. Las ordenanzas pro-vida, de “FAL” a la “IVE”

Como FAL solo trató del aborto no punible, el debate sobre el aborto genérico no estaba cerrado a nivel legal, de allí que entonces no pocas provincias y si muchos municipios argentinos tenían un importante espacio para pronunciarse y sobre todo para desplegar políticas públicas en un terreno claramente concurrente, cuál es el de la salud pública y los derechos de la mujer y de los niños y niñas.

Así la responsabilidad municipal pasaba de un mínimo (ordenanzas pro-vida en la medida que no lesionaban el piso fijado por F.A.L.) a un máximo (municipios como Rosario que proveían por sí medicamentos como la pastilla del día después y sobre todo el misoprostol, lo que determinó que no haya casos de muerte por aborto en los últimos años, caso sin dudas señero en América Latina).

El mínimo a su vez nunca puede ser en detrimento de la operatividad en sede local del criterio fijado por la CS en “FAL”. “Del fallo es posible extraer la siguiente regla que dividimos en dos para su mejor comprensión: (a) Los estados nacional, provincial o municipales a cargo de los servicios sanitarios tienen la obligación de practicar el aborto cuando se trata de una solicitud proveniente de una mujer en estado de embarazo por violencia sexual, sin ser necesario el pedido judicial de la autorización para practicar la interrupción ni la denuncia judicial de la violación bastando con la mera manifestación de la mujer sobre este hecho ante el médico tratante; (b) Los estados nacional, provincial o municipales a cargo de los servicios sanitarios tienen la obligación de poner a disposición de las mujeres que solicitan la práctica las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarla a cabo de manera rápida, accesible y segura (“Clérico y Ronconi”, 2012:2013).

¿Qué objetivo institucional en general tenían las ordenanzas pro-vida? Uno simbólico y otro operativo. Dicho objetivo permite diferenciar entre las posiciones pro-vida débiles o mínimas y las fuertes o dogmáticas.

A nivel simbólico o ideológico presentaban un pronunciamiento público sobre la defensa de las dos vidas. Aun cuando el tema quedará allí y sin mayor efecto práctico, ello no siempre es conforme a derecho, pues el Estado no puede optar por tal o cual patrón ideológico cuando precisamente hay opciones enfrentadas.

En el aspecto operativo estas ordenanzas apuntan a dos aspectos: El primero, oponerse de plano al aborto, incluso el no punible, lo cual es inconstitucional de plano. El segundo si es constitucional y consiste en un abanico de políticas públicas de apoyo a las madres vulnerables y el niño por nacer.

Ejemplo de ordenanzas que se oponen a FAL son las de San Miguel de Tucumán, San Salvador de Jujuy o Malargüe, que claramente establecen “vedar todo tipo de acción que tenga por objeto la interrupción de la gestación del ser humano”.

Ejemplo de ordenanza que no se opone a FAL es la N° 5048 de la ciudad de Rafaela, sancionada a fines del año 2018. Uno de sus considerandos lo indica así: “Muchas ciudades argentinas, entre ellas Rafaela, se han declarado ProVida, lo que evidencia que, más allá de la imposibilidad de restringir derechos consagrados en normas superiores, existe un acuerdo sobre la necesidad de que se implementen políticas activas que, sin generar una intromisión indebida en los derechos que las normas reconocen, generen las condiciones adecuadas para que dentro de las propuestas existentes, se garantice la existencia de alguna tendiente a que la mujer embarazada, su hijo y en su caso su familia, puedan recibir ayuda”.

La respuesta que dábamos en relación con estas ordenanzas era la siguiente: Con o sin ley genérica de aborto desde “F.A.L.” en adelante tanto la jurisdicción nacional como la provincial pero también la municipal, tienen mucho que hacer en la materia. Y ese “hacer” si bien permite diferencias de criterio y aun de interpretaciones sobre el alcance de los derechos humanos —básicamente si se prioriza el derecho de la mujer vulnerable o del niño por nacer— solo se puede hacer desde el “piso” que fija la CS para todo el territorio argentino, sin necesidad de adhesión alguna, porque los derechos humanos tienen operatividad en “todo el territorio nacional”, sino no serían tales... Por ello las ordenanzas y leyes pro-vida solo son constitucionales en la medida que no contradigan a “F.A.L.” pero también lo dispuesto en la Ley de Educación Sexual y el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (“Marchiari”, 2018:3).

A partir de las leyes 27.610 y 27.611 el panorama ha cambiado, pues las mismas tienen directas disposiciones que operan sobre la materia municipal. Por un lado, están los artículos que reconocen derechos cuya operatividad en todo el territorio nacional no requiere adhesión subnacional y además impone “buena fe” a los agentes de salud provincial y municipal. Y por otro aquellos artículos que inciden sobre las competencias locales, como lo hacen otras tantas normas nacionales de derecho de fondo o federal que requieren para su efectividad algún grado de actuación conjunta local.

Es que la regulación básica del aborto es un tema de derecho de fondo, donde ni Provincia ni municipio tienen nada para decir, siendo clara desde ya la constitucionalidad del aborto no punible desde que la CS lo ha dicho así en “FAL”, criterios que se expanden sin duda a la ley de aborto genérico (Gil Domínguez, 2020, entre otros).

Los temas de salud pública son claramente una competencia concurrente de los tres niveles estatales. Pero es una concurrencia en la que un tramo de esta tiene que ver con derechos humanos y en este último no hay necesidad de adhesión subnacional o local. El marco de reglamentación y ejecución implica un mínimo de interpretación, pero ello nunca puede desnaturalizar el derecho de fondo ni los derechos humanos, restringiéndolos. En todo caso solo pueden ampliarse.

Los municipios argentinos en general en este punto tienen amplias competencias (“Rosatti”, 2012). En materia de salud pública habrá que diferenciar en torno del aborto si solo se desarrollan políticas de educación sexual y reproductiva y atención primaria de salud (plano donde aparece el aborto farmacológico) o si tiene a su cargo un hospital (donde se deben ejecutar otras prácticas médicas superiores a la atención primaria). Todo esto es lo que subyace al caso Municipalidad de Roldán, donde lo que se ve es solo la punta del iceberg.

La ley 27.610 incide en el ámbito competencial local en sus arts. 1º, 2º a-b-c-d, 5º, 10, 19º y sobre todo el 12 (refiere con claridad a los efectores públicos de salud) y 13 (aquí ya reconoce expresamente al municipio, pero es claro que el resto del artículo lo alcanza también).

La ley 27.611 hace lo mismo en sus arts. 1º, 3º, 4º, 17 a 22 (desde la capacitación del personal a los equipos comunitarios, los jardines maternales e infantiles y la provisión de insumos fundamentales).

No es ninguna casualidad que la ley de los 1000 días, haya proseguido el camino que iniciaron sus pares provinciales, lo cual es una gran característica de nuestro federalismo, donde el espacio subnacional y local opera como banco de prueba del sistema nacional.

“Toma, si se quiere, el referido plexo normativo: un esquema que rige en la Provincia de San Juan desde el año 2016, donde se propone acompañar, proteger y apoyar integralmente a las mujeres embarazadas, puerperas y recién nacidos, y hasta el día 1000, que es cuando el niño cumple aproximadamente dos años” (“Chartzman Birenbaum”, 2021:1).

III. Derechos humanos y municipios

Hay normas nacionales que reglamentan derechos humanos y que en su piso son obligatorias, pero además conllevan importantes cambios en las estructuras y competencias municipales, tal el caso de la ley 26.601 en materia de niñez o la ley 25.724 en materia alimentaria, a lo que se adicionan los tratados de derechos humanos sin reglamentación pero que se aplican directamente en lo local, como la Convención Interamericana Contra la Corrupción o la más reciente Convención Americana de Adultos Mayores (“Ivanega”, 2013).

Los tratados de derechos humanos no crean competencias, sino que las reconfiguran: las obligaciones que impone al Estado en su conjunto se ejercen según el grado de atribuciones constitucionales que cada nivel del Estado tiene. Y a los tres, sin duda alguna, les son exigibles, claro que en el orden de su competencia.

Estamos aquí en el corazón de la interfaz derechos humanos-derecho local. La fase descendente de la aplicación de los tratados tiene en los municipios un actor cada vez más relevante. Además, como la misma construcción de los derechos humanos no es jerárquica sino funcional, los espacios subnacionales adquieren relevancia (“Reyna”, 2011).

No olvidemos que el derecho subnacional argentino precedió al nacional en materia de derechos humanos: “A ello se suma el campo de experimentación que supone el constitucionalismo provincial que, en materia de

derechos y garantías, se adelantó al reconocimiento expreso de todos los derechos que el constituyente de 1994 incluyó expresamente en el texto nacional” (“Ábalos”, 2014:5).

Claro que es objeto de debate, el cómo se aplica el bloque en los Estados Federales, aun cuando instrumentos como la CADH y la Convención de Viena son concretos en el punto, en los hechos la situación no siempre se corresponde con lo normado.

El art. 28 del citado instrumento americano establece: “1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

“El término órganos del Estado no se limita pues a los órganos de la administración central, sino que se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel o jerarquía, inclusive en el ámbito provincial o municipal” (“Dulitzky”, 2014:692).

Hemos visto que el tema de las competencias concurrentes —de las que los derechos humanos es una fundamental— no siempre desemboca en un ejercicio conjunto, sino que aún gravita la sombra del federalismo dual, por el que las competencias son comportamientos estancos y dilemáticos.

La historia previa y posterior de FAL es muy clara, pues la CS actuó ante la evidente omisión estatal, pero luego de su dictado numerosos estados provinciales y por cierto municipales se opusieron a numerosas disposiciones y el caso Municipalidad de Roldán es una prueba palmaria de que el tema sigue abierto, al menos en su fase de abierto incumplimiento (para profundizar ver www.ela.org.ar).

¿Pasará lo mismo que con el derecho a la salud, donde las obras sociales provinciales siguen incumpliendo muchas veces con los criterios de la CS que de modo pacífico ha determinado que para estas rige también el PMO, pues es un piso para todo el país? (“Aizemberg y otros”, 2014).

Además de cumplir con el piso, Provincia podrá elevarlo, tal como lo sostuvo pacíficamente Germán Bidart Campos antes y después de la reforma constitucional de 1994 (Bidart Campos, 2002), pero en el caso de los municipios no lo pueden hacer con relación a todos los derechos sino solo con aquellos que tengan relación con su marco competencial.

“Luego de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, en nuestro constitucionalismo los derechos fundamentales tienen una doble fuente: la nacional y la internacional. Y a su vez, la primera fuente se divide entre los diversos órdenes gubernamentales: federal, provinciales, de la ciudad autónoma de Buenos Aires y municipales, ya que todos ejercitan poder constituyente (aunque de diverso grado)... aunque en el caso municipal es menester aclarar que el alcance de los derechos fundamentales reconocidos es más limitado, ya que se refiere especialmente a derechos políticos y de la vecindad, ya que no tendría mayor sentido otro reconocimiento de derechos de otro tipo, ya garantizados por las otras constituciones” (“Hernández”, 2008:274).

En relación con la IVE y la ley de los 1.000 días el tema se complejiza, como vimos, por-

que hay competencias concurrentes, con algunos tramos diferenciados y otros superpuestos. En ese marco hay que tener mucho cuidado para regular derechos desde lo local sin afectar el piso nacional.

“El elevamiento de los derechos provinciales ‘y locales’ es de difícil concreción porque la cláusula de supremacía federal plantea una severa exigencia: que los derechos locales supongan mejoras ‘paretianas’ en el sentido de que vengan a mejorar el *status* de un derecho dado pero sin perjudicar ni afectar el contenido esencial de ninguno de los derechos del bloque de constitucionalidad federal, ni rozar áreas delegadas en exclusividad como las de la sanción de la legislación de fondo o la regulación del comercio. Lo cual no suele ser fácil, y de hecho en amplias áreas es imposible” (“Arballo”, 2014:1161).

El racconto de algunos casos que hoy son antecedentes históricos, a la luz de las recientes leyes 27.610 y 27.611, nos brindan elementos valiosos para resolver casos como el de “Municipalidad de Roldán”.

No por casualidad en la misma Provincia, en relación con la Municipalidad de Rosario, del año 2008 al 2012 tramitó un proceso colectivo —bajo la figura de la denominada ley 10.000 de intereses difusos— por el cual un abogado se oponía a la provisión de la píldora de anti-concepción de emergencia.

“En autos “Mayoraz, N. c/ Municipalidad de Rosario” en 1º y 2º instancia se rechazó la inconstitucionalidad de la ordenanza municipal que establecía la provisión de dicha píldora por considerarla abortiva, planteos que solo eran posibles hace casi 20 años atrás cuando la CS así lo sostenía” (“Portal de Belén”, 2002).

Si bien la Corte santafesina revocó dicha sentencia lo hizo solo por considerar que una ordenanza podía ser objeto de impugnación por la vía de la ley 10.000, lo cual es correcto. Pero no analizó el fondo del asunto.

Y el fondo coincidía con el tema legitimación activa, por ello quienes analizaron el caso “Mayoraz” en su momento concluyeron con que: “¿Es un derecho individual o es un derecho de incidencia colectiva? En el caso “Mujeres por la Vida” y “Portal de Belén” se resolvió que es un “derecho de incidencia colectiva” y se admitió la vía procesal-constitucional del amparo colectivo para encauzarlo. Ahora bien, no se precisó en ambas causas de que “subespecie” de derecho de incidencia colectiva se trataba... por ello no es una circunstancia suficiente para habilitar una legitimación extraordinaria (ej. la de una asociación civil) pues el derecho a la vida... encuentra otra limitación infranqueable que es el art. 19 de la CN que importa que la elección por la mujer de un método anticonceptivo es una decisión privada y personal” (“Caparroz”, 2013:4).

Insistimos, la competencia municipal en relación con el derecho de la mujer y del niño por nacer tiene un amplio campo de acción pero que debe partir del piso que fija Nación, por ser una materia de derechos humanos.

Las ordenanzas pro-vida no pueden impedir ni obstaculizar ese piso y por ende quienes tienen una visión diferente a la ley nacional solo podrán llevar adelante acciones prosectistas antiaborto pero fuera de todo sesgo paternalista, quedando siempre a resguardo su objeción de conciencia en los casos que corresponda. Desde ya podrán acudir a la vía judicial también, pero difícilmente bajo el paraguas de una acción colectiva.

Es probable también que quienes se oponen a la IVE desde Provincia y desde algunos municipios enarbolan también otra teoría, poco tratada en el caso argentino y menos en el latinoamericano, cual es “la teoría del mar-

gen de apreciación” en materia de derechos humanos (“Marchiari”, 2021).

Por razones de espacio es imposible tratarla, solo apuntamos que puede ser muy útil cuando se la utiliza de buen modo, lo que no está muy claro por cierto ya que su largo desarrollo en el TEDH tuvo no pocas oscilaciones.

Si bien fue admitida de modo tangencial por la CS en la causa “Fontevicchia” del año 2017, ello ha generado un debate que lejos está de cerrarse (entre otros, “Abramovich”, 2017).

La Corte IDH no la recepta hoy (“Barbosa Delgado”, 2011) pero además, la versión del TEDH opera como habilitante para los casos de limitación de derechos, por lo cual no se comprende muy bien cómo se la invocaría en estos casos.

Es que Provincia o municipio no sostienen aquí una limitación sino una ampliación de derechos, pues tanto las ordenanzas pro-vida como las acciones judiciales contra la IVE plantean que desde allí se fortalece la tutela

del niño por nacer respecto de su virtual denegación nacional.

Claro que es una ampliación del derecho del niño por nacer tan absoluta que difícilmente supere el test de convencionalidad, pues antes y después de “Murillo” el sistema interamericano ha dado pasos claros en esta materia.

“Se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero en los que se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre. Entre las decisiones judiciales citadas, la Corte destaca lo resuelto por la CSJN en FAL... Por lo tanto, la Corte Interamericana concluye que el objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del art. 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Por eso, no puede alegarse la protección absoluta del embrión, anulando otros derechos, en especial, los derechos de la mujer... La Corte ha dado pasos gigantes, ya que no solo ha

legitimado la reproducción humana asistida, sino que también ha avanzado hacia una ampliación en el acceso a anticonceptivos y al aborto. Puede pensarse, entonces, que la máxima instancia judicial en la región ha dado luz verde para legalizar la interrupción del embarazo en América en un abanico mucho más amplio de casos” (“Kemelmajer de C. y otros”, 2013:4).

El problema de fondo es que las versiones pro-vida fuertes son dogmáticas y paternalistas, lo cual surge de sus mismos planteos en sede judicial, pues cuando se las rechaza es por invocar la representación de terceros que se verían entonces anulados en sus pretensiones.

En “Portal de Belén” del 8/12/2018 la Corte Suprema de la Provincia de Córdoba afirma que “El intento de la parte de colectivizar estas tragedias humanas parte de un supuesto improbable: que todas las mujeres que hipotéticamente sean víctimas de una violación en Córdoba y que haya quedado embarazadas decidirán abortar... con lo que la Asociación Portal de Belén terminaría su- brogando a todas las mujeres (víctimas de un

delito) y relevándolas del derecho personalísimo de decidir”.

La tensión entre derechos personalísimos y derechos colectivos puede ser no asumida por una postura paternalista, pues en lugar de mantener la tensión, la deshace. Rompe el equilibrio entre la dimensión personal y colectiva, que es lo que tutela precisamente el pluralismo constitucional.

Quienes se opusieron y oponen al aborto como práctica médica no siempre son anti derechos (salvo en sus versiones más duras y dogmáticas) del mismo modo que quienes ponemos el eje en la salud pública no significa que seamos abortistas (“Marchiari”, 2021) por la simple razón que el derecho no impone aquí un ideario moral.

En estos temas la solución no pasa por una cuestión de absolutos, sino de difícilísimo equilibrio entre derechos, para lo cual ninguna posición dogmática ayudará, sobre todo desde el derecho.

Cita on line: AR/DOC/874/2021

tes c. Gobierno de la Provincia de Corrientes y Ministerio de Salud Pública de Corrientes s/ Amparo.

[Cita on line: AR/JUR/132/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

Interrupción voluntaria del embarazo

Impugnación de su constitucionalidad. Acción de amparo. Legitimación activa. Ausencia de perjuicio concreto.

- 1.- Que la invocación, por parte de los demandantes, de que su legitimación surge de la representatividad que el mismo sostiene de los ciudadanos conformando una asociación política sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma —en el caso, la ley 27.610 sobre interrupción voluntaria del embarazo—.
- 2.- A efectos de cuestionar a la ley 27.610 sobre interrupción voluntaria del embarazo, el interés jurídico eventualmente estará en cabeza de cada una de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar o no de acuerdo con sus convicciones.

JEjec. Trib., Corrientes, 05/02/2021. - Partido Ciudadanos a Gobernar- Distrito Corrien-

¿Qué amparo? ¿Para qué Constitución? Confronte entre el principialismo chaqueño y el garantismo correntino, ante la ley 27.610



Cristian H. Caminos

Abogado (UNC). Diplomado en Dcho. Administrativo (Univ. Austral). Diplomado en Estudios Avanzados en Políticas Públicas y Gerenciamiento de Desarrollo (UNSAM). Diplomado en Dcho. de Familia (Univ. Austral). Especialista en Dcho. Administrativo (UNNE). miembro del Ateneo de Estudios Procesales de la Provincia del Chaco y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Secretario de la Fis. de Cámara en lo Cont. Admin., Poder Judicial del Chaco

SUMARIO: I. Introducción.— II. El precedente.— III. Supremacía ¿de qué Constitución? — IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

Si hay que señalar una virtud de la vida contemporánea, sin dudas sería favorecido el hecho de que ella se encuentra plagada de demostraciones del carácter profundamente mitológico (1) con que se piensan distintos aspectos de la praxis jurídica (2). Y aunque se reconozca la importancia pedagógica del mito en tanto forma de simplificar explicaciones de fenómenos complejos (3); nunca debe dejar de recordarse que, sea

que se nos presente en verso o en una muy prolija prosa (4), se trata de una alegoría que, aunque sucedánea de la realidad, no se identifica con ella. Y es por ello los que nos dedicamos al derecho debemos tener presente a Valle-Inclán: “Las cosas no son como las vemos, sino como las recordamos... Por eso hay que pintar las figuras añadiéndoles aquello que no hayan sido (5)”.

Precisamente, recordando nuestros primeros pasos en la carrera de Abogacía, el

estudio del Derecho Constitucional nos hizo creer que el principio de supremacía normativa era el axioma euclidiano que permitía, a partir de su aplicación, deducir con rigurosidad geométrica la validez o invalidez del ordenamiento normativo todo.

Desde luego, la juventud no se impone a los años, y fue así como la progresión de los estudios nos hizo poner en crisis nuestra esperanzada fe (6). O acudiendo a las palabras de Sagüés, “La imagen (¿o ilusión?) de

la geométrica, mágica e impecable pirámide jurídica, con la Constitución al tope, seduce a estudiantes de derecho y a doctos juristas, adquiriendo visos de paradigma y de verdad infalible. Explica, en verdad, todo: da una descripción armónica e imbatible del orden jurídico, resuelve límpidamente posibles problemas de incoherencia, expulsa cuerpos extraños y reprime exitosamente todo ataque al derecho. Pero es la idea de supremacía constitucional la que da a esa pirámide sustento y argamasa conceptual, algo sin

(1) Señala Puy que la palabra mito es una recuperación romántica de un viejo término, primero griego y después latino, que significa “narración”, y lo es de algo que aún no ha acontecido (PUY, Francisco *Jurídica Tópica*, México, Porrúa, 2006, p. 6 y ss.) Siguiendo los lineamientos de Puy, Risso Ferrand nos dice que el mito es la narración de un acontecimiento originario que tiene actualidad operativa. ¿Por qué? Pues porque no es solo un cuento seductor, relativo a la historia de los dioses, sino que es una reviviscencia de los orígenes. El mito implica un saber irracional pero no por eso inútil; por el contrario, puede ser muy importante”. RISSO FERRAND, Martín “Los Derechos Humanos como Concepto Mítico” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, año 2002, ps. 135 a 147. El autor utiliza el término para señalar cuatro situaciones: a) un concepto atractivo, seductor, aceptado generalmente por los distintos actores sociales; b) un concepto irracional

o parcialmente irracional; c) un concepto que implica una representación clara de algo deseado, aunque todos estos aspectos sean consecuencia de reflexiones no racionales (históricas, psicológicas, ideológicas, etc.), y d) un concepto que, en un aspecto positivo o negativo, une o representa un factor de unión o saber compartido por un grupo social. (2) “Si yo califico algo como un “mito” no me estoy refiriendo a otra cosa, como son los “lugares comunes”, de los que todos hablan y nadie se molesta en demostrar si lo que se dice es verdad o mentira”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Mitos y Modas del Derecho Penal tras Algunos Años de Experiencia” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/Ministerio de Justicia, 2020, p. 23. (3) “¿Qué es Vulcano comparado con Roberts and. Co., Júpiter comparado con el pararrayos y Hermes frente al Credit Mobilier? Toda mitología esclaviza, domina las fuerzas de la

naturaleza en el dominio de la imaginación y por la imaginación, y les da forma: desaparece, pues, cuando esas fuerzas son dominadas realmente”. MARX, Karl, “Introducción a la crítica de la economía política (1857)”, versión revisada de la traducción al español del manuscrito del *Instituto de Marxismo Leninismo*, Buenos Aires, Luxemburgo, 2008, p. 92. (4) No ha de olvidarse que, al menos en la cultura occidental de vertiente grecorromana, los textos filosóficos en prosa deben su natalicio a la necesidad de emular la autoridad mítica que exhibía la forma en que se escribían los preceptos legales. Ver CABALLERO, Raúl “Las Musas Jonias Aprenden a Escribir: Ley Escrita y Tratado en Prosa en los Milesios y Heráclito” en *Emérita. Revista de Lingüística y Filología Clásica*, Madrid, C.S.I.C., Vol. LXXVL, Núm 1, enero/junio 2008, ps. 1/33. (5) Citado en LLORÉNS, Eva, “Valle-Inclán y la Plástica”, Madrid, Ínsula, 1975, p. 255. (6) O como lo dijera Einstein: “Seguro que tú, querido lec-

tor, entablaste de niño conocimiento con el soberbio edificio de la Geometría de Euclides y recuerdas, quizá con más respeto que amor, la impotente construcción por cuyas altas escalinatas te pasearon durante horas sin cuento los meticulosos profesores de la asignatura. Y seguro que, en virtud de ese tu pasado, castigarías con el desprecio a cualquiera que declarase falso incluso el más recóndito teorema de esa ciencia. Pero es muy posible que ese sentimiento de orgulloso seguridad te abandonara de inmediato si alguien te preguntara “¿Qué entiendes tú al afirmar que estos teoremas son verdaderos?”. La cuestión de la “verdad” de los distintos teoremas geométricos remite, pues, a la de la verdad de los axiomas. Sin embargo, se sabe desde hace mucho que esta última cuestión no sólo no es resoluble con los métodos de la Geometría, sino que ni siquiera tiene sentido en sí... El concepto de “verdadero” no se aplica a las proposiciones de la Geometría pura, porque con la palabra “ver-

lo cual ella se derrumba como un castillo de naipes (7)."

Pues bien, lo real y cierto es que el concepto de *supremacía constitucional* (en tanto y en cuanto supremacía de su texto escrito) difícilmente puede ser sostenido en el cielo de los axiomas cuando constatamos que, frente a un mismo marco normativo (ley 27.610) dos juzgados provinciales de primera instancia (chaqueño uno, correntino el otro), antes sendas acciones de amparo formalmente inadmisibles, presentada por litigantes que carecían de legitimación activa, arriban a resultados diametralmente opuestos: la suspensión *erga omnes* de toda la ley 27.610 (en Chaco) y el rechazo *in limine* de la acción (en Corrientes).

Dado que ya largamente hablamos sobre los reparos que ofrecía el precedente chaqueño (8), realizaremos ahora una escueta comparación de los elementos que semejan y diferencian los fallos, para así preguntarnos sobre las posibilidades de que ambos, en tanto normas concretizadas, integren plausiblemente la juridicidad Argentina (9).

II. El precedente

El distrito correntino del partido "Ciudadanos a Gobernar" promovió una acción de amparo contra el Gobierno de la Provincia de Corrientes y el Ministerio de Salud Pública de Corrientes planteando la inconstitucionalidad de la ley 27.610, solicitando se disponga la inaplicabilidad tanto de su articulado como de toda normativa complementaria y/o reglamentaria, en el territorio de la Provincia, por atentar contra el derecho a la vida desde la concepción.

Concomitantemente, solicitó el dictado de una medida autosatisfactiva de prevención del daño-muerte de personas por nacer.

Del otro lado del río, un grupo de ciudadanos chaqueños había iniciado una acción de amparo [a la que se anejó una medida cautelar innovativa (10)] contra el Gobierno de la Provincia del Chaco y/o el Ministerio de Salud Pública y/o el Ministerio de Educación; persiguiendo la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1º a 13 y 19 a 21 de la ley 27.610, al tiempo que abogaban por la suspensión y/o inaplicabilidad de su texto, en todo el territorio Provincial; alegando la violación del derecho a la vida desde la concepción.

II.1. Recuerdo/olvido de la ostensibilidad

Ante un pedido de semejante calibre, el Juzgado Correntino principia recordando que

dadero" solemos designar siempre, en última instancia, la coincidencia con un objeto "real"; la Geometría, sin embargo, no se ocupa de la relación de sus conceptos con los objetos de la experiencia, sino sólo de la relación lógica que guardan estos conceptos entre sí". EINSTEIN, Albert, "Sobre la Teoría de la Relatividad Especial y General", trad. por Miguel Paredes Larrucea, RBA Coleccionables, Barcelona, 2004, ps. 11 y 12.

(7) SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Los Roles del Poder Judicial ante el Estado de Necesidad" en BAZÁN, Víctor, Coordinador, *Defensa de la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2003, ps. 1045/1053.

(8) CAMINOS, Cristian H. "Consideraciones críticas sobre el fallo cautelar del Chaco que suspendió en toda la provincia la ley 27.610" en La Ley del 09/02/2021, ps. 7 a 11.

(9) "La sentencia es una norma jurídica, norma particularizada, en la precisión de su objeto y norma individualizada en la determinación de la esfera personal de su validez jurídica... La sentencia es una norma que también está incardinada en la jerarquía del mundo jurídico. La sentencia está imbricada en los peldaños de la pirámide jurídica. La sentencia ostenta un rango normativo que no la sustrae de la debida congruencia con las normas superiores de la escala jurídica. La sentencia es norma nueva pero también producto aplicativo del ordenamiento superior y antecedente" VANOSSI, Jorge Reinaldo "El Marco Constitucional de la Sentencia" en IDEM, Teoría Constitucional, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, 3ª ed., t. III, p. 2025.

(10) Dado que el texto de ambas presentaciones es vir-

la ostensibilidad de la lesión invocada es un requisito esencial al momento de resolver la admisibilidad de la acción de amparo, puesto que así lo exigen tanto el primer párrafo del art. 67 de la Constitución Provincial (11) como el art. 1º de la ley 2903 reglamentaria de esta acción (12). Por ende "La exteriorización que no revista esas indiscutibles notas o que en su caso resulte meramente opinable o debatible, elimina el carácter manifiesto de uno u otro extremo y por ende obsta la viabilidad del amparo (13)".

Sentado esta línea de análisis, el Tribunal concluye en la inadmisibilidad de la acción, ya que "...la pretensión se sostuvo sólo en el relato, sin que obren elementos objetivos que demuestren la arbitrariedad e ilegalidad de la norma reprochada".

Por su parte el Juzgado chaqueño, pese a reconocer en el fallo cautelar que se le había presentado un conflicto normativo que requería "mayor análisis (14)", lo que necesariamente implicaba el rechazo de la acción principal (amparo) en virtud de lo dispuesto por el art. 2º, inc. b) de la ley 877-B (15) (la ostensibilidad es también requerida por los arts. 19 de la Constitución Chaqueña (16) y 1º —primer párr. — de la ley 877-B (17); dispuso la suspensión de la totalidad de la ley 27.610., pese a que no se argumentase la inconstitucionalidad de los arts. 14 a 18 (18) de tal texto.

II.2. Recuerdo/olvido de la legitimación y del caso

El Tribunal correntino inicia este examen indicando que es insuficiente, al momento de acreditar la legitimación activa, la mera circunstancia de tratarse de un partido político, si no se exterioriza la existencia de un perjuicio concreto (19), y la invocación de tal perjuicio "...eventualmente estará en cabeza de cada una de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar o no de acuerdo a sus convicciones".

Insistiendo con la falta de legitimación, dirá que la mera declamación relativa a un interés general tampoco da andamio a legitimación alguna, puesto que postular lo contrario "...deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares (Fallos: 331:1364; 333:1023)".

Consecuentemente, y acudiendo a la doctrina del Címero Federal conforme la cual sin "parte" no puede haber "caso"; también entiende que los accionantes pretenden

tualmente idéntico, el resumen resulta igualmente aplicable a ambos casos.

(11) "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Esta acción es admisible sin necesidad de extinguir vía alguna. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

(12) "La acción de amparo procederá contra todo acto u omisión de órganos o agentes de la administración pública que, actual o inminentemente altere, amenace, lesione o restrinja con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cualesquiera de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional o Provincial, con excepción de la libertad individual".

(13) Juzgado de Ejecución Tributaria de Corrientes, "Partido Ciudadanos a Gobernar-Distrito Corrientes s/ Gobierno de la Provincia de Corrientes y Ministerio de Salud Pública de Corrientes s/ Amparo" Expte. Nº 209906/21. Disponible en <http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2229/Corrientes-rechazaron-un-amparo-contra-la-Ley-de-Interrupcion-Voluntaria-del-Embarazo>.

(14) "Si bien pueda existir una presunción de validez ante la Ley que se cuestiona, de la simple lectura de las restantes normas antes mencionadas, también plenamente vigentes,

una declaración abstracta, pese a que "...los tribunales no deciden cuestiones teóricas o doctrinarias sino que sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se las dicta".

Por ello, concluye que en la especie no se ha configurado ni la legitimación activa, ni mucho menos un caso que pueda ser sometido a decisión del Poder Judicial.

Por su parte, el Juzgado chaqueño no realizó examen alguno de la legitimación activa de los accionantes, o siquiera indagó la existencia de caso. Y así, pese a no identificar una sola persona gestante que, aunque sea, haya manifestado su intención de someterse a una práctica abortiva; resolvió como lo hizo.

II.3. Conclusiones preliminares

Como hemos visto, si bien ambos pronunciamientos examinan presentaciones virtualmente idénticas —al menos, en sus déficits más notorios—; arriban a resultados absolutamente inconciliables entre sí. Por ello, y dado que sentencias tan antitéticas no pueden (*rectius*, no podrían) ser simultáneamente válidas; necesariamente una de ellas se encuentra (*rectius*, se encontraría) a extra-muros de la juridicidad, en la medida en que entendamos como una relación de jerarquía de textos normativizados.

Por tanto, uno de esos fallos no debiera haber sido pronunciado.

Sin embargo, ambos lo fueron, y ambos están, ahora, produciendo efectos jurídicos en sus respectivas provincias; lo que implica —entre tantas otras consecuencias notables— que desde hace dos semanas en la Provincia del Chaco rija un Código Penal distinto al que resulta aplicable en Corrientes.

Desde luego, esto no es una cuestión baladí; y para intentar dar una explicación a cómo es que un fenómeno de estas características puede haberse producido, consideramos que debemos volver nuestros pasos hacia la beatificación del principio de supremacía constitucional (en tanto texto positivizado) y preguntarnos por la unidad de su contenido concreto.

Es decir, no buscamos "descubrir" el presunto carácter mítomano del art. 31 de la CN a partir de la constatación de puntuales desconocimientos (20); sino preguntarnos por su contenido "mitológico", desde que, a nuestro modo de ver, en la praxis judicial suelen mezclarse diversos modos de entender el conteni-

requiere de un mayor análisis de la validez en su aplicación respecto de la primera, ante un conflicto de normas e intereses que deban ser protegidos y que prevalezcan sobre la misma". Juzgado Civil y Comercial de Primera Instancia de 19ª Nominación —en feria—, "Dellamea, Hilda Beatriz y Otros c/ Gobierno de la Provincia del Chaco y/o Ministerio de Salud Pública del Chaco y/o Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Chaco s/ Medida Cautelar" Expte. Nº 511/21.

(15) "Art. 2º: La acción de Amparo será inadmisble cuando: ... b) la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese notoriamente una mayor amplitud de debate o de prueba".

(16) "La acción de amparo procederá contra todo acto u omisión de autoridad o particulares, que en forma actual o inminente, restrinja, altere, amenace o lesione, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos o garantías constitucionales, y siempre que no exista otra vía judicial pronta y eficaz".

(17) "La acción de Amparo procederá contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares que, en forma actual o inminente, restrinja, altere, amenace o lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos y garantías reconocidas por la Constitución Nacional o Provincial, un tratado o una ley y siempre que no exista otra vía judicial pronta y eficaz para evitar un daño, con excepción de la libertad individual tutelada por el Hábeas Corpus".

(18) Estos artículos son los que introducen modificaciones al Código Penal.

do de tal supremacía. Y la posibilidad de entender de manera tan diversa el material que informa a tal regla, nos parece, es la que permite la expedición de sentencias que, aunque muy opuestas, afirmen defender el mismo principio, sin que ello implique que defiendan la misma Constitución.

Huelga señalarlo, si dos o más "Constituciones" coexisten, la idea de "pirámide normativa" —y por tanto, la noción de "supremacía" — queda severamente mal herida.

III. Supremacía ¿de qué Constitución?

Podemos convenir en que la noción de "supremacía" es bastante simple: trata de la subordinación de la actuación de los poderes públicos respecto de los mandatos de una normativa superior. El problema, entendemos, radica en la asunción de que esa norma superior se identifica con la Constitución en tanto texto escrito, puesto que el texto positivizado es un dato periclitado por los entendimientos principialistas del derecho constitucional.

Sin mayor pretensión de profundidad, podemos resumir al principialismo constitucional como un entendimiento de los textos fundamentales en tanto valores o principios morales —por tanto, dotados de una normatividad débil— cuya aplicación práctica requiere de la ponderación antes que de la subsunción (21).

Una de las consecuencias de esta perspectiva, para la cual "...el Derecho no puede ser entendido exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica social (22)", es que al menos parte de las normas —incluidas las constitucionales— pierden su carácter de reglas, para convertirse en principios. Y al dejar de ser reglas, ya no es posible predicar su observancia o inobservancia (es decir, se respeta o no el art. 19 de la Constitución chaqueña); sino que, en tanto principios, a lo sumo se debatirá sobre su mayor o menor grado de respeto en la concreta ponderación que se efectúe.

No es difícil advertir que, gracias a esta operación, ya no es el confronto con el texto positivizado (en cuanto tal, cognoscible por todos sin necesidad de intermediación) el que concede o deniega la pertenencia a la juridicidad; sino una más o menos sofisticada operación intelectual de cada operador judicial —y muy particularmente, de cada integrante de la judicatura—. O lo que es lo mismo, de tener un único texto constitucional, pasamos a tener tantos como operado-

(19) "Que la invocación, por parte de los demandantes, de que su legitimación surge de la representatividad que el mismo sostiene de los ciudadanos conformando una asociación política sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma (doctrina de Fallos: 306:1125; 307:2384; 331:1364; 333:1023, entre otros)".

(20) Bien que en otra escala, Herrendorf nos brinda un ejemplo dramático: "¿Por qué no decir en voz alta lo que todos estamos repitiendo en los pasillos de las universidades, de los tribunales, en los cafés, en los periódicos, en las imprentas? Diez minutos de TV internacional bastan a cualquier infeliz para reírse a carcajadas de los derechos humanos. ¿O hay alguien que es capaz de ir hoy a ver a ese niño desnutrido, desgajado de sus padres, que está solo, esperando una taza de arroz, en un campamento africano, para leerle los derechos económicos y sociales de los que "goza"? HERRENDORF, Daniel E., "Tratado Internacional de Derechos Humanos", La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 29.

(21) Véase FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, Núm 34, año 2011, ps. 15/53.

(22) ATIENZA, Manuel, "Tesis sobre Ferrajoli" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, Núm. 31, 2008, ps. 213/216. Sobre el Derecho en tanto "mecanismo

res jurídicos encontremos, sobre todo si son jueces.

Se suele responder, contra esta conclusión, que el enfoque del Derecho como argumentación está comprometido con un objetivismo mínimo en materia de ética y moral (23). Ahora bien, si se postula un contenido objetivista, aunque sea mínimo, lo que se afirma es que dichos principios son tan cognoscibles como puede serlo, por dar un ejemplo, el propio texto constitucional chaqueño. Y la consecuencia de este derrotero se torna obvia: si el principio es objetivamente cognoscible, entonces nada nos impide abandonar la alambicada escala de respeto y de ponderación, para retomar el rústico y simple paratitético conforme/disconforme como medida de análisis ante un principio que, al ser cognoscible, culminará siendo aplicado como si se tratase de una regla.

En resumidas cuentas, lo que hace el principialismo constitucional [sobre todo al afirmar que la incorporación de la moral a tal derecho es una obviedad (24)] es debilitar el carácter de “reglas” que poseen las normas escritas, para atribuírselo a “principios” que no están consagrados en texto alguno (o no lo están con el alcance que se les pretende otorgar en el supuesto concreto), pero sí en la cosmovisión del operador jurídico. Es decir, el principialismo ejercita una poliocértica discursiva contra los principios de legalidad y de reserva (art. 19, CN), para dar vida, pese a tan claro mandato, a una versión reduccionista del proyecto de vida que válidamente podemos seleccionar. Por ello es que Ferrajoli afirma que “...más allá de las intenciones de sus defensores, una concepción semejante se resuelve en la transformación del constitucionalismo en una ideología antiliberal, cuyos valores pretenden imponerse a todos —moralmente, y no sólo jurídicamente— por ser de algún modo “objetivos”, “verdaderos” o “reales”... el resultado final del cognoscitivismo ético es, de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes (25)”.

No nos resulta particularmente convincente, contra esta conclusión del profesor de la Universidad de Roma III, sostener que el objetivismo moral no implica el absolutismo

moral, porque está sometido a la discusión racional (26).

Primeramente, lo real y cierto es que dos posiciones éticas o morales, que a sí mismo se postulen como “objetivistas”, carecen de elementos suficientemente válidos para impugnarse mutuamente (cada una afirmará “conocer objetivamente” sus propios principios, lo que le permitirá “desconocer objetivamente” aquéllos que se opongan o cuestionen a los propios), al menos que tales objeciones se reconduzcan a las ideologías que en última instancia dan sustento a tales posiciones. Y no hace falta demasiado ejercicio imaginativo para verificar qué tan poco racional puede llegar a ser un intercambio (27) que culmine —por dar un ejemplo— en un anatema contra un texto religioso en tanto hipotético fundamento de la objetiva cognoscibilidad de un principio.

En segundo, no podemos desconocer que, hasta los más depurados ejercicios de lógica, efectuados por muy conspicuos pensadores, muestran las poco agradables consecuencias de basarse en principios y no en reglas. Recordemos a un autor de la talla de Kant, por dar un ejemplo muy señalado. Para él la dignidad humana reposa, en última instancia, en la autonomía del individuo (28), y dado que un ser humano que no es autónomo, desde su visión, ya no es persona (29), no encontró ningún inconveniente en entender que los niños no son sujetos de derecho, sino simplemente “cosas” que los padres pueden poseer (30).

En tercero, y finalmente, por más acotado y sujeto a discusión que se postule el objetivismo moral y ético, no deja de ser cierto que nos arrastra hacia cotas más o menos antiliberales de la existencia, en tanto da andamiaje a diversas formas de paternalismo moral.

Pensemos, por ejemplo, en las enseñanzas de Nino. Para este autor el principio de autonomía de las personas “...prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual e esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo

la interferencia mutua en el curso de tal persecución (31)”.

Como se ve, la frase “adopción de ideales de excelencia humana” es la clave de bóveda que cancela el principio de autonomía al insinuar el paternalismo moral. Volviendo a lo que el mismo autor entiende por “perfeccionismo”, veremos que “...lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores (32)”.

Es precisamente la posibilidad de imponer un plan de vida o curso de acción “objetivamente mejores” (¿para quién? ¿con qué fundamento?) a un colectivo determinado de personas, incluso frente a situaciones que en modo alguno se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico; lo que nosotros denominamos “paternalismo moral”. Y con todo el respeto que merece el maestro Nino, entendemos que una imposición de tal carácter es vulneratoria del principio de reserva contenido en el art. 19 de la CN.

Si hemos desarrollado las que, a nuestro modo de ver, son algunas de las peores consecuencias del principialismo constitucional, es porque nuestra lectura del fallo cautelar chaqueño nos persuade de que el motivo de su dictado no ha sido la búsqueda de respeto por la letra escrita del Texto Magno chaqueño. Muy por el contrario, entendemos que los claros textos normativos han sido soslayados en aras a dar primacía a un principio (“LA VIDA”, con mayúsculas en el texto del fallo) al que ni se precisa, ni se delimita, ni mucho menos se lo insinúa menoscabado en un caso concreto.

Es decir, no es la Constitución, en tanto texto positivizado, el fundamento último del fallo chaqueño, a diferencia de lo que sí ocurre con la sentencia correntina. Lo que da sustento a aquel pronunciamiento es un proceso de horizontalización del derecho (33) y, por necesario corolario, de cuestionamiento de la supremacía normativa, que “...de hecho operan con fórmulas principialistas de valores, que son puro voluntarismo, aunque con rubor se disfracen de otra cosa (34)”.

IV. A modo de conclusión

Iniciamos este trabajo señalando el carácter mitológico (en tanto lugar común no explicitado) del principio de supremacía constitucional, y cómo es que el no precisar de qué constitución hablamos, es lo que permite que fallos absolutamente opuestos, proclamen igualmente ser respetuosos de tal supremacía.

Por ello quisiéramos finalizar esta pieza recordando otro mito, que lo encontramos en la total beatificación de cualquier labor de la judicatura en la medida que impugne decisiones de los demás poderes (35) que, por las más diversas razones, sean contrarias a nuestra ideología (36).

Ejemplo de esto que decimos es una curiosa anécdota prusiana. De acuerdo con ella, Federico II se encontraba molesto con la presencia de un molino, construido junto al Palacio de Verano (el *Sanssouci*) en Postdam. Por eso, primeramente, le ofreció al molinero comprarle la construcción, y ante la negativa de éste, lo amenazó con destruir el molino, sin pagarle un céntimo. Frente a la queja del molinero sobre lo injusto de la amenaza, Federico II se habría limitado a señalar hacia la capital, y decir “para eso hay jueces en Berlín”.

De acuerdo con la anécdota, el molinero le hizo caso a Federico y así obtuvo una sentencia favorable a sus intereses. Como el monarca prusiano había empezado las demoliciones, no solamente ordenó el cese de tales tareas, sino que también le indemnizó la totalidad del daño causado.

Si bien es verdad que de esa anécdota se hacen eco numerosas obras (37), e incluso un autor de la talla de Bianchi la menciona para contraponer la “seguridad jurídica” de aquel reino, a la “inseguridad jurídica” de Argentina (38); casi ninguno de estos autores cae en cuenta de que se apoyan en un cuento, un simple relato mítico (39).

En definitiva, puede haber o no jueces en Berlín, pero de nada sirve a la seguridad jurídica que esos jueces tengan la libertad de escoger la “constitución” que les plazca.

Cita on line: AR/DOC/405/2021

de construcción social”, ATIENZA, Manuel “Constitucionalismo, Globalización y Derecho” en AA.VV. *La Globalización en el Siglo XXI: Retos y Dilemas*, Vitoria-Gasteiz, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008, p. 221.

(23) ATIENZA, Manuel, “El Derecho Como Argumentación. Concepciones de la Argumentación”, Barcelona Ariel, 2006, p. 53.

(24) “Es una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales (cuando prohíben los tratos inhumanos o degradantes, o excluyen los tratos discriminatorios, o establecen los derechos fundamentales, en general), entonces parece que incorporan la moralidad en el Derecho” MORESO, José Juan “Ferrajoli o el Constitucionalismo Optimista” en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Núm. 31, año 2008, ps. 279/288.

(25) FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., ps. 30/31.

(26) Esta es, en resumen, la defensa que puede leerse en ATIENZA, Manuel, “Curso de Argumentación Jurídica”, Trotta, Madrid, 2013, p. 562.

(27) Asumiendo que efectivamente exista la posibilidad de un intercambio franco y abierto, exista en el modo tradicional que se lo postula. En palabras de Lacan “¿El fenómeno de la palabra, tanto en sus formas patológicas como en su forma normal, puede ser disociado del hecho, empero sensible, de que cuando el sujeto habla, se escucha a sí mis-

mo? Una de las dimensiones esenciales del fenómeno de la palabra es que el otro no es el único que lo escucha a uno. Es imposible esquematizar el fenómeno de la palabra por la imagen que sirve a cierto número de teorías llamadas de la comunicación: el emisor, el receptor, y algo que sucede en el intervalo. Parece olvidarse que, en la palabra humana, entre muchas otras cosas, el emisor es siempre al mismo tiempo un receptor, que uno oye el sonido de sus propias palabras. Puede que no le prestemos atención, pero es seguro que lo oímos”. LACAN, Jaques El Seminario 3: Las Psicosis, trad. por Juan-Luis Delmont- Mauri y Diana Silvia Rabinovich, Paidós, Buenos Aires, 2017, p. 40.

(28) “La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” KANT, Immanuel, “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, trad. por Manuel García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, p. 94.

(29) Debido a la relación que establece entre autonomía y dignidad, para Kant es perfectamente posible la existencia de seres humanos no personas. Así, por ejemplo, los siervos y los esclavos “...no podrían ser más que hombres sin personalidad”. KANT, Immanuel, “Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho”, trad. por Arnaldo Córdova, U.N.A.M., México D.F., 1978, p. 46.

(30) “Cuando se trata del derecho de los padres sobre sus hijos, como parte de su casa, los padres no pueden prevalerse únicamente del deber de los hijos para hacerlos volver a

su posesión cuando de ella se escapan, sino que están autorizados para cogerlos, para encerrarlos y dominarlos, como cosa (animales que se hubieran escapado de la casa)” Kant, Immanuel, ob. cit., p. 101.

(31) NINO, Carlos Santiago, “Ética y Derechos Humanos”, Astrea, Buenos Aires, 1989, ps. 204/205.

(32) NINO, Carlos Santiago, ob. cit.

(33) GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José “Sobre el Peso de los Derechos Humanos en Momentos de Ingravidez Jurídica” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Estado/Ministerio de Justicia, Vol. XXXVI —nueva época— Madrid, 2020, p. 21.

(34) NIETO, Alejandro “Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional” en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N° 100/102, enero/diciembre de 1983, ps. 371/415.

(35) Aclaremos que lo que entendemos por este mito es el ensalzamiento sistemático —y por ello mismo, abolid— de toda la labor de la judicatura como defensa austera y republicana de “la institucionalidad”, frente a un simétrico nivel de tropelías que, por persistente idiosincrasia, realizan los demás poderes del Estado, sobre todo el Ejecutivo.

(36) Nosotros manejamos un concepto lato de “ideología”, en tanto conjunto más o menos ordenado de creencias o valores que han sido defendidos por un grupo de personas, más allá de la específica finalidad de tal defensa. Ampliar en RAILTON, Peter, “Ideology” en HONDERICH, Ted -Editor-

