

*Revista de la Facultad  
de Derecho, Ciencias  
Políticas y Sociales*

*(VERBA IUSTITIAE)*

**Año XIV - nº 25**

Las opiniones en los trabajos que se publican  
son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

© 2014, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas  
y Sociales de la Universidad de Morón

Cabildo 134 - B1708JPD Morón - Prov. de Buenos Aires  
República Argentina

Tel.: 5627-2000, int. 122/125

Fax: (0054-11) 5627-4598 - e-mail: derecho@unimoron.edu.ar

ISSN: 0328-3275

Publicación: EDITORIAL ASTREA  
Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
I M P R E S O E N A R G E N T I N A

# AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE MORÓN

## Rector

Dr. HÉCTOR NORBERTO PORTO LEMMA

## Secretario General

Dr. WALTER O. FERNÁNDEZ

## FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

### Decano

Dr. Bruno Oscar Corbo

### Vicedecano

Dr. Carlos Humberto Pedrini

### Secretario Académico

Dr. Rubén Alberto García

### Secretario Técnico

Dr. Justino Mario Bertotto

### Director de Estudios y Coordinación

Dr. Carlos Alberto Rodríguez  
Bustamante

### Director de Publicaciones

Dr. Alberto Castells

### Director de Carrera

Dr. Roberto Babington

### Director de Investigaciones

Dr. Román Jorge Vera

### Coordinador de Extensión

Dr. Ramiro Larrañaga

### Consiliario Superior Titular

Dra. María Alicia del Rosario  
Rizzonelli

### Consiliario Superior Suplente

Dr. Joaquín Diego Carabajal

### HONORABLE CONSEJO ACADÉMICO

#### Consejeros Titulares

##### por los Profesores Titulares

Dr. Eduardo Jorge Monti

Dr. Pablo Gabriel Navarro

Dr. Daniel Fernando Baraglia

Dr. Luis María Díaz

#### Consejeros Suplentes

##### por los Profesores Titulares

Dr. Luis Carlos Galtieri

Dr. Mario Luis Vivas

Dr. Raúl Roberto Dussaut

Dr. Carlos Juan Acosta

#### Consejeros Titulares

##### por los Profesores Asociados y Adjuntos

Dr. Jorge Omar Almanza

Dr. Fernando Gabriel Bellido

#### Consejeros Suplentes

##### por los Profesores Asociados y Adjuntos

Dr. Walter Oscar Fernández

Dr. Fabián Cardozo



# Índice

La empresa en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación JORGE OMAR FREGA .....	9
El Código Civil y Comercial de la Nación y las observancias del derecho canónico JORGE ANTONIO DI NICCO .....	19
Algunas consideraciones sobre el modo en que debe interpretarse la norma, métodos empleados y aplicación de la teoría trialista del mundo jurídico ADRIÁN SERGIO CETRÁNGOLO .....	33
La Corte de La Haya se declara competente frente al reclamo de Bolivia contra Chile. ¿No sería momento de repensar los hielos continentales, la poligonal y los fiordos chilenos? DANIELA COLLDEFORNS .....	63
Nuevo régimen de responsabilidad de los dirigentes de asociaciones civiles JAIME MARIANO PUJOL .....	73
La codificación en la historia. El Código Civil de la República Argentina y el debate en torno a las posturas de Alberdi y Vélez Sársfield MARCELO COMBI .....	95
Terrorismo internacional... más presente cada día MARÍA MUÑOZ JEREZ .....	111



# Editorial

*“Verba Iustitiae digital”*

Las exigencias de la reorganización del Centro de Estudios Avanzados, en una visión compartida con el señor Rector de la Universidad, generaron su integración con un Programa de Estudios Jurídicos y otro de estudios profundos en seguridad humana; la dinámica propia que resulta del funcionamiento de cuatro carreras de posgrado; la puesta en vigencia de las modificaciones del Plan de Estudios de la carrera de Abogacía; el desarrollo de más de treinta proyectos de investigación, con recursos propios y con fuentes de financiación externa; la profusa y sustantiva agenda de extensión universitaria y el cumplimiento irrestricto de la responsabilidad de transferencia de los conocimientos generados mediante la publicación científica, constituyen la razón para poner en obra un nuevo esfuerzo editorial: la versión digital de la revista *Verba Iustitiae*.

La notoriedad de la actividad del Centro de Estudios Avanzados permitió identificar avances en la excelencia académica pretendida como resultado de la labor propia de sus comisiones internas. Así, el Observatorio del Derecho de las Personas Mayores, expuso los resultados de sus estudios en importantes foros nacionales e internacionales; los gobiernos municipales se ven ahora beneficiados por la existencia de un servicio de consultoría “on line” que satisface a funcionarios del ejecutivo y legisladores en la resolución de la problemática del Derecho Público Provincial y Municipal; la demora del tratamiento legislativo de la sanción del proyecto de ley para la reforma del Código Procesal Penal Federal generó la posi-

bilidad de participar en el debate fecundo aportando al “sentido de justicia” que lo inspira, en la empresa de acelerar los procesos penales; sumándonos también a la actualización de programas y contenidos de las materias de derecho que impuso la unificación del Código Civil y Comercial, y la modificación en lo pertinente al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires

Mucho habrá que seguir analizando en la búsqueda de la verdad y cómo impulsar la expresión de la opinión de nuestros docentes, generando este nuevo espacio editorial, en el que nuestros jóvenes profesores e investigadores produzcan sus primeros escritos. Si bien destacamos nuestro agradecimiento a los académicos que se han sumado a nuestro esfuerzo en los últimos años, es de destacar nuevamente que la “cuna de Morón” generó importantísimas contribuciones intelectuales, entre otras, los resultados del proyecto de investigación “Violencia y Seguridad en el Departamento Judicial de Morón”, que fuera tomado como ejemplo en el seno del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y como base de una investigación de dimensiones provinciales con el auspicio del Ministerio de Justicia de la Nación o la presentación del Proyecto “Análisis de la Situación Jurídica del Embrión Extracorpóreo en el Sistema Jurídico Interamericano”, en la 1ª Conferencia del Observatorio Internacional de Bioética y Derecho, a realizarse en el mes de marzo en la Universidad de Peruggia (Italia), en la que nuestra Facultad es uno de tres, de los miembros activos.

Inauguramos entonces este nuevo espacio editorial, en la convicción de disponer un lugar muy “próximo” y accesible para la producción científica, para la presentación de ensayos y como lugar de fomento, confiando en las capacidades y en las competencias de nuestros docentes e investigadores.

DR. BRUNO OSCAR CORBO

*Decano*



# LA EMPRESA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

JORGE OMAR FREGA\*

## *RESUMEN*

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación si bien ha omitido pronunciarse expresamente sobre la empresa individual o plural estructuró un esquema jurídico que termina tornándola el eje de la actividad negocial.

Resultaría conveniente el establecimiento de una definición legal que permita precisar su alcance, no sólo desde el punto de vista económico, sino también jurídico.

Palabras clave: Empresa - Código - Civil

## 1. *Introducción*

Los hechos se fueron sucediendo con cierta correlación, teniendo algunas demoras y ciertas premuras ligadas a las cuestiones políticas propias de un cuerpo normativo de tal importancia.

La magnitud de la reforma había tenido frustrados antecedentes y significa sin dudas, no sólo un cambio legislativo sino también una modificación paradigmática sobre la visión

\* Titular de la cátedra de Derecho de la Empresa de la Universidad de Morón, asociado a cargo de Derecho Comercial I en la Universidad Nacional de la Matanza y adjunto de la cátedra Derecho de Seguros de la UBA. Doctorando de la UCES.

social y normativa. Sin embargo, no podemos menos que afirmar que como todo cambio resulta importante hacer un análisis que podríamos decir, es “tentativo”, no para eludir su responsabilidad, sino para resaltar el carácter dinámico del derecho. Como diría Celso (h.) hace más de dos mil años, “ars boni et aequi” (arte de lo bueno y de lo equitativo o justo) pero siempre arte, nunca letra definitiva y muerta, siempre “viva” y lista para ser reevaluada.

Así se formó la Comisión de Reformas de los Códigos Civil y Comercial de la República Argentina, designada por el decreto presidencial 191/2011 e integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti (presidente), Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, que presentó al Poder Ejecutivo Nacional el 27 de marzo de 2012 el “Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” y sus Fundamentos, en los que se detalló tanto el método como los principios que inspiraron ese trabajo. Ya desde la conformación de la comisión se movilizó el debate público entre otras cuestiones respecto de la posibilidad de que quienes deben juzgar sobre la legitimidad constitucional de las leyes, como lo son los miembros de la Corte Suprema de la Nación, podrían ser los que elaboraran un proyecto.

Se abrió a partir de dicho momento un compás de espera impuesto por su estudio por parte del Poder Ejecutivo Nacional a los fines de su presentación al Congreso Nacional, lo que se concretó el 8 de junio de 2012, con importantes reformas introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional.

A partir del mes de agosto de 2012, comenzó su tratamiento por la Comisión bilateral designada por el Honorable Congreso de la Nación y la realización de numerosas audiencias públicas en buena parte del territorio nacional de las que tuvimos el honor de participar para llevar la voz de las Cajas Profesionales, en particular de la de Abogados, alcanzando la aprobación por el Senado con nuevas modificaciones el 28 de noviembre del 2013.

En la sesión del 1º de octubre de 2014 fue sancionado por la Excma. Cámara de Diputados de la Nación y el 7 de

octubre fue promulgado por el Poder Ejecutivo Nacional con el número de ley 26.994. La norma disponía su vigencia a partir del 1° de enero de 2016 como Código Civil y Comercial de la República Argentina. Posteriormente se adelantó su vigencia para agosto del 2015.

Sin ser, por supuesto, el presente un tratado definitivo sobre el tema, procuraremos dar los lineamientos del nuevo cuerpo normativo especialmente sobre su influencia en el contrato de seguro y en la nueva normativa sobre consumo que ahora es claramente aplicable.

## 2. *La empresa*

La estructura compleja de la empresa donde concurren distintos factores (comerciales, laborales, negociales, tributarios, penales, entre otros) genera un flujo variado de ramas del derecho para integrarse en su desenvolvimiento.

El nuevo Código Civil y Comercial omitió hacer una descripción del concepto de empresa. Es realmente lamentable que se perdiera otra oportunidad. Las referencias dentro del Código existen pero no define que es. La que nos da la ley de contrato de trabajo puede servirnos de guía pero se encuentra pensada y aplicada a las relaciones de empleo por lo que no son utilizables como fórmula genérica. Ella expresa en su art. 5: “A los fines de esta ley, se entiende como ‘empresa’ la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos.

A los mismos fines, se llama ‘empresario’ a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la empresa”.

A su vez el art. 6 define al establecimiento diciendo que se entiende por tal la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones.

Como podemos apreciar las definiciones si bien son restringidas al derecho laboral nos dan la aplicación que en general se da a la empresa, diferenciándola del empresario y del establecimiento.

En tal sentido, el concepto originado en el ámbito de la economía y no del derecho, toma tres elementos clásicos.

- a) La organización.
- b) El factor humano o trabajo.
- c) El capital o los instrumentos materiales e inmateriales para cumplir con el fin.

Algunos autores agregan al riesgo propio del giro de la empresa como uno de sus elementos clásicos.

Por supuesto esto tomando un sentido lato de empresa, tanto económica como de cualquier fin.

Empresa en sentido estricto se limita a un objeto económico, esto es, de satisfacción de necesidades y de la obtención de los recursos a tal fin.

A ello debe agregarse la posibilidad de que la empresa se proponga un fin de lucro para quienes invirtieron en ella, la integran o la administran. En este caso, nos encontramos frente a un concepto que tradicionalmente se denominó “fin comercial”. Empero nuestro nuevo cuerpo normativo ha hecho desaparecer la definición conceptual de “comerciante” y acto de comercio. En efecto, los arts. 1° a 10 del derogado Código de Comercio no tienen reproducción alguna en el Código que lo reemplaza, ello a pesar, que se lo sigue denominando “Civil y Comercial”.

Por su parte el “empresario” es quien dirige la empresa, no necesariamente su “dueño”. El proceso de “despersonalización del capital” ha hecho que los propietarios de éste no sean siempre (en las grandes empresa raramente lo son) los que la administran.

Por otra parte, el establecimiento es un espacio físico donde se concentran las actividades o donde tienen su referencia, incluso donde habitualmente se encuentra alojada la hacienda mercantil cuando no está en tránsito. Es el princi-

pal sustrato físico del patrimonio de la empresa y donde ésta ejerce su actividad.

Por su parte, ni las leyes referidas a la empresa como la ley 24.467 y 25.300 u otras definen a la empresa.

### 3. *Referencias del Código Civil y Comercial*

Como mencionábamos, el nuevo Código menciona en algunas oportunidades a la empresa sin definirla. No lo hace al mencionar las personas jurídicas privadas a quienes atribuye, justamente, personería, por lo que no se trata de una de ellas.

En este sentido, la doctrina debate sobre el carácter objetivo, subjetivo o mixto de la empresa. Coincidimos que las personas jurídicas privadas con fin económico (v.gr., sociedades, mutuales, cooperativas) son sin dudas el andamiaje jurídico de la empresa. Es claro que el Código no ha querido darles tal categoría en forma autónoma.

También vale destacar que la diferencia entre sociedad y empresa basada en la imposibilidad de que la primera fuera constituida por una sola persona no es válida ya que la reforma introducida por la misma ley que sanciona al Código (26.994) introduce en la ley 19.550 a las denominadas “sociedades anónimas unipersonales” aplicándoles el régimen de las sociedades previstas por el art. 299 de la ley de sociedades.

El nuevo Código menciona a la empresa en algunas oportunidades.

En el art. 320 referido a la contabilidad expresa: “Obligados. Excepciones. Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección.

Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local”.

Además de lo novedoso de incorporar a todas las personas jurídicas privadas (con fin económico o no) entre los que deben llevar contabilidad menciona a quienes “realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios”.

Luego exceptúa a las profesiones liberales y actividades agropecuarias no “organizadas ni ejecutadas como empresa”. Es justamente la organización lo que caracteriza a la empresa. Hay un cierto carácter repetitivo al mencionar a quienes llevan una actividad económica organizada y los que configuran una empresa.

Está claro que también incluye al empresario, aunque no queda claro a quien se lo considera titular de esa empresa, si a quien la dirige o al propietario de su capital. Ya vimos que no siempre son la misma persona.

Vuelve a mencionar a la empresa cuando refiere a los pactos de herencia futura permitiéndolos sólo en sociedades y para protección de esa unidad funcional económica que es justamente la empresa. O sea, en protección de la continuidad de la empresa, principio propio del derecho societario (art. 1010, Cód. Civil y Comercial).

Cuando define contrato de consumo en el art. 1093 se establece que éste se podría celebrar con una persona humana o jurídica y también con una empresa. Cabe preguntarse si ésta es una forma indirecta de reconocimiento de personali-

dad a la empresa en general o sólo a los fines de los contratos de este tipo.

A partir del Capítulo 16, Sección 1ª (art. 1442 y ss.) se regulan los llamados “contratos asociativos”. Así se fija un marco normativo a todos los contratos que sean “de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin”, que no sean sociedad. Estos son habitualmente contratos que suponen a la empresa como los específicamente regulados por la anterior redacción de la ley 19.550 y modificatorias. Sin embargo, la regulación y correspondiente denominación de ellos es más genérica. Así, tenemos el negocio en participación, agrupación de colaboración, unión transitoria y consorcio de cooperación. Adviértase que se omite la palabra empresa de su denominación aunque de todos modos en su descripción se trate de un contenido económico.

Luego se regulan típicos contratos de empresa y organización del mercado como la agencia, concesión y franquicia (arts. 1479 a 1524).

Justamente en el art. 1502 refiere al contrato de concesión como aquel en el cual el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

El art. 2073 incluye como conjunto inmobiliarios a los parques “industriales, empresariales o náuticos” o cualquier emprendimiento con fines “empresariales”, entre otros.

El art. 2229, inc. b menciona las cámaras empresariales para la efectivización de la venta forzada de bienes prendados.

Por su parte, el art. 2333 permite a un heredero “oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa”.

Al momento de partir el acervo sucesorio debe evitarse la división de las empresas conforme el art. 2377.

#### 4. *Un cambio de enfoque*

Como puede apreciarse la empresa está presente en el nuevo ordenamiento en forma directa o indirecta. Ya hace tiempo la doctrina venía sosteniendo un vuelco del eje en el comerciante al centro en la empresa (Favier Dubois fue un fiel defensor de esta idea<sup>1</sup>) como motor de la economía. Insistimos hubiera sido conveniente definirla legalmente.

Cabe la duda frente a la aparición de las sociedades anónimas unipersonales, aparentemente estructuradas para empresas de igual tipo, si éstas pueden conformar las que son reguladas y controladas por su objeto, por ejemplo, sociedades de seguros. Ello puede analizarse desde dos perspectivas. Si las sociedades unipersonales son una forma de sociedad anónima, pareciera que se debe estar por la afirmativa. La ley 20.091 no prevé las sociedades anónimas unipersonales por una sencilla razón, éstas no existían al momento de su sanción. Utilizando un criterio restrictivo, esto es, entendiendo que la ley especial no menciona a este nuevo tipo societario, la respuesta será la negativa a la posibilidad de actuar en seguros.

Respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas el art. 1763 del Cód. Civil y Comercial establece que ellas responden por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

#### 5. *Conclusión*

En consecuencia, podemos concluir que el andamiaje jurídico del nuevo cuerpo normativo ha omitido definir tanto al comerciante individual como a la empresa o al empresario, pero ello no significa considerar que han perdido vigencia. Por el contrario, la regulación de los distintos institutos que los componen supone su existencia.

<sup>1</sup> Favier Dubois (p.), Eduardo M., *Recepción de la empresa individual de responsabilidad limitada en el Mercosur*, ponencia en las IV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Corrientes, 1996.



Ella es fruto de una evolución hacia la consideración de la empresa como eje de la actividad económica en general que se encuentra reflejado sustancialmente en el nuevo Código. Resultaría conveniente el establecimiento de una definición legal que permita precisar su alcance no sólo desde el punto de vista económico, sino también jurídico.

### *Bibliografía*

- Barreira Delfino, Eduardo A., *Empresas. La organización jurídica*, Bs. As., Quórum, 1998.
- Cárdenas, Emilio J., *Derecho empresario entendido como derecho de la empresa*, "Derecho Empresario", n° 1, abr. 1974.
- Etcheverry, Raúl A., *Formas jurídicas de la organización de la empresa*, Bs. As., Astrea, 2002.
- Favier Dubois, Eduardo M., *Economía y derecho privado*, "Jornadas Nacionales de Derecho Civil", ponencia n° 1, Comisión IX, Bs. As., 1991.
- Frega, Jorge O., *El rol de la empresa en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en "61 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires", Morón, 2015.
- Garobbio, Carlos E., *El nuevo Registro Público de libros contables (y comerciales) en el nuevo Código Civil y Comercial*, en "61 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires", Morón, 2015.
- Halperin, Isaac - Butty, Enrique, *Curso de derecho comercial*, t. I, Bs. As., Depalma, 2000.
- Le Goff, Jacques, *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*, Bs. As., Eudeba, 1962.
- Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 2007.
- Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tr. S. Sentís Melendo, Bs. As., Ejea, 1955.
- Pigretti, Eduardo A., *Derecho ambiental*, Bs. As., Depalma, 1994.
- Pisani, Osvaldo E., *Elementos de derecho comercial*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2014.
- Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As., La Ley, 2014.
- Romero, José I., *Curso de derecho comercial*, Bs. As., Depalma, 1989.

- Uzal, María E., *El Mercosur en el camino de la integración*, Bs. As., Depalma, 1998.
- Vítolo, Daniel R., *Iniciación en el estudio del derecho mercantil y de la empresa*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.
- *Manual económico jurídico de la empresa*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003.
- Vítolo, Daniel R. - Richard, Efraín H. (dirs.), *La actuación societaria*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.
- Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael - Ragazzi, Guillermo E. - Rovira, Alfredo L. - San Millán, Carlos, *Cuadernos de derecho societario*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.
- Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael - Ragazzi, Guillermo E., *Contratos de colaboración empresarial*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.
- Zannoni, Eduardo A. - Mariani de Vidal, Marina - Zunino, Jorge O. - Shina, Fernando E. - Ramos, Gloria S., *Código Civil y Comercial*, Bs. As., Astrea, 2015.

# EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LA OBSERVANCIA DEL DERECHO CANÓNICO

JORGE ANTONIO DI NICCO\*

## *RESUMEN*

La observancia de la legislación canónica no es una cuestión novedosa en nuestro país. A tenor del art. 147 del Cód. Civil y Comercial es claro y contundente el reenvío al derecho canónico. Éste, en los aspectos pertinentes, debe ser contemplado como derecho vigente por nuestro ordenamiento estatal. En vista a ello, este artículo trata sobre algunos aspectos canónicos básicos que son de interés tener en cuenta: validez de los actos jurídicos, personería y representación de las diócesis y de las parroquias, disposiciones referentes a los bienes temporales de la Iglesia Católica, y algunas apreciaciones respecto de la Conferencia Episcopal y al estatuto de Cáritas Argentina.

Palabras clave: derecho canónico - diócesis - parroquias.

## 1. *Introducción*

Por el art. 1º del acuerdo de 1966 entre la República Argentina y la Santa Sede, el Estado argentino reconoce y

\* Abogado y doctor en derecho canónico.

garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana su jurisdicción en el ámbito de su competencia para la realización de sus fines específicos<sup>1</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que tal reconocimiento de jurisdicción implica la más plena referencia al ordenamiento canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines<sup>2</sup>.

La observancia de la legislación canónica en nuestro país, como se aprecia, existía antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, pero ahora esa observancia se amplía, como se desprende de la lectura de los arts. 146, inc. c, y 147 de dicho Código<sup>3</sup>.

El art. 146, inc. c, establece que la Iglesia Católica es una persona jurídica pública<sup>4</sup>.

Y el art. 147, referente a la ley aplicable, establece que las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución<sup>5</sup>.

El reenvío al derecho canónico es claro y contundente. A tenor de ello, veamos algunos de los aspectos canónicos que son de interés tener presente.

<sup>1</sup> El acuerdo fue ratificado por la República Argentina el 23/11/66 mediante la ley 17.032. Véase Montilla Zavalía, Félix A., *Conceptos sobre el derecho concordatario. Las relaciones convencionales internacionales entre la Iglesia Católica y las sociedades políticas*, LL, 2002-D-992, y *La subjetividad de la Iglesia Católica en el derecho argentino conforme al Código Civil y Comercial. Breves consideraciones respecto de los artículos 146 y 148*, ED, 259-859.

<sup>2</sup> Cfr. CSJN, 22/10/91, "Lastra, Juan c/Obispado de Venado Tuerto", comentario al fallo de Ustinov, Hugo A., *Expectativa satisfecha*, ED, 145-493.

<sup>3</sup> Cfr. Di Nicco, Jorge A., *Observancia del derecho canónico en la República Argentina*, "Verba Iustitiae", n° 23, 2013, p. 57 a 65, y *La observancia del derecho canónico con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, ED, 12/8/15.

<sup>4</sup> Al igual que lo hacía el art. 33, inc. 3 del Cód. Civil.

<sup>5</sup> Esta normativa no se encontraba en el anterior Código Civil.

## 2. *Los actos jurídicos*

El Código de Derecho Canónico establece que para que un acto jurídico sea válido, se requiere que haya sido realizado por una persona capaz, y que en él concurren los elementos que constituyen esencialmente ese acto, así como las formalidades y requisitos impuestos por el derecho para la validez del acto.

Se presume válido el acto jurídico debidamente realizado en cuanto a sus elementos externos<sup>6</sup>.

A su vez, cuando el derecho establece que, para realizar ciertos actos, el superior necesita el consentimiento o consejo de algún colegio o grupo de personas, para la validez de los actos se requiere obtener el consentimiento de la mayoría absoluta de los presentes, o bien pedir el consejo de todos<sup>7</sup>.

## 3. *Las diócesis y las parroquias*

Iglesias particulares, en las cuales y desde las cuales existe la Iglesia Católica una y única, son principalmente las diócesis<sup>8</sup>.

La diócesis es una porción del pueblo de Dios, cuyo cuidado pastoral se encomienda al obispo diocesano con la cooperación del presbiterio<sup>9</sup>.

Corresponde tan sólo a la suprema autoridad el erigir diócesis; las cuales, una vez que han sido legítimamente eri-

<sup>6</sup> Cfr. canon 124 CIC.

<sup>7</sup> Cfr. canon 127 § 1 CIC. La normativa precisa que el colegio o grupo debe convocarse a tenor del canon 166 del CIC, a no ser que, tratándose tan sólo de pedir el consejo, dispongan otra cosa el derecho particular o propio.

<sup>8</sup> Cfr. canon 368 CIC. Si no se establece otra cosa, a las diócesis se asimilan la prelatura territorial y la abadía territorial, el vicariato apostólico y la prefectura apostólica, así como la administración apostólica erigida de manera estable.

<sup>9</sup> Cfr. canon 369 CIC.

gidas, gozan, en virtud del derecho mismo, de personalidad jurídica<sup>10</sup>.

Al obispo diocesano le corresponde gobernar la diócesis que le está encomendada con potestad legislativa, ejecutiva y judicial, a tenor del derecho, y la representa en todos sus negocios jurídicos<sup>11</sup>.

Toda diócesis debe dividirse en partes distintas, es decir, en parroquias<sup>12</sup>.

La parroquia es una determinada comunidad de fieles cristianos constituida de modo estable en la Iglesia particular, cuya cura pastoral, bajo la autoridad del obispo diocesano, se encomienda a un párroco, como su pastor propio. La parroquia legítimamente erigida tiene personalidad jurídica en virtud del mismo derecho<sup>13</sup>.

El párroco representa a la parroquia en todos los negocios jurídicos, conforme a la norma del derecho, y debe cuidar de que los bienes de la parroquia se administren de acuerdo con la norma de los cánones 1281-1288 del Código de Derecho Canónico<sup>14</sup>.

La propia e independiente personería jurídica de cada parroquia y de la diócesis significa que los bienes o fondos de una parroquia no responden por las deudas de la diócesis, ni la diócesis por deudas particulares de la parroquia, y que la personalidad propia de una parroquia no está supeditada al previo reconocimiento del Estado nacional<sup>15</sup>.

Ya en 1942 se sostuvo que la personalidad jurídica acordada a la Iglesia por el Código Civil se extiende a la

<sup>10</sup> Cfr. canon 373 CIC.

<sup>11</sup> Cfr. cánones 391 § 1 y 393 CIC.

<sup>12</sup> Cfr. canon 374 § 1 CIC.

<sup>13</sup> Cfr. canon 515 § 1 y 3 CIC.

<sup>14</sup> Cfr. canon 532 CIC.

<sup>15</sup> Cfr. CCivCom Azul, Sala II, 29/11/05, causa 48.899. Este fallo, a su vez, efectúa, entre otras, la siguiente cita: CCivCom Mercedes, Sala I, 8/2/90, "Manno c/Pesce y otros".

Iglesia en su conjunto y a cada Iglesia particular o parroquia<sup>16</sup>.

Cada parroquia puede ser sujeto procesal, porque tiene personalidad jurídica autónoma y de carácter público diferenciada de la diócesis<sup>17</sup>.

#### 4. *Los bienes temporales de la Iglesia*

El Código de Derecho Canónico establece que el dominio de los bienes corresponde, bajo la autoridad suprema del romano pontífice, a la persona jurídica que lo haya adquirido legítimamente<sup>18</sup>.

En la Iglesia Católica hay personas jurídicas que son sujetos en derecho canónico de las obligaciones y derechos congruentes con su propia índole<sup>19</sup>.

Son personas jurídicas públicas las corporaciones (conjunto de personas) y fundaciones (conjunto de cosas) constituidas por la autoridad eclesiástica competente para que, dentro de los límites que les señalan, cumplan en nombre de la Iglesia, a tenor de las prescripciones del derecho, la misión que se les confía mirando al bien público; las demás personas jurídicas son privadas<sup>20</sup>.

Todos los bienes temporales que pertenecen a la Iglesia universal, a la Sede Apostólica o a otras personas jurídicas públicas en la Iglesia son bienes eclesiásticos, y se rigen por

<sup>16</sup> Cfr. CCiv2<sup>a</sup> Capital, 26/3/42, "Municipalidad de la Capital c/Curia Eclesiástica", JA, 1942-III-911. Spota dice que las respectivas iglesias o parroquias son "sujetos del derecho civil y también de derecho público" (Spota, Alberto, *El dominio público eclesiástico*, en nota a fallo).

<sup>17</sup> Cfr. CFed San Martín, Sala II, 6/7/93, "ANSES c/Parroquia Niño Jesús de Praga s/ejecución fiscal", con comentario de Navarro Floria, Juan G., *¿Puede una parroquia católica ser demandada en juicio?*, ED, 156-109.

<sup>18</sup> Cfr. canon 1256 CIC.

<sup>19</sup> Cfr. canon 113 § 2 CIC.

<sup>20</sup> Cfr. canon 116 § 1 CIC. La institución como persona jurídica pública no sólo conlleva el encargo de actuar en nombre de la Iglesia, sino que sus bienes son bienes de la Iglesia.

los cánones del Libro V del Código de Derecho Canónico, así como por los propios estatutos<sup>21</sup>.

En la realización de actos de administración que, atendida la situación económica de la diócesis, sean de mayor importancia, el obispo diocesano debe oír al Consejo de Asuntos Económicos y al Consejo de Consultores; pero, además de los casos especialmente determinados en el derecho universal o en la escritura de fundación, necesita el consentimiento del mismo Consejo, así como del Colegio de Consultores, para realizar los actos de administración extraordinaria. Compete a la Conferencia Episcopal determinar qué actos han de ser considerados de administración extraordinaria<sup>22</sup>.

A su vez, quedando firme las prescripciones de los estatutos, los administradores realizan inválidamente los actos que sobrepasan los fines y el modo de la administración ordinaria, a no ser que hubieran obtenido previamente autorización escrita del ordinario<sup>23</sup>.

Y a no ser que le haya reportado un provecho, y en su medida, la persona jurídica no está obligada a responder de los actos realizados inválidamente por los administradores; pero de los actos que éstos realizan ilegítima pero válidamente, responde la misma persona jurídica, sin perjuicio del derecho de acción o de recurso de ésta contra los administradores que le hubieran causado daño<sup>24</sup>.

Para enajenar válidamente bienes que por asignación legítima constituyen el patrimonio estable de una persona jurídica y cuyo valor supera la suma establecida por el derecho, se requiere licencia de la autoridad competente conforme a derecho<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. canon 1257 § 1 CIC. Las diócesis y las parroquias son personas jurídicas públicas.

<sup>22</sup> Cfr. canon 1277 CIC. La Conferencia Episcopal Argentina ha determinado sobre el particular.

<sup>23</sup> Cfr. canon 1281 § 1 CIC.

<sup>24</sup> Cfr. canon 1281 § 3 CIC.

<sup>25</sup> Cfr. canon 1291 CIC.



Cuando el valor de los bienes cuya enajenación se propone se halla dentro de los límites mínimo y máximo que fije cada Conferencia Episcopal para su respectiva región, la autoridad competente se determina por los propios estatutos, si se trata de personas jurídicas no sujetas al obispo diocesano; pero, si le están sometidas, es competente el obispo diocesano con el consentimiento del Consejo de Asuntos Económicos y del Colegio de Consultores así como de los interesados. El obispo diocesano necesita también el consentimiento de éstos para enajenar bienes de la diócesis<sup>26</sup>.

Si se trata, en cambio, de bienes cuyo valor es superior a la cantidad máxima, o de exvotos donados a la Iglesia, o de bienes preciosos por razones artísticas o históricas, se requiere para la validez de la enajenación también la licencia de la Santa Sede<sup>27</sup>.

Por último, corresponde a la cada Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las circunstancias de los lugares, establecer normas sobre el arrendamiento de bienes de la Iglesia, principalmente sobre la licencia que se ha de obtener de la autoridad eclesiástica competente<sup>28</sup>.

## 5. *La Conferencia Episcopal*

La Conferencia Episcopal, institución de carácter permanente, es la asamblea de los obispos de una nación o territorio determinado, que ejercen unidos algunas funciones pastorales respecto de los fieles de su territorio, para promover conforme a la norma del derecho el mayor bien que la Iglesia proporciona a las personas, sobre todo mediante formas y

<sup>26</sup> Cfr. canon 1292 § 1 CIC. Lo expuesto es sin perjuicio de quedar a salvo lo prescrito por el canon 638 § 3 del CIC respecto de los institutos religiosos. La Conferencia Episcopal Argentina estableció el monto máximo para enajenación sin autorización de la Santa Sede en 300.000 dólares USA, y el monto mínimo en la suma de 30.000 dólares USA.

<sup>27</sup> Cfr. canon 1292 § 2 CIC.

<sup>28</sup> Cfr. canon 1297 CIC. La Conferencia Episcopal Argentina ha establecido normas sobre el particular.

modos de apostolado convenientemente acomodados a las peculiares circunstancias de tiempo y de lugar<sup>29</sup>.

Compete exclusivamente a la autoridad suprema de la Iglesia, oídos los obispos interesados, erigir, suprimir o cambiar las Conferencias Episcopales<sup>30</sup>.

El canon 449 § 2 del Código de Derecho Canónico establece que la Conferencia Episcopal legítimamente erigida goza de personería jurídica.

La Conferencia Episcopal Argentina tiene personería jurídica pública de acuerdo con dicho canon 449 § 2 del Código de Derecho Canónico y la normativa codicial civil precedentemente citada<sup>31</sup>.

## 6. *Cáritas*

El estatuto de Cáritas Argentina (ECA) establece que por disposición del Episcopado Argentino, la Pastoral Caritativa de la Iglesia Católica se cumple en los planos nacional, regional, diocesano y parroquial, a través de Cáritas Argentina, conforme a la orientación que aquél señale mediante su organismo de Pastoral Social, en concordancia con los principios de Caritas Internationalis<sup>32</sup>.

Cáritas Argentina actúa en los planos nacional, diocesano y parroquial con esa única denominación, más el aditamento de “Comisión Nacional” para el organismo directivo nacional, o del nombre de la diócesis o parroquia respectiva para su diferenciación<sup>33</sup>.

El organismo directivo nacional de Cáritas Argentina se denomina “Comisión Nacional” y está presidido por el obispo presidente de la Comisión Episcopal para Cáritas junto con

<sup>29</sup> Cfr. canon 447 CIC.

<sup>30</sup> Cfr. canon 449 § 1 CIC.

<sup>31</sup> Cfr. de CRS. 230/73 y 1475/88.

<sup>32</sup> Cfr. art. 1º ECA.

<sup>33</sup> Cfr. art. 2º ECA.

los otros dos obispos que la integran, elegidos por la Asamblea Plenaria del Episcopado Argentino<sup>34</sup>.

Cáritas Argentina –Comisión Nacional– puede administrar y disponer, conforme a derecho, todos los bienes que se halle capacitada para adquirir, contrayendo asimismo las obligaciones que sean necesarias, con entidades públicas o privadas, bancarias o de cualquier otro tipo<sup>35</sup>.

La representación legal de Cáritas Argentina –Comisión Nacional– ante terceros y organismos estatales es ejercida por el presidente de la Comisión Episcopal para Cáritas, sin perjuicio de la delegación de funciones que haga en las persona de alguno de los miembros de la Comisión Episcopal y/o director o de la persona que se designe<sup>36</sup>.

Ingresando al plano diocesano, la Comisión diocesana de Cáritas es el organismo mediante el cual el obispo anima y coordina la Pastoral Caritativa en la diócesis. A los efectos de su identificación se adiciona, en cada caso, el nombre de la diócesis respectiva<sup>37</sup>.

El obispo es el presidente de la Comisión diocesana y designa los demás miembros de dicha Comisión. Esta Comisión puede administrar y disponer conforme a derecho, y bajo la responsabilidad del obispo, todos los bienes y derechos que se halle capacitada para adquirir libremente, contrayendo asimismo las obligaciones que sean necesarias con entidades públicas o privadas, bancarias o de cualquier otro tipo. Puede adquirir bienes inmuebles, disponer de ellos, gravarlos con hipoteca, y cualquier clase de derechos reales, pudiendo también, para cualquier acto que fuera menester, otorgar poderes especiales para determinados asuntos<sup>38</sup>.

La representación legal de Cáritas diocesana ante terceros y organismos estatales, es ejercida por el presidente –es decir,

<sup>34</sup> Cfr. art. 5° ECA.

<sup>35</sup> Cfr. art. 9° ECA.

<sup>36</sup> Cfr. art. 10 ECA.

<sup>37</sup> Cfr. art. 14 ECA.

<sup>38</sup> Cfr. arts. 15 y 18 ECA.

por el obispo diocesano– sin perjuicio de su facultad de delegar tal representación<sup>39</sup>.

En el plano parroquial, bajo la presidencia del párroco se constituirá en cada parroquia un equipo de Cáritas parroquial, mediante el cual aquél animará y coordinará la Pastoral Caritativa en la parroquia<sup>40</sup>.

El equipo parroquial de Cáritas puede administrar y disponer conforme a derecho, todos los bienes y derechos que se halle capacitado para adquirir libremente, contrayendo asimismo las obligaciones que sean necesarias con entidades públicas o privadas, bancarias o de cualquier otro tipo<sup>41</sup>.

En cuanto al carácter jurídico de Cáritas Argentina, en atención a su naturaleza y fines, el estatuto dice que usa la personería de carácter público de la Iglesia pudiendo los respectivos presidentes en el orden nacional y/o diocesano, otorgar los poderes especiales que fuere menester, a favor de los directores y/o vicedirectores u otras personas para el pleno ejercicio de sus representaciones legales<sup>42</sup>.

Sin perjuicio de lo establecido en cuanto al uso de la personería de carácter público de la Iglesia, continúa diciendo el estatuto, Cáritas Argentina en sus jurisdicciones diocesanas y nacionales podrá requerir del poder público el otorgamiento de su personería jurídica propia. Para ejercer esta facultad la Comisión Nacional en su caso, requerirá autorización de la Comisión Permanente del Episcopado; las Cáritas diocesanas la de su respectivo obispo<sup>43</sup>.

Por último, en caso de disolución de Cáritas Argentina, sus bienes pasarán íntegramente a la Conferencia Episcopal Argentina; los que se hallaren a nombre o bajo la administración de las Cáritas diocesanas a sus respectivas dióce-

<sup>39</sup> Cfr. art. 19 ECA.

<sup>40</sup> Cfr. art. 21 ECA.

<sup>41</sup> Cfr. art. 25 ECA.

<sup>42</sup> Cfr. art. 32 ECA.

<sup>43</sup> Cfr. art. 33 ECA.

sis y los que se hallaren a nombre o bajo la administración de las Cáritas parroquiales, a sus respectivas parroquias u Obispado<sup>44</sup>.

Como se puede observar, Cáritas Argentina, en sus diversos planos, “usa” la personería pública de la Iglesia Católica.

Usar no equivale a tener. Entendemos que el estilo de redacción utilizado en el estatuto puede prestar a confusión sobre la personería jurídica de Cáritas Argentina.

De allí que puedan encontrarse acciones dirigidas contra Cáritas diocesanas, y que, además, dicha acción se haga extensiva en solidaridad a Cáritas Argentina –Comisión Nacional–, invocando la normativa referente a empresas subordinadas o relacionadas. Es decir, a Cáritas Argentina, Comisión Nacional o Diocesana, se le reconoce personería jurídica propia<sup>45</sup>.

Pero también se pueden encontrar planteamientos judiciales referentes a Cáritas diocesanas dónde no se le reconoce personería jurídica, y la acción judicial ante los tribunales civiles es direccionada contra la respectiva diócesis. Lo mismo para las Cáritas parroquiales<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. art. 34 ECA. El texto completo del estatuto se encuentra disponible en la web.

<sup>45</sup> En estos casos suelen presentarse letrados apoderados, munidos de los respectivos poderes judiciales que dan cuenta del carácter que invocan. Es de mencionar un convenio internacional entre el gobierno de la República Argentina y Caritas Internationalis para facilitar la acción de Cáritas Argentina, que tácitamente estaría reconociendo su personalidad jurídica. Este convenio fue aprobado por ley 22.614 (en el Digesto Jurídico Argentino la ley se encuentra bajo el número O-1329). Véase Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto República Argentina, *Digesto de derecho eclesiástico argentino*, Bs. As., 2001, p. 258 a 262.

<sup>46</sup> Sobre este particular véase Di Nicco, Jorge A., *Canon 1265 del Código de Derecho Canónico: aplicación de su normativa en una causa tramitada por ante la justicia civil argentina*, “Anuario Argentino de Derecho Canónico”, n° 17, 2011, p. 235 a 246, y *Comentario de un caso judicial inédito: diócesis, parroquia, municipio y la observancia del derecho canónico*, “Prudentia Iuris”, n° 77, 2014, p. 51 a 60.

## 7. *Conclusión*

Lo expuesto es a modo de escueta síntesis de algunas de las consideraciones canónicas que han de tenerse presente al momento de aplicar los arts. 146, inc. c, y 147 del Cód. Civil y Comercial.

La legislación canónica, en los aspectos pertinentes, continúa siendo contemplada como derecho vigente por el ordenamiento estatal argentino<sup>47</sup>.

La legislación canónica, en la República Argentina, no hace solamente al gobierno interno de la Iglesia Católica. Existe una referencia plena al ordenamiento canónico para regular los bienes de la Iglesia Católica destinados a la consecución de los fines eclesiales. Por ende, toda disponibilidad de esos bienes solamente puede decretarse o reconocerse de conformidad con dicho régimen. De allí que cada acción judicial debe dirigirse hacia la persona jurídica eclesial pertinente<sup>48</sup>.

Profundizar sobre el conocimiento del derecho canónico resulta cada vez más imprescindible.

## *Bibliografía*

*Acuerdo entre la República Argentina y la Santa Sede*, 1966.

*Código de Derecho Canónico*.

Conferencia Episcopal Argentina, *Legislación complementaria del Código de Derecho Canónico*.

Di Nicco, Jorge A., *Canon 1265 del Código de Derecho Canónico: aplicación de su normativa en una causa tramitada por ante la justicia civil argentina*, "Anuario Argentino de Derecho Canónico", n° 17, 2011, p. 235 a 246.

<sup>47</sup> Cfr. Ustinov, Hugo A., *Jurisdicción civil y jurisdicción eclesiástica. Consideraciones a partir de un reciente precedente jurisprudencial*, ED, 246-589.

<sup>48</sup> La referencia a las disposiciones contenidas en las normas canónica alude al texto del Código de Derecho Canónico sancionado en 1983; en cuya normativa, como se ha podido apreciar, se contienen disposiciones precisas acerca de la naturaleza de los bienes temporales de la Iglesia y de su administración y enajenación.

- *Comentario de un caso judicial inédito: diócesis, parroquia, municipio y la observancia del derecho canónico*, “Prudentia Iuris”, n° 77, 2014, p. 51 a 60.
- *La observancia del derecho canónico con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, ED, 12/8/15.
- *Observancia del derecho canónico en la República Argentina*, “Verba Iustitiae”, n° 23, 2013, p. 57 a 65.

*Estatuto de Caritas Argentina.*

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto República Argentina, *Digesto de derecho eclesiástico argentino*, Bs. As., 2001.

Montilla Zavalía, Félix A., *Conceptos sobre el derecho concordatario. Las relaciones convencionales internacionales entre la Iglesia Católica y las sociedades políticas*, LL, 2002-D-992.

- *La subjetividad de la Iglesia Católica en el derecho argentino conforme al Código Civil y Comercial. Breves consideraciones respecto de los artículos 146 y 148*, ED, 259-859.

Ustinov, Hugo A., *Jurisdicción civil y jurisdicción eclesiástica. Consideraciones a partir de un reciente precedente jurisprudencial*, ED, 246-589.

## **Fallos**

CSJN, 22/10/91, “Lastra, Juan c/Obispado de Venado Tuerto”, comentario al fallo de Ustinov, Hugo A., Expectativa satisfecha, ED, 145-493.

CCiv2<sup>a</sup> Capital, 26/3/42, “Municipalidad de la Capital c/Curia Eclesiástica”, JA, 1942-III-911, nota a fallo de Spota, Alberto, El dominio público eclesiástico.

CCivCom Mercedes, Sala I, 8/2/90, “Manno c/Pesce y otros”.

CFed San Martín, Sala II, 6/7/93, “ANSES c/Parroquia Niño Jesús de Praga s/ejecución fiscal”, con comentario de Navarro Floria, Juan G., *¿Puede una parroquia católica ser demandada en juicio?*, ED, 156-109.

CCivCom Azul, Sala II, 29/11/05, causa 48.899.





# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MODO EN QUE DEBE INTERPRETARSE Y APLICARSE LA NORMA. MÉTODOS Y DOCTRINAS

ADRIÁN SERGIO CETRÁNGOLO

## *RESUMEN*

El autor indaga respecto a los distintos métodos y doctrinas de interpretación y aplicación de la norma jurídica, citando a reconocidos autores, procurando establecer paradigmas universales en la comprensión hermenéutica del fenómeno estudiado. Teniendo siempre presente una visión universal y real del fenómeno jurídico en su totalidad.

Palabras clave: interpretación normativa, métodos de interpretación, doctrinas interpretativas, aplicación normativa.

## 1. *Introducción*

a) *La aplicación e interpretación de la norma jurídica.* El derecho es el objeto de la justicia que regula la vida en sociedad a través de la aplicación del conjunto de normas jurídicas positivas vigentes a las relaciones de los sujetos (personas).

Para pasar de la regla general expresada en la norma a su aplicación en el mundo de lo concreto (la relación jurídica) es necesario aplicar un proceso lógico mental que consiste en la detección de la regla general aplicable, hasta la adopción de la decisión particular. Este es el proceso de aplicación, que siempre se efectúa con prescindencia de la claridad u oscuridad de la norma a aplicar.

Las normas se manifiestan a través del lenguaje pero éste, puede ser oscuro, dudoso, puede tener un trasfondo

doctrinario, o un sentido técnico, puede a primera impresión expresar no precisamente la voluntad del legislador o no contener su intención al dictar la norma.

También los hechos a los cuales le debemos aplicar la norma pueden ser variados o diversos o que no permitan establecer inequívocamente la norma jurídica aplicable. Si este es el caso deberá interpretarse.

La doctrina, sin embargo considera que al interpretar no estamos solamente ante la posibilidad de falta de claridad en el texto de la norma, puesto que la interpretación de las normas siempre está presente al momento de aplicar el derecho; por más que la norma no revista mayor complicación para desentrañar su significación y sentido.

En razón de lo expresado podemos adherir a lo manifestado por el jurista italiano Emilio Betti cuando expone que: “La interpretación que interesa al derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas, en la órbita del orden jurídico, que son fuente de valoraciones jurídicas, o que constituyen el objeto de semejantes valoraciones. Fuentes de valoración jurídica son normas jurídicas o preceptos a aquéllas subordinados, puestos en vigor en virtud de una determinada competencia normativa. Objeto de valoraciones jurídicas pueden ser declaraciones o comportamientos que se desarrollan en el círculo social disciplinado por el derecho, en cuanto tengan relevancia jurídica según las normas y los preceptos en aquél contenidos y que tengan a su vez contenido y carácter preceptivo, como destinados a determinar una ulterior línea de conducta”<sup>1</sup>.

b) *Definición del objeto.* Para definir el objeto de estudio debemos precisar los términos empleados, así decimos que según el Diccionario de la Real Academia Española definimos:

<sup>1</sup> Franco de la Cuba, Carlos M., *La interpretación de la norma jurídica*, monografía, Lima. Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, “Revista de Derecho Privado”, Madrid, 1975, p. 95.

*Algunas:* Que se aplica indeterminadamente a una persona o cosa con respecto de varias. Indica una cantidad imprecisa, pero moderada.

*Consideraciones:* Reflexión o examen detenido de una cosa, opinión o juicio que se tiene sobre algo.

*Modo:* Forma o manera de ser, acaecer o hacerse una cosa.

*Deber:* Obligación ética o legal.

*Interpretarse:* Explicar el sentido o significado de una cosa.

*Aplicación:* Referencia de un caso general a un caso particular.

*Norma:* Regla de obligado cumplimiento.

*Método:* Modo de obrar o proceder.

*Doctrinas:* Norma científica, paradigma.

De la suma de las expresiones vertidas podemos decir que la pretensión de estudio se circunscribe a: “Algunas opiniones, reflexiones, o juicios sobre la forma o manera, en que debe explicarse el sentido de las reglas de obligado cumplimiento, y su aplicación a un caso particular, describiendo la norma científica o paradigma utilizado”.

c) *Observaciones metodológicas.* Debemos mencionar el modo en que arribaremos al objeto de estudio. Primero limitaremos el alcance de lo que consideramos interpretar y aplicar la norma.

Luego haremos una descripción de los distintos métodos y doctrinas de interpretación.

Por último, concluiremos sobre la interpretación de la norma.

## 2. *Desarrollo*

a) *Definición de interpretación.* Interpretación es la acción de interpretar. Etimológicamente hablando, el verbo “interpretar” proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*, palabra que, según el jurista uruguayo Eduardo J. Couture de-

riva de interpres que significa mediador, corredor, intermedio<sup>2</sup>.

El Diccionario de la Lengua española, define “interpretar” con las siguientes acepciones que le son aplicables al sentido del vocablo en estudio:

1) Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto.

2) Explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos.

3) Concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad.

4) Determinar el significado y alcance de las normas jurídicas.

El tratadista alemán Ludwig Enneccerus define la interpretación de la norma jurídica de la siguiente manera: “Interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución judicial. Semejante esclarecimiento es también concebible respecto al derecho consuetudinario, deduciéndose su verdadero sentido de los actos de uso, de los testimonios y del usus fori reconocido y continuo. Pero el objeto principal de la interpretación lo forman las leyes”<sup>3</sup>.

Así, también Guillermo Cabanellas de Torres señala que: “La interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición”<sup>4</sup>.

b) *Diferentes doctrinas de interpretación.* Existen diferentes doctrinas o teorías sobre la interpretación jurídica, de

<sup>2</sup> Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1979, p. 15.

<sup>3</sup> Enneccerus, Ludwig, *Tratado de derecho civil*, t. I, Barcelona, Bosch, tr. de la 39ª ed. alemana, 1953, p. 197.

<sup>4</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. IV, 23ª ed., Bs. As., Heliasta, 1994, p. 472.

ellas las más conocidas y vinculadas a los sistemas normativos, bien para aplicarlos o para dejar de aplicarlos, son las siguientes:

1) *Doctrinas unidimensionales*

a. *Doctrinas normológicas*

a.1. *Doctrinas normológicas metodológicas*

a.1.1. *La teoría de la exégesis*

La escuela de la exégesis consiste en que debe consultarse sólo la ley como fuente del derecho. La exegética afirma que el derecho y sólo el derecho es la ley.

Por lo tanto interpretar sólo es averiguar cual fue la voluntad del legislador al momento del dictado de la norma, no pudiendo agregarle a ello ningún aditamento para la clarificación de dicha voluntad. Este método sólo utiliza como materia de estudio para desentrañar la norma, al texto legal.

La escuela de la exégesis surge en Francia a raíz del dictado de los códigos y se mantiene durante el siglo XIX definiéndose tres períodos, fundación (1804-1830), apogeo (1830-1880), y decadencia (1880-1900). Su enfoque se especializó principalmente en el derecho privado en atención al surgimiento de la codificación napoleónica ya mencionada. Esta escuela es contenida y eliminada por la escuela científica de Gèny.

El jurista argentino Roberto J. Vernengo sostiene que la exégesis francesa del siglo XIX había sostenido sobre la índole o naturaleza del derecho, defendiendo bajo rótulos teóricos y metodológicos, ciertas notorias ideologías políticas, conservadoras o reaccionarias<sup>5</sup>. Porque, en última instancia, la exégesis presupone un dogma; y este dogma, un tanto blasfemo si se quiere, postula la presencia real del legislador en la ley. Para la exégesis, una norma es siempre expresión del acto de un individuo privilegiado, a saber: el legislador. E interpretar la ley consistía en reconstruir fielmente lo que el autor del texto legislativo había pretendido. Tradicionalmente esto se

<sup>5</sup> Vernengo, Roberto J., *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977, p. 68.

expresa diciendo que la exégesis se propone reconstruir la voluntad del legislador. Se supone, así, que, de alguna manera, las normas jurídicas son expresión, en el plano del lenguaje, de actos volitivos que son la manifestación de la voluntad real del legislador.

El tratadista Werner Goldschmidt señala como notas distintivas de la escuela de la exégesis las siguientes:

1) El derecho positivo lo es todo y todo derecho positivo está constituido por la ley; culto al texto de la ley; sumisión absoluta.

2) Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador. Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el derecho; el derecho está hecho.

3) Descubierta esa intención y establecido el principio fundamental que consagre, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo; y sin más punto de apoyo que el raciocinio y la habilidad dialéctica.

4) Se niega valor a la costumbre; las insuficiencias a la ley se salvan a través de ésta mediante la analogía.

5) Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de los antecesores.

6) En suma, se atribuye al derecho un carácter eminentemente estatal: "Dura lex sed lex". Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas<sup>6</sup>.

Esta teoría fue duramente criticada por Francisco Gèny quien acusó que el principal defecto de la exégesis consistía en "inmovilizar el derecho", también sostuvo a través de su teoría de la "libre investigación científica" apoyándose en la interpretación de la voluntad del legislador y complementándola de otras fuentes, teniendo como objetivo final desentrañar el significado normativo.

<sup>6</sup> Goldschmidt, Werner, Introducción filosófica al derecho, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1983, p. 269 y 270.

Históricamente la escuela de la exégesis se basa en la división del trabajo entre el legislador y el intérprete, esto se cumplía relativamente ya que en las primeras décadas después de la promulgación del Código Civil napoleónico, sus autores habían consultado la realidad social y habían tenido en cuenta el derecho natural, pero a medida que el siglo XIX avanzaba, la realidad social cambiaba con el capitalismo y el industrialismo y lo que había sido justo con miras a unos hechos dejaba de serlo con respecto a otros.

Esta teoría excesivamente acotada en los parámetros de su interpretación se adapta mucho más a la interpretación restrictiva del “derecho penal” que a cualquier otra rama del derecho por tratarse de una interpretación lo más literal posible.

a.1.2. *Teoría dogmática.* La exégesis y la dogmática tienen varios principios en común, se basan en la interpretación de la voluntad del legislador y por supuesto, el respeto ciego a la ley. Esas son sus similitudes; sin embargo, son distinguidas por sus diferencias. Algunos han sostenido que, mientras los exégetas ponían la tónica de la interpretación en una investigación empirista de datos empíricos –las palabras de la ley y la intención del legislador–, en cuanto a hechos, la posición dogmática saltó al extremo opuesto, considerando a la ley no como un dato empírico sino como una significación objetiva, lógica, esto es, como razón.

El método dogmático de interpretación, si lo comparamos con el método de interpretación de las leyes de la escuela de la exégesis, es más complejo, más científico y racional.

También otorgan al legislador ciertas propiedades de racionalidad al considerarlo justo, por haber establecido las soluciones más adecuadas y coherente, ya que no existen contradicciones en su manifestación de voluntad; es completa, ya que en las normas están comprendidas todas las situaciones fácticas posibles.

Existen ciertas reglas interpretativas que tienen que ver con la hipótesis, la racionalidad del legislador:

a) “No es una conclusión interpretativa admisible el que dos normas jurídicas sean inconsistentes”.

b) “Entre dos interpretaciones del mismo complejo de preceptos, es mejor la que da contenido a las palabras de ley que la que se ve forzada a negárselo”.

c) “El orden jurídico es completo, por lo que ello encubre una prohibición de concluir, como resultado de una interpretación, que el orden jurídico no ofrece ninguna solución para el caso dado”.

d) “Detrás de la afirmación de que las normas que integran el orden jurídico son siempre precisas, se encuentra la regla que veda concluir una interpretación con la afirmación de que el lenguaje de la ley es vago o padece de ambigüedades semánticas o sintácticas”.

La dogmática jurídica cumple en su desarrollo un papel casi contradictorio; puesto que se encarga de reformular, corregir aquel derecho dado, y procura completar sus lagunas, trata de ajustar sus incoherencias, busca darle precisión a sus vaguedades, en definitiva, busca reconstruir el derecho, actualizarlo, a través de ciertas premisas llamadas proposiciones o construcciones jurídicas, que tanta influencia han tenido y tienen en la vida de los códigos, en la de los científicos, en la vida de nuestro derecho.

Dichas construcciones jurídicas son el resultado de un método particular, de operaciones de lógica formal, que comienza con el procedimiento de deducción por medio del cual del análisis de las distintas normas diseminadas en el código y de sus antecedentes se deduce los principios generales; a partir de allí se procede por medio de la inducción para extraer de esos principios generales nuevas aplicaciones para los distintos casos concretos no previstos por la ley. Vemos, entonces, cómo nacen de la escuela dogmática las primeras grandes teorías jurídicas, las tan mentadas “construcciones”, por nombrar algunas: la de la posesión, la que versa sobre la naturaleza de las personas colectivas, la que se refiere al patrimonio, la de la continuación de la persona del difunto por el heredero, la del enriquecimiento sin causa, la teoría del abuso del derecho, la teoría general del delito y del dolo (derecho penal), la teoría del reenvío y del fraude a la ley (derecho internacional privado), entre otras.



Se puede advertir que de estas construcciones jurídicas de la dogmática, no sólo se justifican normas legisladas que se infieren de aquéllas, sino que también, permiten la inferencia de nuevas normas no pertenecientes al derecho positivo, pero siempre bajo la apariencia de una explicación del derecho legislado<sup>7</sup>.

a.2. *Doctrina normológica ontológica (teoría pura del derecho)*. El jurista Hans Kelsen trata el tema de la interpretación en la “teoría pura del derecho”<sup>8</sup>.

Para Kelsen la interpretación es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una inferior. Según este autor no sólo se interpreta cuando el juez va a aplicar la ley, emitiendo así la norma individual referida al caso concreto que viene a ser su sentencia, sino también cuando el Poder Legislativo legisla, para lo cual tiene que aplicar la Constitución y para cuyo efecto no puede dejar de interpretar la carta magna. Sostiene que hay también una interpretación de normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos, etcétera. En síntesis, toda norma es interpretada en la medida en que se desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico para su aplicación.

Debe interpretarse no sólo la norma necesaria, que es objeto de estudio, sino en general todas las normas pertinentes de todo el ordenamiento jurídico jerárquicamente superior al de la norma interpretada (o de donde se desciende) desde la Constitución.

Así, ninguna norma del sistema puede contravenir al mismo sistema, por ejemplo, una resolución suprema no puede contravenir un decreto supremo, pero tampoco puede contravenir la Constitución y la ley, las que siempre tendrán que ser que observadas, interpretadas y aplicadas por el operador jurídico.

<sup>7</sup> Centeno, Lucas, *Teoría dogmática*, monografía.

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 18<sup>a</sup> ed., Bs. As., Eudeba, 1982, p. 163 y siguientes.

Finalmente para Kelsen, la interpretación es un acto de voluntad, pues la creación de la norma individual está destinada a llenar el marco libre establecido y dejado por la norma general (la norma interpretada y aplicada).

Hasta antes de Kelsen, señala Ariel Álvarez Gardiol, se tenía la idea, según toda teoría de la interpretación, de que para todo caso existía la solución correcta, por lo que la interpretación requería sólo de encontrar el método adecuado para dilucidarla<sup>9</sup>. Precisa además que Kelsen, a través de la teoría del ordenamiento jurídico, ve la interpretación como un problema de voluntad, mucho más que de cognición. Para Kelsen, la norma es un marco de posibilidades con varios contenidos jurídicos potenciales y aplicables todos ellos como posibles. Es un marco, abierto o no, de posibilidades, pero siempre jurídicamente posibles todas ellas. La determinación de la solución correcta (elegida), en ningún caso pertenece a la teoría del derecho, sino a la política jurídica.

En definitiva, de la misma norma surgen las diferentes posibilidades de la interpretación de las cuales el intérprete deberá elegir lo que más convenga según su valoración “política - subjetiva” o sea hay varias maneras de interpretar todas dentro del ordenamiento jurídico.

Para establecer el contexto histórico y particular del modo de interpretar de la teoría mencionada, recordando que Kelsen fue redactor de la Constitución austríaca y miembro del Tribunal Constitucional, a través de lo mencionado por Öhlinger<sup>10</sup>.

La influencia de Kelsen en la interpretación (judicial) de la Constitución. Pero Kelsen también ha caracterizado consi-

<sup>9</sup> Álvarez Gardiol, Ariel, *Manual de filosofía del derecho*, Bs. As., Astrea, 1979, p. 149.

<sup>10</sup> Herrera García, Alfonso, *El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿Un elemento atípico?*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, p. 614 y ss., cita a Öhlinger, Theo, *Hans Kelsen y el derecho federal austríaco. Una retrospectiva crítica*, tr. J Brage Camazano, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, México, n° 5, ene. jun. 2006, p. 217 a 220, entre otras.

derablemente a la jurisdicción constitucional austríaca todavía de otro modo, en concreto a través de su concepción metodológica. Kelsen se pronunció por una gran prudencia del juez constitucional frente a términos jurídico-constitucionales como “justicia, libertad, igualdad, razón, moralidad, etcétera”. Ahora, sin embargo, algunos de estos términos no son ni siquiera usuales en el derecho constitucional (justicia, razón, moralidad, a diferencia de, por ejemplo, libertad e igualdad), pero a lo que parece referirse con ello Kelsen es a la terminología habitual de un catálogo de derechos fundamentales. Se opone con gran desconfianza a una terminología tal en la Constitución y aconseja explícitamente evitarla (un postulado algo paradójico, pues convierte a la interpretación del texto constitucional en el criterio de su formulación). Ello es una transformación notable de la teoría neo-kantiana de la ciencia del temprano Kelsen, conforme a la cual ya no es el objeto el que determina el método, sino el método el que determina el objeto. No obstante, en tanto que exista una terminología tal, Kelsen aboga por un acentuado judicial self-restraint. Cito literalmente: que el sentido de la Constitución no puede ser, a través del uso de una palabra tan ambigua y no precisada en detalle como aquella de justicia o una parecida, hacer depender cada ley aprobada por el Parlamento de la libre discrecionalidad de un colegio más o menos arbitrariamente constituido, es algo que se entiende por sí solo.

El Tribunal Constitucional ha seguido al principio este consejo. Es famosa una sentencia de 1928 (el propio Kelsen perteneció al Tribunal Constitucional de 1921 hasta 1930), en la que se trataba de la constitucionalidad de una ley de arrendamientos.

El Tribunal Constitucional no niega que la regulación en aquel tiempo vigente represente una restricción de la propiedad, que por virtud de la Constitución sólo es admisible en interés público (“bien general”). Sin embargo, lo que sea “en interés público” lo tiene que enjuiciar exclusivamente el legislador parlamentario.

“El Tribunal Constitucional debe, sin embargo, rechazar decididamente dar una opinión sobre dicha cuestión”. Si se

considera el desarrollo de la jurisprudencia en las últimas décadas, se hace claro cuánto se ha alejado, entretanto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de esta posición.

b) *Doctrinas dikelógicas*. Esta encarnada fundamentalmente con Kirchmann quien sostiene que con cada cambio de la ley, toda la labor del comentarista perdía su valor.

El primer argumento utilizado por Kirchmann para defender su postura negacionista se ampara en el objeto de la jurisprudencia, cuyas principales características son la contingencia y la variabilidad. Partiendo desde esta perspectiva, el jurista alemán concluyó que es totalmente imposible la construcción de una ciencia respecto de un objeto falto tanto de fijeza como de permanencia. Es así que al trabajar el jurista sobre un objeto en constante cambio, se impediría su aprehensión.

En palabras del propio Kirchmann: “La Tierra sigue girando alrededor del Sol, como hace mil años; los árboles crecen y los animales viven como en tiempo de Plinio. Por tanto, aunque el descubrimiento de las leyes de su naturaleza y su poder haya requerido largos esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas para la actualidad como para los tiempos pasados, y seguirán siéndolo para siempre. Muy otra es la situación de la ciencia jurídica. Cuando ésta tras largos años de esfuerzos, ha logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de la institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede nunca alcanzar la actualidad. Se parece al viajero en el desierto: divisa lejos opulentos jardines, camina todo el día y a la noche están tan alejados de él como por la mañana”<sup>11</sup>.

Kirchman reclama para el jurista la misión de redactar la norma. A este fin el jurista debe acudir a la llamada “política legislativa”, que consiste en gran parte a consideraciones dikelógicas. La interpretación de la norma pierde su carácter específico, y se amalgama a la tarea de redacción.

<sup>11</sup> Cfr. [http://philosophiebuch.de/faksimiles/k\\_kirchmann,\\_j.\\_h.\\_v..htm](http://philosophiebuch.de/faksimiles/k_kirchmann,_j._h._v..htm) (*Ueber das Prinzip des Realismus*, 1875).

c) *Doctrinas sociológicas (teoría egológica)*. La teoría de Carlos Cossio parte del concepto de que el derecho es “la libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia”, o, en menos palabras, “la conducta humana”<sup>12</sup>.

La teoría egológica de Cossio merece, por su envergadura, una explicitación especial pues aparece como una tendencia fundamental de la filosofía jurídica argentina, con proyección universal.

Comenta Pisi de Catalini que en 1944, Cossio publica su obra fundamental: *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Allí se enuncia el propósito de constituirse en una filosofía de la ciencia del derecho. Tal preocupación epistemológica se refleja en las dimensiones que integran la teoría egológica del derecho: ontología jurídica, lógica jurídica formal, lógica jurídica trascendental y axiología jurídica pura<sup>13</sup>.

La primera se justifica como una indagación acerca del ser del derecho. A su vez como la norma se constituye en un “logos” especial para pensar la conducta en que consiste el derecho, cabe una lógica que tematice el estilo peculiar de pensamiento del jurista. Alrededor de estas categorías se constituye la lógica jurídica formal. Además toda vez que el pensamiento para la lógica es conocimiento para la gnoseología y a su vez mediante la norma efectuamos la “interpretación” (conocimiento por comprensión) de la conducta, cabe una teoría especial del conocimiento normativo: lógica jurídica trascendental. Y por último, puesto que el dato elemental que ofrece la ciencia del derecho es la “experiencia jurídica” y ésta no es otra cosa que experiencia humana, conducta, cabe advertir cuál es la estructura de esa conducta.

Esta investigación nos conduce a señalar que toda conducta por el solo hecho de serlo se desarrolla valorando, su

<sup>12</sup> Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.

<sup>13</sup> Pisi de Catalini, Marta, *La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale*, [http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/4185/catalinicuyo89.pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4185/catalinicuyo89.pdf), p. 52 a 54.

existencia es un ser-estimativo. Es imprescindible por tanto el análisis del conocimiento axiológico de la conducta: axiología jurídica pura. A su vez, como toda ciencia, la ciencia jurídica es susceptible de descalificación como simple ideología. Por tanto, una filosofía de la ciencia del derecho debe contar con una teoría de la ideología que le permita distinguir la verdad científica del error ideológico para poder asumirse como verdad y rechazar como ideologías las concepciones jurídicas que se desarrollan como racionalización o justificación de los intereses socialmente significativos. A tal fin, la teoría egológica se completará con una gnoseología del error que investigue el rol del error teórico en el derecho. De este modo, la teoría egológica trata de analizar el derecho como una singular experiencia; el derecho es un objeto cultural cuyo conocimiento requiere una intuición (al modo husserliano), una comprensión y un pensamiento normativo. Se opera entonces en la teorización jurídica un cambio profundo; la norma jurídica deja de estar en el centro de las preocupaciones jurídicas como objeto lógico, cuyo conocimiento es susceptible de un procedimiento racional y, en su lugar, se instala la experiencia concreta del derecho en toda su complejidad.

En cuanto a la interpretación del juez en el concepto cosiano del maestro Cueto Rúa (su discípulo), “el juez letrado, el juez de derecho, no debe decidir según sus preferencias subjetivas o su discreción irrestricta. Debe ser objetivo. Debe adoptar un punto de vista susceptible de ser compartido, en términos caros a Husserl la objetividad del juez es la intersubjetividad de su punto de vista. El juez debe acreditar, pues, que su decisión no es subjetiva, arbitraria, fundada en su exclusiva voluntad”<sup>14</sup>.

En otras palabras, opina el miembro del Tribunal Constitucional español Andrés Ibáñez, “el juez, en tanto que sujeto público y con deberes, está obligado a inspirar su práctica en un acervo de principios básicos universalmente compartidos, hoy constitucionalmente consagrados. No hace falta decir lo

<sup>14</sup> Cueto Rúa, Julio, *Carlos Cossio: el derecho como experiencia*, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, vol. 7.

necesario que resulta que el juez tenga clara, asuma reflexivamente y encauce de forma correcta, esa dialéctica central entre valores personalísimos y valores transpersonales de obligatoria observancia en su ejercicio profesional. Y es bien obvio que a estimular esa conciencia puede y debe contribuir activamente la crítica pública de sus resoluciones”.

## 2. *Doctrinas bidimensionales normosociológicas (teoría de la evolución histórica)*

La historia, método histórico y evolucionismo estuvieron muy presentes en la ciencia jurídica de finales del siglo XIX. La idea de una evolución libre, marcada por la historia y que el Estado y el derecho no debían alterar estaba muy presente en Lermínier, Laboulaye y también en Glasson y Saleilles. Estos autores coincidían también en la crítica a la Ilustración y la Revolución que habían sesgado esta evolución violentando las reglas de la evolución social. Según ellos, el derecho debía regresar a la función que había tenido en el pasado: la de acompañar esta evolución sin interferirla<sup>15</sup>.

A principios del siglo XX, se empiezan a criticar los métodos empleados por la exégesis y la dogmática surgiendo el método de evolución histórica, la que propugnaba dar al juez un campo de acción más amplio, más digno, pero partiendo siempre del reconocimiento de la ley como la fuente principal del derecho, como la base de todo sistema jurídico.

Lo destacable de este método es que por primera vez el objetivo de la interpretación no es desentrañar sus fuentes originales o las condiciones que dieron origen a su elaboración.

La ley es producto de una época y de una sociedad correspondiente a un tiempo determinado, pero una vez creada se independiza y tiene vida propia, y al ser interpretada se fundía con la realidad socio-histórica imperante en ese momento. Esta evolución o cambio la alejaba de la voluntad del

<sup>15</sup> Aragonés, Alfons, *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad, Universidad Carlos III de Madrid, p. 74.

legislador creador y la acercaba a los hechos en el momento que sucedían y debían ser sometidos a esa ley. Si bien la ley en su proceso de creación va a la zaga de los acontecimientos y como producto de estos rige, no sólo para satisfacer las necesidades presentes si no que operativamente debe satisfacer necesidades de futuro. Es así que podemos establecer que la interpretación progresiva de la ley permitía al juez descubrir en ella nuevos objetivos a la hora de interpretarla y aplicarla. Por el contrario la escuela histórica, sólo teniendo en cuenta el texto legal y la voluntad legislativa, incurriría en el peligro de caer en la arbitrariedad judicial y atribuirle un significado distinto al que correspondería según la realidad social e histórica.

### 3. *Doctrinas tridimensionalistas*

a) *Teoría de la libre investigación científica*. Francisco Gèny es quien elabora la teoría de la “libre investigación científica”, como crítica al método de la exégesis.

Señala la necesidad de recurrir a los principios de razón y justicia, debido a la insuficiencia de las fuentes formales. Pero recurrir a dichos principios tampoco es suficiente para adecuar la decisión jurídica a la naturaleza de las cosas. Para alcanzar dicho nivel que es la base para la correcta aplicación de la norma jurídica, es necesario a parte del análisis de la naturaleza personal del individuo, efectuado de su razón y su conciencia, un análisis de la realidades vivas, para que el juez adapte la norma a las necesidades sociales y tenga plasmación de su decisión jurídica, en el estudio de los propios fenómenos sociales que influyen en la comprensión de la vida en general por lo que el juez debe tenerlos en cuenta<sup>16</sup>.

Con el propósito de captar la voluntad del legislador, aplicando las razones de la escuela científica de Mario Alza-

<sup>16</sup> De Villamor Morgan-Evans, Elisenda, *La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: La teoría de François Gèny*, Universidad de Extremadura.



mora Valdez<sup>17</sup> explica que según esta teoría, se debe recurrir en el orden siguiente:

- El método gramatical, con el fin de aclarar los textos.
- Deberá después apelar a la lógica, para buscar el sentido de la ley relacionándola con otras normas dentro de un sistema.
- Si estos métodos son insuficientes, estudiará los trabajos preparatorios de la ley, informes parlamentarios, notas de los codificadores o autores a la ley subrogada.
- Siguen a los citados procedimientos, la investigación de otras fuentes formales (la costumbre, la autoridad y la tradición).

A falta de todo apoyo formal, para llenar las lagunas, queda el mérito de la “libre investigación científica”. Se denomina así –libre– porque se encuentra sustraída a toda autoridad positiva y científica porque se apoya en bases objetivas reveladas por la ciencia.

Goldschmidt entiende que la más importante aportación de Gèny al tema de la interpretación es su distinción entre interpretación en sentido estricto e integración. Por eso recalca que Gèny sostuvo que si bien la interpretación de una norma debe inspirarse en la voluntad de su autor, si no hallamos norma alguna, entonces se procederá a la integración y a la creación de una nueva norma que ha de ser justa<sup>18</sup>.

b) *Teoría del derecho libre.* Es la teoría que sostiene la libertad total para el juez en la interpretación de la norma que aplicará. Se basará en la jurisprudencia y en el caso concreto, pudiendo dejar de lado el derecho positivo contenido en la norma jurídica.

El derecho libre es todo aquel derecho no estatal, como el derecho natural.

<sup>17</sup> Alzamora Valdez, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, 8ª ed., Lima, Tipografía Sesator, 1982, p. 264.

<sup>18</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 277 y 278.

Con esta teoría los jueces toman distancia de la ley cambiando por completo el paradigma de la interpretación, asumiendo total libertad e independencia de las normas que los rigieran, con el único horizonte de llegar a la justicia por sobre el ordenamiento positivo. Si la ciencia del derecho reconoce el derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente en el derecho estatal, por lo tanto la jurisprudencia no puede ser ya científica.

Hasta este momento existía, agrupando bajo él, en un movimiento armónico, toda una serie de manifestaciones sueltas e inconexas, se debió a un ensayo que, bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius, se publicó en 1906 con el título de *La lucha de la ciencia jurídica y cuya paternidad reconoció después Hermann Kantorowicz (1877-1940)*.

Este autor fundó la llamada “escuela del derecho libre” (1906) que es, según la expresión de Kantorowicz una especie de derecho natural rejuvenecido. El mismo propugnó la teoría del derecho libre; cuya tesis fundamental es que cada cual vive según el derecho libre es decir, conforme a las normas que su juicio individual le hace aparecer como derecho y no como algo arbitrario o útil. La libre investigación descubre y aplica el derecho de la comunidad; el derecho libre suscita y da validez al derecho individual. Su obra ha sido decisiva en la formación del pensamiento jurídico contemporáneo.

La ciencia del derecho no se limita al funcionamiento de la norma si no que a su vez dicha ciencia crea derecho. El juez al interpretar el derecho, crea normas jurídicas, con la finalidad de realizar la justicia. Kantorowicz rechaza toda interceptación racional y dogmática de los textos y por lo tanto, en su opinión, la realización de la justicia, particularmente al llenar las lagunas de la ley no puede alcanzarse a través de la analogía de la interpretación extensiva y de los principios generales del derecho. La ausencia de un precepto aplicable autoriza al juez para ocupar el lugar del legislador en ese evento el juez se encuentra libre de toda traba doctrinal y aún está autorizado para separarse del sistema del código para realizar la justicia.

Las ideas de Kantorowicz, Ehrlich, y otros propugnadores de esta teoría, son consideradas por Goldschmidt<sup>19</sup> como un ataque frontal contra el positivismo jurídico. El jurista alemán cita, de la obra de Kantorowicz, el extracto siguiente: “Si la ciencia del derecho reconoce derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre el derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede ya exigir, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la jurisprudencia ya no puede ser científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá desoír los afectos. En resumidas cuentas: los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundamentación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento”.

Concluye su comentario Goldschmidt precisando que Kantorowicz (el primero en usar la palabra *trialismo*) combina tridimensionalmente, la realidad social (el derecho libre), con las normas (el derecho natural) y con la justicia.

Consultando la justicia el juez puede llegar a la conclusión, que una norma, literal o históricamente aplicable al caso, no lo resuelve. En vez de obligar al juez a investigar la justicia, lo remite a lo que el actual poder del Estado opina sobre lo que es justo. No tuvo en cuenta de cómo el poder satánico puede usurpar al Estado. Basta con ver los resultados de la Alemania nazi, pero también como esta teoría actúa como causa de justificación de la mantención en sus cargos de todos los magistrados, con posterioridad al período mencionado, ya que la decisión estatal al momento de la aplicación de la norma, convierte al magistrado en una herramienta de aplicación de la voluntad del príncipe exceptuándolo de responsabilidad.

<sup>19</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 278.

c) *Teoría trialista del mundo jurídico*. Goldschmidt desarrolló lo que llamó la “declinación trialista del mundo del jurídico”, en la que hizo una diferencia entre la norma, la realidad social y la forma en que se aplica la justicia, en el marco del derecho. Éste consta de la dimensión sociológica, ya que el derecho se crea a partir de una realidad y se aplica sobre ella, una dimensión axiológica o “dikelógica” –en honor a la diosa de la justicia “diké”– usando términos de Goldschmidt, ya que tiene en cuenta los valores de esa sociedad, y una dimensión normativa o normológica, que considera a la norma emergente y aplicante –la justicia es la resultante de la aplicación de la norma según las características sociológicas y axiológicas–.

El método trialista (ver punto 3) analiza con particular precisión y parece adecuarse su modo de interpretación a la rama del derecho constitucional estableciendo en este trialismo el verdadero sentido de esta rama madre del derecho público.

### 2.3. *Diferentes métodos de interpretación*

Con el propósito de establecer la significación de las normas y su alcance, existen diversos métodos que han sido propuestos y desarrollados. Estos son los métodos clásicos a los cuales ya hacía referencia Savigny. A saber son: el gramatical, el lógico, el sistemático y el histórico. Se puede considerar entre éstos también al método teleológico que muchos autores consideran dentro del método lógico.

a) *Método gramatical*. También conocido como literal, es el más antiguo y es exclusivo de las épocas anteriores a la Revolución Francesa en que existía cierto grado de desconfianza en el trabajo de los jueces, razón por la cual éstos se encontraban obligados a ceñirse al sentido literal de la ley.

Es la primera etapa del proceso interpretativo. Como la ley empieza con palabras, el intérprete ha de empezar por obtener el significado verbal que resulta de ellas, según su natural conexión y las reglas gramaticales. De esta forma, cuando una misma palabra pueda tener significaciones distintas, se adoptará la que se reputa más idónea, dada su co-

nexión con las demás del precepto de que se trate y con la materia a que éste se refiera. En cuanto al significado de los vocablos, cabe decir, que éstos deben ser considerados en su sentido usual o más común (en razón a que el legislador se dirige a la generalidad de los individuos, para ser comprendido por ellos), salvo el caso de que la conexión del discurso o de la materia resulte un significado especial técnico. Además, existe una corriente que estima que cuando se trata de términos jurídicos suele opinarse que debe ser preferido el sentido técnico jurídico, ya que se ha de presumir que el legislador expresa su pensamiento en los términos más propios<sup>20</sup>.

b) *Método lógico*. Es aquél que utiliza los razonamientos de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma, así como también para establecer el o los sentidos o alcances de una , se vale del análisis intelectual de las conexiones que las normas de una misma ley guardan entre sí o bien, con otras leyes que versen sobre la misma materia.

Couture sostiene que el método lógico es el que procura que la tarea interpretativa no contravenga el cúmulo de preceptos que la lógica ha señalado para el pensamiento humano y agrega que, en cierto modo, está constituido por preceptos de higiene mental que conducen al razonamiento hasta su justo punto de llegada<sup>21</sup>.

En la utilización del método lógico, precisa Luis Díez Picazo, se habla de la existencia de una serie de reglas como: el argumento a maiore ad minus (el que puede lo más puede lo menos); a minore ad maius (quien no puede lo menos tampoco puede lo más); a contrario (la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás); a pari ratióne (la inclusión de un caso supone también la de un caso similar)<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Barría Paredes, Manuel, *El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional*, p. 267, cita a Sánchez Vásquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, México, Porrúa, 1997, p. 385, [www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.8-BARRIA.pdf](http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.8-BARRIA.pdf).

<sup>21</sup> Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, p. 18.

<sup>22</sup> Díez Picazo, Luis - Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. I, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 259.

c) *El método sistemático*. La interpretación sistemática, según Bobbio, es aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte del ordenamiento (como el derecho penal) constituyen una totalidad ordenada y que, por tanto, es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al llamado “espíritu del sistema” yendo aun en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal<sup>23</sup>.

La idea de que en un sistema jurídico no pueden coexistir en su seno normas incompatibles, es decir, no cabe la posibilidad de antinomias es un ideal que resultaría muy conveniente pero que no deja de ser precisamente una situación ideal. La interpretación sistemática intenta comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos que le sirven de base. Se interpreta sistemáticamente en la práctica, cuando no se atiende a una norma aislada, sino al contexto en que está situada.

Las normas no pueden analizarse en forma aislada de los demás preceptos que integran una ley de la que forman parte.

Cada norma es parte integrante de un sistema jurídico, al que pertenece desde el momento de su creación, y entre todas las normas de un sistema se generan acciones y reacciones.

d) *Método histórico*. Estudia los contextos anteriores que pudieran influir en la actualidad en la interpretación de la norma. Se recurre a sus antecedentes, como las ideas de sus autores al redactar los proyectos de ley y los motivos que dieron lugar a la iniciativa y a la aprobación de la ley misma como, informes, debates, etcétera.

El método histórico es congénito a la escuela histórica alemana y tiene como punto de partida el legislador y no la ley, o mejor dicho la voluntad del legislador como representante del *volkgeist* o espíritu del pueblo. El correspondiente argumento del método histórico sirve entonces para justificar

<sup>23</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

la atribución de significado a un enunciado, que sea acorde con la forma que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el enunciado actual regula. Es decir, el argumento histórico se encarga de explicar una determinada institución jurídica por sus orígenes y el modo en que fue desarrollándose a través del tiempo<sup>24</sup>.

Existen dos formas de interpretación histórica: la interpretación estática, usual o tradicional: Ante la duda sobre el significado de un enunciado, el juez justifica su solución argumentando que es la forma en que tradicionalmente se ha entendido la regulación y la interpretación dinámica o evolutiva: Consiste en tomar la historia de las instituciones jurídicas como una tendencia hacia el futuro, con carácter progresista, como un proceso de cambio continuo en evolución, o como un proceso irregular con rupturas y cambios en las circunstancias que impiden entender las reglas actuales con criterios proporcionados por legislaciones ya derogadas.

e) *Método teleológico*. Este método consiste en atribuir significado a una norma o a una cláusula atendiendo a la finalidad del precepto o del pacto (“tele” significa fin).

Mencionan, Molitor y Schlosser<sup>25</sup> que Jhering, en su obra *El fin del derecho* buscó interpretar cada reglamentación jurídica no de una manera aislada sino comprendiendo las motivaciones y la función jugada en el conjunto normativo como medio de realización y satisfacción de intereses. Además que Jhering, merced a esta concepción hasta entonces desconocida, señaló al derecho caminos completamente nuevos, que estaban perdidos para él desde el derecho natural (interpretación teleológica).

Los fines que tiene en vista el creador de la norma, son fines objetivos, determinados, perceptibles, y que se despren-

<sup>24</sup> Anchondo Paredes, Emilio V., *Métodos de interpretación jurídica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, p. 45.

<sup>25</sup> Molitor, Erich - Schlosser, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Barcelona, Bosch, tr. de la 2ª ed. alemana, 1975, p. 99.

dieron de una realidad conocida. No se refieren a fines objetivos o de un grupo determinado, por eso esta característica de generalidad está dada por la racionalidad como característica del orden jurídico prevaleciente.

f) *Método empírico.* Éste es el método atribuido a la escuela de la exégesis en sus inicios, el cual consistía en investigar empíricamente la voluntad del legislador; es decir las palabras de la ley y la intención del legislador como hechos; el recurso a obtener todo lo concerniente a la ley como dato empírico.

El profesor Ariel Álvarez Gardiol precisa al respecto que: “El método empírico postulado por la exégesis es un recomponer los hechos efectivamente pensados por los legisladores, es un ‘repensar’ algo ya pensado, según la fórmula de August Boeckh. Esta reconstrucción del pensamiento del legislador está temporalmente situada, es concreta y finita, a diferencia de la voluntad de la ley, que es por cierto intemporal. Esto último perseguía indudablemente consolidar una absoluta ruptura con el pasado, que permitía llegar en el examen de la ley no más allá de la voluntad psicológica del legislador”<sup>26</sup>.

g) *Método sociológico.* De acuerdo con este método, la interpretación del derecho no debe hacerse a través de las normas legales ni de los principios legales ni de los dogmáticos, sino del conocimiento de la estructura social y económica de sus instituciones, alcanzado por la observación directa de los hechos y las enseñanzas de la sociología jurídica y descriptiva de la realidad, que enseña lo que realmente hacen los hombres en relación con el derecho y lo que no deben hacer.

Entre los máximos exponentes de este método tenemos a Nathan Roscoe Pound quien además, a criterio de Edgar Bodenheimer, está considerado como el representante más destacado de la escuela sociológica del derecho.

Roscoe Pound adhiere a lo denominado como “sociología jurisprudencial” no cree que se puedan formular normas jurídicas ideales, con validez universal, eterna e inmutable, ya

<sup>26</sup> Álvarez Gardiol, *Manual de filosofía del derecho*, p. 100.



que el derecho debe cambiar cuando cambian las situaciones sociales<sup>27</sup>. Por eso, la validez de los ideales jurídicos es relativa a determinados supuestos reales, de hecho, es decir está condicionada históricamente por las situaciones concretas de la sociedad. Es decir que debe interpretarse el derecho en este sentido porque no sólo regula la vida en sociedad sino que además es producto de ésta, vive y se desarrolla con ésta para servir en favor de una mejor convivencia, orden social; de allí que su interpretación no se puede realizar ajeno a la influencia del contexto social en el que será aplicado.

### 3. *Consideraciones sobre la interpretación y la determinación de la norma (Según Werner Goldschmidt)*

a) *Análisis de la interpretación y aplicación de la norma.* Tiene por meta lograr la fidelidad de la norma ya formulada se refiera tanto a la norma formal como a un tratado, la constitución, un decreto, un contrato o una sentencia. De esto se infiere que si el repartidor no ha manifestado formalmente su voluntad no es un problema de interpretación si no de manifestación de voluntad. A veces es difícil entender esta voluntad, sobre todo cuando el repartidor carece de capacidad de obrar (la colectividad) o las descripciones que de esa voluntad hacen grupos interesados (militares, comerciantes, industriales), los jueces o los jurisconsultos son los que en una pequeña medida pueden identificarse con la colectividad. Es por ello que el problema no es sólo descubrir la voluntad del repartidor si no también la voluntad colectiva difícil de reconocer en el derecho espontáneo.

No debe confundirse interpretación con aplicación de la norma, la interpretación consiste en una comparación entre su sentido actual conforme lo aprecia la colectividad y la voluntad de su creador al momento de la creación, con mira a casos imaginarios o reales. La aplicación de la norma se hace

<sup>27</sup> Silveira, Alipio - Preciado Hernández, Rafael, *Roscoe Pound y su influencia sobre la hermenéutica jurídica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, p. 139.

siempre con respecto a un caso dado. Esta división es clara en la norma general pero ambos fenómenos confluyen indistintamente.

La interpretación comprende cuatro etapas diferentes: 1) averiguar el sentido que la colectividad lingüística en la cual se formula la norma le atribuye (interpretación literal); 2) encontrar la auténtica voluntad del autor de la norma (interpretación histórica); 3) comparar el sentido atribuido a la norma por la colectividad lingüística con la auténtica voluntad (comparación entre la interpretación literal e histórica), y 4) adaptar la norma en caso que fuera distinta de la auténtica voluntad, a esta última extendiéndola o restringiéndola<sup>28</sup>.

b) *Determinación de la norma.* ¿Debe interpretarse la norma? y en ese caso ¿se interpretaría o se completará una norma incompleta?

Las normas deben interpretarse cuando no son completas al decir de Goldschmidt “no todas las normas son completas”.

1) Algunas veces las normas requieren una precisión que su autor deliberadamente deja al arbitrio de quien la hará funcionar; en este supuesto la voluntad de reparto del autor de la norma es imprecisa en el particular que aún requiere precisión.

2) En otras hipótesis, las normas a fin de funcionar uniformemente, necesitan una reglamentación que su autor a propósito deja a criterio de otra persona; en este caso el autor tiene una voluntad precisa, pero ella es incompleta.

3) En un tercer grupo de especies, no es posible ni siquiera admitir que estemos en presencia de una norma de reparto, si bien imprecisa o incompleta; nos encontramos con un mero principio de reparto que reclama normas para que pueda empezar a funcionar; correspondientemente el autor no tiene sino una mera voluntad de principio.

<sup>28</sup> Goldschmidt, Werner, W., *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, p. 254 a 256.

4) Por último, puede ocurrir que el repartidor no esta animado de ninguna voluntad, ni de una voluntad de principio, ni de una voluntad incompleta y menos todavía de una voluntad imprecisa: lo único que alberga es una disposición de realizar repartos en su momento en favor de alguien, por ejemplo, en favor del acusado de un delito o en favor del administrado o en favor del obrero o en favor del deudor. En este supuesto no sólo no hay norma de reparto, tampoco existen principios de reparto. Lo único que es posible registrar son meros criterios de reparto.

Ahora bien, de determinación de la norma en sentido estricto podemos hablar tanto en el supuesto de su precisión, como en el de su reglamentación. La hipótesis del desarrollo normativo de un principio de reparto ya no constituye la determinación de una norma en sentido estricto, por la sencilla razón de que lo que se desarrolla no es una norma de reparto, sino sólo un principio de reparto, acudiendo este desarrollo precisamente a normas como su medio.

No obstante, toda vez que la voluntad de principio es una voluntad positiva como la voluntad incompleta y la voluntad imprecisa, si bien sólo contempla su fin y omite constituirse con miras a los medios. Al contrario, la determinación de la norma, incluso en sentido amplio, no comprende la movilización de los criterios basados en meras disposiciones de voluntad. Cualquier concreción de tales disposiciones se instrumentaría a través de la elaboración de una nueva norma. Nos encontraríamos con una hipótesis de elaboración de normas y de integración del ordenamiento normativo; no se trataría, en cambio, de un supuesto de determinación de una norma.

Tal vez parezca la línea divisoria que trazamos entre criterios de reparto (que no se determinan normativamente) y principios de reparto (que se determinan normativamente como las normas incompletas y las normas imprecisas) arbitraria. Pero esta apariencia se disipa si nos damos cuenta de que en todos los supuestos de determinación en sentido estricto y en sentido amplio, el autor de la norma podría haberla redactado de modo completo, mientras que en la hipó-

tesis de los criterios el mismo establecimiento del criterio se debe precisamente a la imposibilidad de prever los problemas que pueden suscitarse<sup>29</sup>.

#### 4. Conclusiones finales

a) Siempre se interpreta al aplicar la norma. Hay autores que limitan la necesidad de interpretar sólo a los casos en que una norma no es lo suficientemente clara, hay un concepto restringido de interpretación y otro amplio (el primero cuando la norma es dudosa o controvertida y el segundo independientemente de estos calificativos); de acuerdo con la mayoría cabría, en todo caso, hablar de mayor o menor grado de dificultad para interpretar una norma jurídica, pero nunca de la posibilidad de prescindir de hacerlo, de tal modo que existirá siempre la ineludible necesidad de la interpretación de la norma jurídica.

b) Se interpreta la norma incompleta o en realidad se crea derecho integrando el sistema jurídico con nuevas normas (creadas al interpretar) para que sea aplicable al caso concreto.

c) La interpretación jurídica es de vital importancia, pues el derecho sólo puede ser aplicado tras ser interpretado. Por tanto, no puede haber derecho sin interpretación. Siempre se interpreta como mecanismo esencial para la aplicación de la norma.

Y tal vez el más representativo y acabado concepto sobre lo que es interpretar lo manifieste el maestro José Puig Brutau quien dice: "Sí generalizar es omitir, y legislar es generalizar, juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido"<sup>30</sup>.

Esto no es otra cosa que interpretar.

<sup>29</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 257 y siguientes.

<sup>30</sup> Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente de derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 179.

## *Bibliografía*

- Álvarez Gardiol, Ariel, *Manual de filosofía del derecho*, Bs. As., Astrea, 1979.
- Anchondo Paredes, Emilio V., *Métodos de interpretación jurídica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).
- Aragoneses, Alfons, *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad, Universidad Carlos III de Madrid.
- Barría Paredes, Manuel, *El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional*, [www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.8-BARRIA.pdf](http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.8-BARRIA.pdf).
- Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1975.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 23ª ed., Bs. As., Heliasta, 1994.
- Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.
- Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1979.
- Cueto Rúa, Julio, *Carlos Cossio: el derecho como experiencia*, "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", vol. 7.
- Dabove, María I., *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho*, "Díkaion", vol. 24, n° 1, 2015, p. 36 a 65.
- De Villamor Morgan-Evans, Elisenda, *La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: La teoría de François Gèny*, Universidad de Extremadura.
- Díez Picazo, Luis - Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. I, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 1997.
- Enneccerus, Ludwig, *Tratado de derecho civil*, t. I, Barcelona, Bosch, tr. de la 39ª ed. alemana, 1953.
- Franco de la Cuba, Carlos M., *La interpretación de la norma jurídica*, monografía, [https://docs.google.com/document/d/1GJx55AEDdsaGjCuP2AxtG1Mob7\\_YwTcifxtGEBQvZBs/edit?hl=en\\_US&pref=2&pli=1](https://docs.google.com/document/d/1GJx55AEDdsaGjCuP2AxtG1Mob7_YwTcifxtGEBQvZBs/edit?hl=en_US&pref=2&pli=1).
- Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 8ª ed., Bs. As., Depalma, 1999.
- *Introducción al derecho. Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1967.

- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Bs. As., Eudeba, 2009.
- Molitor, Erich - Schlosser, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Barcelona, Bosch, tr. de la 2ª ed. alemana, 1975.
- Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2015.
- Pisi de Catalini, Marta, *La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale*, [http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/4185/catalinicuyo89.pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4185/catalinicuyo89.pdf).
- Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Bosch, 1951.
- Silveira, Alipio - Preciado Hernández, Rafael, *Roscoe Pound y su influencia sobre la hermenéutica jurídica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).
- Vernengo, Roberto J., *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977.

**LA CORTE DE LA HAYA SE DECLARA  
COMPETENTE FRENTE AL RECLAMO  
DE BOLIVIA CONTRA CHILE  
¿NO SERÍA MOMENTO DE REPENSAR  
LOS HIELOS CONTINENTALES,  
LA POLIGONAL  
Y LOS FIORDOS CHILENOS?**

DANIELA COLLDEFORNIS

*“Cuando muera que me entierren en el Nahuel Huapi  
para que mis huesos sigan defendiendo la soberanía del país”*  
(Perito Moreno)

*“Nosotros estamos frente al Pacífico que es nuestro,  
en nuestras espaldas está el Atlántico, no vamos a bajar los brazos  
ni a descansar hasta no estar en poder de dos o más océanos”*  
(Pinochet)

**RESUMEN**

La decisión de la Corte de la Haya sentará precedente de nuevos reclamos de situaciones limítrofes debido al planteo de nuevos paradigmas que hacen que breves y sentenciosos dichos queden obsoletos. Luego de tergiversaciones de acuerdo pre existentes se firman nuevos protocolos adicionales. Entre agosto de 1991 y agosto de 1993 se llevó adelante un proceso de negociación entre el gobierno argentino y el chileno que tuvo como resultado la solución al conflicto limítrofe por los Hielos Continentales, conocida como “la poligonal”. Tal proceso es analizado descriptivamente a lo largo del artículo. El conflicto de los Hielos Continentales, constituye una de las reservas más grandes a nivel mundial de agua dulce, por lo cual, su relevancia será crucial en el desarro-

llo de Chile y Argentina. De haberse firmado el Tratado Argentino Chileno conocido como la Poligonal, Argentina le hubiera cedido su soberanía de manera legal e inmediata. Este es un conflicto en donde para Chile pareciera haber sido eje de la disputa el territorio mientras para Argentina pudo haber sido más sobre el control del recurso (agua dulce). En la historia Argentina existieron acuerdos a perpetuidad, en que se fortalecían las políticas de expansión de Chile donde deberían de hallar soluciones de manera pacífica y amigable, sin violencia y con opción de arbitraje internacional. Debemos discutir el alcance a “perpetuidad” de estos tratados limítrofes debido al nacimiento de una nueva geografía y definir si los fiordos de la zona de los lagos pertenecen a Argentina o a Chile. Necesitamos un cambio de visión de política de estado que revalorice nuestro territorio o continuaremos cediendo el mismo. El desafío será integrar necesidades no solo declarar intenciones por lo cual el fallo de la Haya a favor de Bolivia mostrara un nuevo replanteo de los alcances del Mercosur con una nueva realidad técnico jurídico político.

Palabras clave: Argentina – Chile – conflictos limítrofes – negociación – Hielos continentales.

## 1. *Introducción*

La decisión de la Corte de La Haya abre un camino de incertidumbre en relación al país trasandino, ya que la delimitación que se aplique significará, de cierto modo, una justificación a los nuevos reclamos que nuestro país debe comenzar a establecer respecto a la situación limítrofe. De la idea natural de la integridad territorial es necesario el replanteo de los presupuestos establecidos en función de nuevos paradigmas, lo tornan una contingencia mucho más urgente de lo conveniente. El falso apotegma “Chile en el Pacífico, Argentina en el Atlántico” ya esta perimido.

“Hielos continentales” es una de las mayores reservas de agua dulce del Planeta. Los hielos en cuestión y su demarcación tienen consecuencias en el campo hídrico, energético, territorial, económico y de soberanía en la Patagonia. Chile penetraría en territorio nacional por medio de la poligonal, adquiriendo inmediata y legalmente soberanía sobre los 1057 km<sup>2</sup> de hielos patagónicos argentinos. Dejaríamos de ejercer



soberanía sobre la cuenca hidrológica del río Santa Cruz. De aquí a treinta o cuarenta años van haber enfrentamientos ya no por petróleo ni por tierras sino por agua potable por que el Planeta se va secando día a día. Van a tener problemas Estados Unidos de América con México por el río Grande; Siria, Turquía e Irak por el río Eufrates y el Tigris; Egipto con Etiopía por el río Nilo y Jordania, entre otros.

La frontera seguirá siendo cuestionada y con ella todos los protocolos, acuerdos y convenios, de acuerdo al concepto de *política de expansión* del país trasandino. El siglo pasado fue pródigo en avances de Chile sobre los espacios terrestres y marítimos de sus vecinos. Llegado el año 1881 el gobierno argentino, presidido por el general Julio Roca, decide acordar con Chile un límite definitivo a lo largo de la Cordillera de los Andes (el Tratado de Límites de 1881). Los tratados de límites, por su intangibilidad, garantizan las buenas relaciones entre países vecinos (art. 26, Convención de Viena de 1969). Por eso, los acuerdos sobre límites tienen ese sentido de “a perpetuidad” (art. 2, inc. 4, Carta de la ONU).

## 2. *Antecedentes*

En 1680 durante el reinado de Carlos II de España se crea la Capitanía General de Chile entre los paralelos 27° sur y 14° sur, siendo la Cordillera de los Andes el límite este. Por Real Cédula de Carlos III se crea el Virreinato del Río de la Plata, quedando la Capitanía General de Chile en los límites de 1680 y dependiendo del Virreinato del Perú. La delimitación anterior es la vigente al producirse la emancipación de las Provincias Unidas del Río de la Plata, por lo que resulta aplicable el principio de *uti possidetis juris* del derecho hispano americano, según el cual las colonias independizadas tenían soberanía sobre la jurisdicción vigente al momento de su emancipación.

En 1826 Chile y Argentina firman su primer Tratado de Amistad en el que reconocen la aplicación del principio de *utis possidetis juris* para delimitar ambos territorios. Justo

José de Urquiza firma el segundo Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Chile, 1855, reiterando el mismo principio, y se introduce por primera vez la figura del arbitraje como modo de dirimir diferencias pacíficamente.

El Tratado establecía:

Art. 1°. “Habrà paz inalterable y amistad perpetua entre los gobiernos de la República de Chile y la Confederación Argentina, y entre ciudadanos de ambas repùblicas, sin excepción de personas y lugares, por la identidad de sus principios y comunidad de intereses”.

Art. 39. “Ambas partes contratantes reconocen como límites de sus respectivos territorios los que poseían como tales al tiempo de separarse de la dominación española en el año 1810 y convienen en aplazar las cuestiones que han podido o que puedan suscitarse sobre esta materia para discutirla después pacífica y amigablemente, sin recurrir jamás a medidas violentas, y en caso de no arribar a un acuerdo, someter la decisión al arbitraje de una nación amiga”.

El Tratado de Límites de 1881 establecía en sus principales artículos:

Art. 1°. “El límite entre la República Argentina y Chile es de norte a sud hasta el paralelo 52 grados de latitud, la Cordillera de los Andes. La línea fronteriza correrá en esa extensión por las cumbres más elevadas de dichas cordilleras que dividan las aguas y pasará por entre las vertientes que se desprenden a un lado y a otro. Las dificultades que pudieren suscitarse por la existencia de ciertos valles formados por la bifurcación de la cordillera y en que no sea clara la línea divisoria de las aguas serán resueltas amistosamente por dos peritos nombrados uno de cada parte. En caso de no arribar éstos a un acuerdo, será llamado a decidir las un tercer perito designado por ambos gobiernos. De las operaciones que practiquen, se levantará un acta en doble ejemplar, firmados por los dos peritos, en los puntos en que hubieren estado de acuerdo y además, por el tercer perito los puntos resueltos por éste. Esta acta producirá pleno efecto desde que estuviere

suscripta por ellos y se considerará firme y valedera sin necesidad de otras formalidades o trámites. Un ejemplar del acta será elevado a cada uno de los gobiernos”.

Art. 2°. “En la parte austral del continente y al norte del Estrecho de Magallanes el límite entre los dos países será una línea... los territorios que quedan al norte de dicha línea pertenecerán a la República Argentina; y a Chile los que se extiendan al sur, sin perjuicio de lo que se dispone respecto de Tierra del Fuego e islas adyacentes (art. 3)”.

Art. 3°. “En Tierra del Fuego se trazará una línea que parte del punto denominado Cabo del Espíritu Santo... Tierra del Fuego, queda dividida de esta manera: será chilena en la parte occidental y argentina en la parte oriental”.

Art. 5°. “El Estrecho de Magallanes queda neutralizado a perpetuidad y asegurada su libre navegación para las banderas de todas las naciones”.

Chile, a partir de 1881, se dedicó a la tergiversación del Tratado, más la posición de Bernardo de Irigoyen, el perito Moreno, y otros que las islas Picton y Nueva eran chilenas, motivó la suscripción del Protocolo Adicional de 1893.

En 1893 Chile promueve el Protocolo Adicional y Aclaratorio del Tratado de Límites de 1881, se firma el Protocolo Adicional que fija el principio de exclusión bioceánica, resumido en la expresión “*Chile no puede pretender punto alguno hacia el Atlántico como la República Argentina no puede pretenderlo hacia el Pacífico*”.

Se constituye así la primera excepción al Tratado de 1881. Su art. 1° transcribe la parte inicial del art. 1° del Tratado de 1881 y luego agrega: “Se tendrá, en consecuencia, a perpetuidad como propiedad y dominio absoluto de la República Argentina, todas las tierras y todas las aguas... que se hallen al oriente de la línea de las más elevadas cumbres de la Cordillera de los Andes que dividan las aguas”.

En 1941 se firma el Protocolo relativo a la reposición de hitos en la frontera argentino-chilena. Este acuerdo es de vital importancia para la relación bilateral ya que crea la Co-

misión Mixta de Límites (COMIX), formada por técnicos de ambos países, quienes tendrán a su cargo la demarcación de la frontera en base a los criterios de delimitación establecidos en 1881 y en 1893.

El reglamento de la COMIX establece:

Art. 6°. “Y a perpetuidad sobre los territorios que respectivamente le corresponden sin necesidad de otros trámites... Se entiende que se hará en bases a las altas cumbres divisorias de aguas”.

Art. 9°. “En caso de disidencia los gobiernos la someterán a un perito de un tercer Estado”.

El 29 de agosto de 1990, Menem y Aylwin dan instrucciones a la Comisión Mixta argentino-chilena para la demarcación, es decir colocar los hitos sobre lo establecido en acuerdos y protocolos que son leyes en ambas naciones: *altas cumbre divisorias de aguas a perpetuidad*. Miró (Argentina) e Illanes (Chile) hicieron el borrador de 24 puntos a demarcar. Ambos informan a las respectivas cancillerías el acuerdo para demarcar. En febrero de 1991, Miró informa a Guido Di Tella y a Olima el acuerdo sobre demarcación.

El 2 de agosto los presidentes Menem y Aylwin firman el Acuerdo por el cual se traza una línea poligonal sobre territorio Argentino por lo que se cede a Chile, 1057 kilómetros cuadrados del Parque Nacional Los Glaciares.

### 3. *Línea poligonal 1991*

Diremos que la poligonal es una línea quebrada que hace vértice en algunos cerros de baja altura y ésta parte las laderas de otros. Esta línea nace en la cima del monte Fitz Roy, en línea recta hasta un punto innominado (2584 mts. de altura), desde aquí hasta en cerro Puntudo, pasando por los cerros Torino, El Roma, el cerro Inmaculado, el cerro Dos Picos, el cerro Teniente Feilberg, el cerro Gemelo, un punto innominado más al sur, el monte Stokes, y llegando por último al cerro Daudet.

La línea que une estos cerros y puntos establecidos es siempre recta, lo que no respeta las vertientes de aguas (divisorias de aguas). Además esta división se realiza sobre cerros y puntos que se hallan muy al este del límite que se encuentra asentado y establecido por la República Argentina cediendo 1057 km<sup>2</sup> y muchos de los recursos patagónicos. Por el contrario para Chile, esta línea poligonal se encuentra, paradójicamente, muy al oeste de su límite pretendido, para ellos también es una entrega territorial de 1238 km<sup>2</sup>.

Entre 1992 y 1996 ambos poderes Ejecutivos presentan el Proyecto de Aprobación del Acuerdo y su Protocolo Adicional a los respectivos Parlamentos sin conseguir su aprobación.

Chile siempre ha buscado a lo largo de su pasado y aún ahora en el presente tergiversar y buscar excusas para aplicar su política expansiva, interpretando siempre a su gusto los múltiples acuerdos, protocolos y pactos. Pactos que se comprometieron a cumplir y que, sin embargo, siempre faltaron a ellos. Qué seguridad nos queda ahora, que en el futuro los chilenos no utilizarán las mismas excusas que a través del tiempo han invocado para seguir pretendiendo territorios en nuestra Patria.

De seguirse esta política nos llevaría a reafirmar el lema de Chile “por la razón o por la fuerza”, en permanente detrimento de nuestro país, ya que perderíamos una vez más territorios que legal e históricamente nos corresponde, en pos de una integración con un país que no reconoce ni reconocerá límite alguno que no le convenga.

“Normalmente las altas cumbres son divisorias de aguas. Por esa razón, cuando se descubrió en la Patagonia que había zonas donde aquéllas no coincidían, se produjo una conmoción en el ámbito científico y varios expertos europeos se ocuparon de estudiar esa anomalía”, explica Rey Balmaceda. Los expertos han demostrado que siempre es conveniente tomar como apoyo del límite la montaña y no la divisoria de aguas. Rey Balmaceda relata una anécdota del Perito Moreno, quien desvió el curso del río Fénix, con la ayuda de una cuadrilla de peones, para que éste dejara de dirigirse al Pací-

fico y pasara a engrosar las aguas del río Deseado. Con esto Moreno quería demostrar que la verdadera base para trazar una línea sólida y eficiente son las montañas y no el curso de las aguas. La “captura del río Fénix”, que Moreno efectuó con ayuda de una pala, es algo que puede hacer la naturaleza. Cuando un río tiene más caudal y más fuerza que otro, captura su nacimiento y todas las aguas de este último van a engrosar el caudal del primero. Además, según el experto, los únicos apoyos válidos para los hitos son las montañas porque, desde el punto de vista histórico, son inamovibles. “Apoyar un hito en el hielo es muy peligroso –subraya– pues el hielo se mueve”.

Para Carlos Escudé, doctor en ciencias políticas por la Universidad de Yale y experto en relaciones internacionales, “en los hielos continentales, región cubierta por hielo donde las aguas no corren, no fluyen, la aplicabilidad del principio de divisoria de aguas es un poco cuestionable”.

De aquí partimos hacia la afirmación de la necesidad de prepararnos para discutir el alcance de la “perpetuidad” ya que los cambios que se operan en la atmósfera están repercutiendo en algunos sectores del Continente, sumado a la constante actividad de la placa tectónica de Nazca y Sudamericana que motivó el terremoto del 27 de febrero de 2010 que desplazó 3,06 metros la ubicación de Chile y según los estudios sismográficos afirman que es probable el surgimiento de una nueva geografía para cuando las placas tectónicas terminen su acomodamiento.

#### 4. *Conclusión*

Este escenario hace necesario rediscutir, en términos pacíficos, el criterio de los dos océanos, ya que la “zona de los lagos” (así llamado por los chilenos) donde se ubican los fiordos, entre los pasos fronterizos de Río Puelo y Futaleufu, siguiendo el criterio de 1881 de “altas cumbres” correspondería que nuestro país pueda reclamar soberanía sobre las márgenes del Océano Pacífico.

Entonces la perpetuidad de los acuerdos limítrofes cuestionada sistemáticamente por Chile hace necesario que nuestro país cambie su visión y pase de una actitud meramente defensiva a una posición que permita observar y hacer observar las nuevas necesidades que se planteen en función de un cambio atmosférico y geográfico no impulsado por nuestro país sino como consecuencia de lo ya descripto.

O esperaremos a que el recalentamiento global y su consecuente suba de nivel de los océanos acabe determinando que la geografía de Chile se retraiga y ello conlleve al reclamo de la existencia de pactos preexistentes que nos obliguen a ceder más territorio.

En 1984, aprovechando una democracia joven y aun sin el bagaje político que necesitaba, usufructuaron todos los medios posibles lograron adueñarse de las islas Picton, Nueva y Lennox. Nos parece oportuno que nuestra clase política tome nota que existen problemas, que sería conveniente atenderlos y ocuparse para que producido los cambios enunciados nos encuentre con el desarrollo de una política de Estado tendiente a revalorizar nuestro territorio.

El desafío de la paz de los próximos años pasará por una integración en las necesidades y no en una mera declaración de intenciones.

Entendiendo que los nuevos paradigmas producto de la intervención de La Haya puede llevar a un nuevo replanteo de los alcances del Mercosur, ya que un posible fallo en favor de Bolivia, cualquiera fuera su dimensión, nos dejaría en inmejorables condiciones para el comercio sur - sur y podría llevar a la exploración de nuevos corredores productivos y la imperiosa necesidad de crear un plexo normativo que contenga las nuevas contingencias.

Si existió Yacuiba en nuestra historia, porque no repensamos esas hipótesis y nos aventuramos en nuevos desafíos técnicos jurídicos y políticos.





# NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRIGENTES DE ASOCIACIONES CIVILES

JAIME MARIANO PUJOL\*

## *RESUMEN*

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha realizado un cambio de paradigma en el campo de las personas jurídicas privadas, más específicamente con las asociaciones civiles.

En la nueva normativa la autonomía de la voluntad alcanza vital importancia dentro de las personas jurídicas privadas, estableciendo pautas mínimas y dejando en claro que el estatuto debe contener todas las reglas concernientes a la vida institucional interna de la asociación.

También a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se establece subsidiariedad de la ley 19.550 para todo aquello que resulte pertinente en las asociaciones civiles, debiendo ser aplicado especialmente al régimen de representación y responsabilidad de sus directivos.

En consonancia con ello, el régimen jurídico de los administradores de las asociaciones civiles ha mutado de la teoría del mandato a la teoría del órgano, adoptando por lo tanto las asociaciones civiles un sistema de responsabilidad societario. Siendo la

\* Abogado, profesor asistente de Derecho Procesal Civil y Derecho Deportivo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina; secretario académico de la Diplomatura en Gestión de Entidades Deportivas organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (UCA) y la Fundación Leo Messi; maestrando del Master en Derecho Empresario de la Universidad Austral; autor de diversas publicaciones.

estructura de las sociedades anónimas aquella que se asemeja más a la de las asociaciones civiles, corresponderá que se aplique subsidiariamente su regulación para el buen estudio del sistema de responsabilidad de los dirigentes de estas últimas.

Palabras clave: Asociación civil, club, órgano, representante, persona jurídica, comisión directiva, dirigente, administrador, responsabilidad, acción social de responsabilidad, ley sociedades comerciales, sociedades anónimas.

## 1. *Introducción*

Con la sanción de la ley 26.994 a partir del 1° de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, realizando importantes modificaciones en algunos campos sustantivos del derecho, tal como ocurrió con las asociaciones civiles. Dentro de la regulación a esta figura del derecho privado, se resalta el régimen de responsabilidad de sus representantes, el cual conlleva un profundo cambio del paradigma jurídico que seguramente tendrá sus repercusiones a futuro inmediato tanto en la gestión dirigen- cial, como así también en los estrados judiciales.

En efecto, con el nuevo Código Civil y Comercial el régi- men jurídico de los administradores de las asociaciones civi- les ha mutado de la teoría del mandato a la teoría del órga- no, adoptando por lo tanto las asociaciones civiles un sistema de responsabilidad societario.

Lo que a primeras luces aparece como una novedosa y bien- venida reforma de la legislación en materia asociativa no deja de tener sus matices que alzarán voces a favor y en contra.

## 2. *El régimen de representación de las personas jurídicas en el Código Civil de Vélez Sársfield*

Si bien el Código Civil ya derogado fue objeto de múlti- ples reformas, lo cierto es que en ninguna de ellas el legisla- dor focalizó su mirada sobre las asociaciones civiles.

“La práctica asociacionista no fue un fenómeno exclusivo del ambiente deportista. Desde los más diversos sectores se

recurrió a la figura de la asociación civil para realizar aquellas actividades que el Estado liberal desentendía”<sup>1</sup>. Esto dio nacimiento a los clubes, como también a la más variada gama de instituciones privadas tales como sindicatos, agrupaciones empresariales y bibliotecas populares.

En este sentido, hay quienes sostienen que los clubes nacieron como sociedades vecinales que posteriormente por una especialización en el deporte llegaron a adquirir dicho carácter<sup>2</sup>. En este sentido, debe tenerse en cuenta que a la fecha de la sanción del antiguo Código los clubes comenzaban a emerger como instituciones sociales y posteriormente deportivas en Argentina, motivo por el cual no tenían la relevancia que tienen actualmente. Lo cierto es que el crecimiento exponencial del número de clubes y sus estructuras, por citar un ejemplo, ha cobrado relevancia en los últimos veinte o treinta años. Este crecimiento, desde luego, no estuvo contemplado por el legislador originario y tampoco fue acompañado posteriormente, debiendo en muchas ocasiones ser la autoridad de contralor competente en cada jurisdicción quien cubrió las lagunas y vacíos que se producían con las nuevas prácticas y formas. De allí que es de esperar que el sistema de responsabilidad de los dirigentes de las asociaciones civiles sea el fiel reflejo de la postergación legislativa a la que fueron sometidas.

Previo a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial el régimen de responsabilidad de los dirigentes de las asociaciones civiles se encontraba regulado solamente por los arts. 35, 37 y 43 del antiguo Código Civil, habiendo el legislador adoptado en aquel entonces la teoría de la representación<sup>3</sup>. En este sentido, el art. 35 rezaba que las personas jurídicas pueden adquirir los derechos que dicho Código establecía, y ejercer

<sup>1</sup> Villarnovo, Martín, *Tratado de derecho deportivo*, t. I, p. 178.

<sup>2</sup> Frydenberg, Julio D., *La crisis de la tradición y el modelo asociacionista en los clubes de fútbol argentino. Algunas reflexiones*, [www.efdeportes.com/efd29/asoc.htm](http://www.efdeportes.com/efd29/asoc.htm).

<sup>3</sup> Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 630.

los actos que no sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubieren constituido. En contraposición a este posicionamiento, la ley 19.550 de sociedades comerciales (en adelante LSC) adoptó la teoría del órgano, criterio más adecuado para fundamentar el vínculo existente entre las personas jurídicas y sus administradores<sup>4</sup>.

En cuanto a los administradores de las asociaciones civiles, el art. 36 del Cód. Civil establecía que las personas jurídicas son responsables solamente de aquellos actos de sus administradores dentro de los límites de su mandato. En este caso, la representación de los dirigentes está delimitada por el estatuto del club, pudiendo adicionarse a eso las decisiones tomadas en asambleas o en comisión directiva. La norma en análisis deja al descubierto que cualquier acto que exceda a la representación conferida no será imputable a la asociación civil, sino personalmente a su representante. Este principio general tiene un límite: el enriquecimiento sin causa. En efecto, la teoría del enriquecimiento sin causa genera un importante límite a estas situaciones, dado que si la asociación civil se ha enriquecido por el accionar de su representante sin poder suficiente, está obligada a responder por el acto hasta el límite de su enriquecimiento.

Como ya se dijo con anterioridad, el administrador de las asociaciones civiles responde personalmente por todas aquellas acciones que excedan sus facultades y poderes. A ello debe adicionarse que el art. 37 del Cód. Civil establecía que para los supuestos en que los poderes del administrador no se encuentren expresamente determinados en el estatuto u otro instrumento que lo autorice, su accionar se registrará por las reglas del mandato. De allí que el administrador que ha

<sup>4</sup> Art. 58, LSC. “El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural”.

actuado fuera de sus límites no será responsable si el tercero con quien contrató tenía conocimiento que no contaba con facultades suficientes para la realización de dicho acto, salvo que se haya comprometido a obtener la ratificación por parte de la persona jurídica y luego no lo logre. Su responsabilidad cesaba si la persona jurídica ratifica su accionar.

Por su parte, el art. 43 es la otra cara de la moneda del ya analizado art. 37 en cuanto disponía que la persona jurídica respondía por todos los daños que causen quienes la dirijan o administren, en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

### 3. *El régimen jurídico del administrador de asociaciones civiles en el nuevo Código Civil y Comercial*

La reforma ha traído nuevos aires a la realidad asociacionista, pero ello no implica que la actual y novel normativa vaya a resolver todos los males que existían bajo el régimen jurídico anterior. Si bien es cierto que el nuevo Código regula minuciosamente algunos aspectos de las asociaciones civiles, no se puede dejar de resaltar que el legislador ha observado la realidad bajo el mismo tamiz, sin percatarse que existen de las más diversas y variadas realidades dentro de las asociaciones civiles y que el traje diseñado por la actual legislación difícilmente le quepa a todas las instituciones privadas que revistan este ropaje jurídico. En efecto, la legislación actual ha regulado las asociaciones civiles como una estructura jurídica para grandes instituciones, como lo pueden ser aquellos clubes que practiquen deportes profesionales. Pero el actual Código también abarca a los clubes de barrio, bibliotecas populares, asociaciones vecinales, etc. lo cual implica la imposición de formalidades, deberes y obligaciones que van más allá de la propia institución. Si bien el objetivo de este trabajo no es el análisis in totum del nuevo régimen de asociaciones civiles, es importante tener en cuenta que en muchas ocasiones el traje le quedará grande a una gran cantidad de instituciones.

a) *Aplicación subsidiaria del ordenamiento societario.* Mucho se ha discutido respecto a la aplicación subsidiaria de

la ley de sociedades comerciales a las asociaciones civiles, sobre todo en temas relacionados a su representación. Sin embargo esta cuestión ha sido zanjada por la jurisprudencia que ha rechazado la aplicación subsidiaria de los institutos de la ley 19.550 a las asociaciones civiles<sup>5</sup>.

A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial el art. 186 da claridad al asunto y establece la subsidiariedad de la ley 19.550 para todo aquello que resulte pertinente en las asociaciones civiles. Desde ya que se trata de una norma polémica, en tanto dispone la aplicación subsidiaria de un sistema pensado para personas jurídicas de naturaleza mercantil a instituciones que no poseen fines de lucro para sus integrantes. Tal vez hubiera sido más apropiado establecer la subsidiariedad de la ley 20.321 de asociaciones mutuales cuyo espíritu se asemeja más al de las asociaciones civiles. La sola lectura del art. 2º de la referida ley, deja entrever que la inexistencia de finalidad de lucro inspirada en la solidaridad y reciprocidad de los integrantes de las asociaciones mutuales, hubiera sido más asimilable a las asociaciones civiles que la aplicación organizada de aportes para la producción o intercambio de bienes y servicios, para participar luego de los beneficios o soportar las pérdidas, tal como prevé el art. 1º de la ley 19.550.

<sup>5</sup> “Distinto resulta ser el sistema previsto en la ley 19.550 para las sociedades comerciales y para las asociaciones que adopten algunos de los tipos previstos en esa ley, pues se determina que quedan obligadas esas entidades por obligaciones asumidas mediante títulos valores contraídos aun en infracción al régimen de representación plural” (CNCom, Sala D, 27/10/89, “Rodríguez, Carlos M. c/Club Atlético Racing de Córdoba s/ejecutivo”). “El sistema previsto por el art. 58 LS sólo resulta aplicable a las sociedades comerciales y a las asociaciones civiles que adopten alguno de los tipos previstos por esa ley. Las asociaciones civiles están sujetas –sobre el particular– a lo normado por los arts. 36 y 37 del Cód. Civil” (CNCom, Sala D, 27/10/89, *RDCO*, 1990-A-341). “El carácter civil de la libradora –asociación civil– obsta a la aplicación extensiva de un régimen excepcional de imputación al ente de los actos de sus representantes, régimen que debe entenderse de interpretación restrictiva y que sólo se justifica en función de la necesidad de preservar la celeridad en el tráfico mercantil, al permitir prescindir a los terceros del estudio de los contratos constitutivos de las corporaciones libradoras en su actuación” (CACC San Francisco, *LLCórdoba*, 1994-565).

Más allá de las críticas que se le puedan realizar al art. 186, lo cierto es que ahora existe un régimen de subsidiariedad que debe ser aplicado a las asociaciones civiles y en especial al régimen de representación y responsabilidad de sus directivos.

En primer lugar, más allá de aquellas cuestiones que hacen a las disposiciones generales de la ley de sociedades, corresponde aplicar subsidiariamente a las asociaciones civiles la regulación de las sociedades anónimas por tratarse de aquellas que poseen la estructura más parecida a la de una asociación civil. Obsérvese que ambas personas jurídicas poseen una asamblea como órgano de gobierno, un órgano de administración como lo son el directorio y la comisión directiva y un tercer órgano de fiscalización o sindicatura. Así, debe aplicarse subsidiariamente a las normas estatutarias y al Código Civil y Comercial, la ley societaria, en especial con relación a la reglamentación societaria relativa a asambleas, como así también lo atinente a representación y fiscalización.

b) *Régimen de representación.* El art. 158 del Cód. Civil y Comercial expresa que cada estatuto social debe contener sus propias normas de gobierno, administración y representación. La norma establece pautas mínimas y deja en claro que el estatuto debe contener todas las reglas concernientes a la vida institucional interna de la asociación, como así también respecto a su representación frente a terceros. La autonomía de la voluntad adquiere particular significado dentro de las personas jurídicas privadas, sobre todo al momento de la configuración de sus propios estatutos sociales que, a manera de norma constitucional de la sociedad, han de ser elaborados por sus fundadores en el marco que establece el derecho positivo para regir la actividad y el funcionamiento de la persona jurídica que se acabó de constituir<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 617, in ref. Embid Irujo, José M., *Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital*, RDCO, 1999-205.

Como corolario de lo establecido en el art. 186 y la aplicación subsidiaria de la ley societaria, no se puede obviar las pautas de representación que se encuentran enmarcadas en el art. 58 de la LSC. Esto trae como novedad que en las asociaciones civiles resulte aplicable la teoría de la apariencia para el régimen de representación de las asociaciones civiles.

c. Administración. Deber de lealtad y diligencia

Con la sanción y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la estructura normativa de las asociaciones civiles ha cambiado radicalmente, contando con un amplio plexo normativo específico y propio de la materia (art. 151 y ss.) más la normativa societaria como régimen jurídico supletorio (art. 186).

En primer lugar, la Sección Tercera del Libro Primero en el art. 159 establece para los administradores de personas jurídicas privadas el deber de lealtad y diligencia. Tal referencia a un estándar jurídico importa reconocer un margen de discrecionalidad o espacio autónomo de decisión que permite a los miembros del órgano elegir cualquiera de las opciones razonables que se les presenten dadas las circunstancias del caso en particular<sup>7</sup>. Se trata de un estándar de comportamiento que deben tener los administradores en cuanto a los bienes de la persona jurídica privada, siendo el mismo más genérico que el que se establece en el art. 59 de la LSC, donde se hace referencia al buen hombre de negocios. En efecto, aquí se puede observar un sistema de diligencia más laxo para los administradores de las asociaciones civiles con relación al impuesto a las sociedades comerciales, donde no basta la simple lealtad y diligencia, sino que ésta debe ser la de un buen hombre de negocios.

El deber de diligencia es colectivo en tanto alude a los deberes que los administradores están obligados a satisfacer frente al grupo de socios instrumentalmente unificado. “No exige una conducta específica sino una sujeción a un estándar legal justificado en la propia y etérea naturaleza de las

<sup>7</sup> Exposición de Motivos ley 19.550, Capítulo I, Sección VIII.



conductas que, en punto a su responsabilidad, los administradores deben satisfacer. En este sentido la diligencia puede ser descripta como aquellas pautas orientadoras para integrar su contenido”<sup>8</sup>.

Por su parte, el deber de lealtad tiene sus raíces en el deber de fidelidad del mandatario y pretéritamente en el deber de la buena fe contractual<sup>9</sup>. De allí que el deber de lealtad y diligencia implica ser un fiel representante de la persona jurídica, obrando de buena fe y en el mejor interés. En palabras de Farina, “la lealtad significa actuar con honradez y sinceridad, defendiendo los intereses jurídicos de la persona jurídica en el cumplimiento de su objeto”<sup>10</sup>. A contrario de lo que ocurre con la diligencia, el deber lealtad es un presupuesto de conducta que se le impone individualmente a cada administrador, en miras a que desempeñe su función de la persona jurídica administrada y no en pos de su beneficio personal.

Por medio del deber de lealtad y diligencia se ha impuesto a los administradores de las personas jurídicas privadas una pauta de conducta derivada del principio de buena fe. Esta pauta tiene derivación directa en la prohibición que tienen los administradores de perseguir o favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica administrada (art. 159, Cód. Civil y Comercial). La norma desarrollada en el segundo párrafo del art. 159 es la fiel copia de lo receptado por los arts. 271 y 272 de la LSC en donde se regula tanto la modalidad de contratación con la sociedad, como así también incompatibilidad del director para intervenir en cuestiones donde existan conflictos de interés y se pueda afectar el “interés social”. En materia de asociaciones civiles, el interés social es el interés destinado a beneficiar a todos los asociados indistintamente, o en interés de todos los asociados, sin excep-

<sup>8</sup> Balbín, Sebastián, *Acción social de responsabilidad contra el directorio*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006, p. 24.

<sup>9</sup> Otaegui, Julio C., *Administración societaria*, Bs. As., Ábaco, 1979, p. 134.

<sup>10</sup> Farina, Juan M., *Compendio de sociedades comerciales*, Rosario, Zeus, 1983, p. 107.

ción<sup>11</sup>. Según estos lineamientos, se les exige a los administradores de las personas jurídicas un accionar objetivo y en pro de los intereses de la referida institución, debiendo abstenerse de perseguir o favorecer intereses contrarios a los de las personas jurídicas. De allí que los administradores tienen el deber de alinearse al interés que guía a la institución administrada y que a su vez sirve como límite sobre el cual no se debe avanzar.

El art. 159 prohíbe a los administradores perseguir o favorecer intereses contrarios a los de la asociación civil. Al igual que el art. 273 de la LSC, se impone al administrador que pudiera tener un interés contrario al del ente hacerlo saber a la comisión directiva, y al órgano fiscalizador, debiendo abstenerse de intervenir en las deliberaciones relacionadas con el tema. La norma de alto contenido moral pretende evitar que el administrador afectado influya en los demás integrantes del órgano que compone, induciéndolos a tomar una decisión que beneficie su interés personal por encima del de la asociación civil<sup>12</sup>.

Distinto es el caso del administrador que contrate por sí o por interpósita persona con la entidad administrada. Aquí se le impone la obligación de informar dicha operación al resto de los miembros del órgano de administración o al órgano de gobierno quien deberá autorizar expresamente dicha contratación. El régimen de incompatibilidad entre administradores y la persona jurídica administrada rige para todos aquellos casos en los cuales el administrador pueda obtener una ventaja directa o indirectamente de una operación con la persona jurídica administrada, generándose un estado de incompatibilidad entre el interés social y el interés personal del administrador. Al respecto, es necesario aclarar que el interés personal que se genera con la realización del negocio jurídico debe ser concreto y subsistir al momento de su apro-

<sup>11</sup> Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I, p. 622, in ref. Páez, Juan, *El derecho de las asociaciones*, p. 193.

<sup>12</sup> Nissen, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales. Comentada, anotada y concordada*, t. 4, Bs. As., Ábaco, 1995, p. 363.

bación por el órgano de administración y gobierno de la persona jurídica. La norma es poco clara respecto del mecanismo a seguir para lograr la aprobación de dicha operación. En este caso, lo mejor sería seguir el camino que indica el art. 272 de la LSC, es decir que primero se debe dar cuenta de la operación al órgano administrador quien debe aprobar la operación sin que el administrador interesado intervenga en la decisión, para luego dar cuenta de ello a la asamblea de socios, estimando necesario que previamente se dé cuenta a la sindicatura para que realice las observaciones previas al acto asambleario.

En ambos casos analizados, la norma se ve atravesada por el principio de moralidad, que en este caso tiende a evitar conductas abusivas por parte de los administradores en virtud de su posición de poder dentro de la persona jurídica, para así mantener incólume el interés social. El incumplimiento de estos deberes será presupuesto de responsabilidad de los administradores frente a la asociación civil.

d) *Responsabilidad de los administradores.* El deber de lealtad y diligencia impone a los administradores buena fe y fidelidad respecto del interés social del ente administrado, debiendo, al momento de tomar decisiones, dejar de lado su interés personal o de un tercero. Así, puede ser considerado mal desempeño de su cargo, el administrador negligente o imprudente, aquel que dilapide los recursos propios de la persona jurídica no poniendo cuidado en la gestión o sea incompetente en el desempeño de su función.

Mediante la introducción del art. 160 del Cód. Civil y Comercial cambia el paradigma de la responsabilidad de los administradores, en cuanto se aplica en principio, el mismo régimen que la LSC, imponiéndose a los administradores de las personas jurídicas privadas la responsabilidad solidaria e ilimitada, frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.

A diferencia de lo establecido por la LSC (art. 59) la responsabilidad dispuesta para los administradores de personas

jurídicas privadas centra la culpa como factor de atribución subjetivo y exige que el daño sea realizado en ejercicio u ocasión de sus funciones. Igualmente y como ya se ha dejado entrever, a este tema en particular también les es aplicable la doctrina societaria. La principal discordancia aparentemente entre la norma civil y la societaria sería que la primera plantea como presupuesto de responsabilidad la culpa en el ejercicio u ocasión de sus funciones, por acción u omisión; mientras que la norma societaria establece un sistema de responsabilidad colectiva. Pero el contraste entre ambas normas no es tal, dado que tanto en el directorio de una sociedad anónima como en la comisión directiva de una asociación civil “toda acción o omisión dañosa imputable debió necesariamente ser precedida por una decisión orgánicamente adoptada, derivada del hacer o no hacer de sus integrantes”<sup>13</sup>. Por lo tanto, la responsabilidad de cada uno de los integrantes del órgano de administración proviene de la formación de la voluntad social o de su conducta omisiva que termina por ratificar aquélla. De este modo, lo establecido por el art. 274 de la LSC no puede ser considerado como un régimen de responsabilidad objetiva y sin culpa derivada de hecho ajeno, dado que ésta es siempre por el hecho y culpa propia<sup>14</sup>. De allí la identidad existente entre el nuevo sistema civil y comercial con la legislación societaria.

Las notas de solidaridad e ilimitación de la responsabilidad, responden al criterio de garantía que posee cada uno de los administradores de la asociación civil respecto del patrimonio del ente administrado. En efecto, dado que la imposición de obrar con lealtad y diligencia es un deber que se le impone a cada uno de los integrantes de la comisión directiva de una asociación civil, ellos deberán actuar orgánicamente de tal modo que el órgano, valga la redundancia, no genere un daño a la misma asociación o a terceros. En igual sentido, la ilimitación de la responsabilidad permite que la garantía frente a los posibles daños a generarse se extienda sobre todo

<sup>13</sup> Balbín, *Acción social de responsabilidad contra el directorio*, p. 37.

<sup>14</sup> Balbín, *Acción social de responsabilidad contra el directorio*, p. 38.

el patrimonio de los administradores hasta cubrir el daño causado.

e) *Limitación y eximición de la responsabilidad.* Por tratarse las comisiones directivas de las asociaciones civiles de órganos colegiados, será necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones para que un integrante del órgano no sea alcanzado por los presupuestos de responsabilidad establecidos en la norma. Se debe partir de la base que la teoría del órgano es “una construcción doctrinaria que traza un paralelismo con los seres vivos, y postula que la persona jurídica está compuesta de órganos materializados a través de personas humanas, de cuya unión nace una voluntad diferente y de orden superior que la de sus miembros”<sup>15</sup>. La persona jurídica delibera, decide y ejecuta por medio de sus órganos. En palabras de Brunetti “el órgano es la persona o grupo de personas que, por disposición de la ley están autorizadas a manifestar la voluntad del ente y desarrollar la actividad jurídica necesaria para la consecución de sus fines”<sup>16</sup>.

El dirigente que desee eximirse de responsabilidad por el proceder del órgano social deberá demostrar que ha sido diligente y leal en su accionar y que ha intentado, dentro de sus posibilidades funcionales, prevenir la generación de un daño al ente administrado. De allí que la simple oposición por parte de un directivo a una decisión adoptada por la comisión directiva en violación a la ley, el estatuto, o reglamentos no bastaría para que se le eximiera de responsabilidad. En efecto, se eximirá de responsabilidad al miembro de la comisión directiva que hubiera participado de la deliberación y resolución de una decisión de comisión directiva y se hubiera opuesto in situ a ella. La negativa debe constar en el acta de comisión directiva en la que se ha realizado la votación, debiéndose especificar las razones de dicha oposición. Además de dar noticia al órgano de fiscalización antes que su respon-

<sup>15</sup> Alterini, Ignacio E., *Órgano de ejecución de la voluntad societaria. Exorbitancia del objeto social*, LL, 2012-E-993.

<sup>16</sup> Brunetti, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, tr. F. Solá de Cañizares, Bs. As., UTEHA, 1960, t. II, p. 357.

sabilidad se denuncie a dicho órgano, a la asamblea, a la autoridad competente o se ejerza la acción judicial (art. 274, LSC).

Distinto es el caso del integrante de comisión directiva que no participó en la deliberación y votación de la decisión que podría generar responsabilidad a posteriori. Ante esta situación y una vez que tome conocimiento de la resolución, el miembro de la comisión deberá oponerse por escrito a la mencionada resolución y comunicarlo en primer lugar a la comisión directiva a los efectos de que revierta dicha decisión en la próxima reunión. Para el caso que esto no se produzca deberá continuar con el mecanismo instituido por el art. 274 de la LSC. Difícilmente el miembro de comisión directiva que estuvo ausente de una reunión pueda argumentar el desconocimiento de las decisiones adoptadas sin su presencia. El deber de diligencia que le impone el art. 159 del Cód. Civil y Comercial se contrapone a cualquier inasistencia injustificada a las reuniones de comisión. El no estar enterado de los acontecimientos implica negligencia en el ejercicio del cargo al que fueron elegidos por la voluntad del resto de los socios. Otro caso distinto es el del miembro de comisión directiva que estuvo ausente con causa justificable o que ha pedido licencia en el ejercicio de su cargo. Aquí se debe exonerar al dirigente de cualquier tipo de responsabilidad por las decisiones tomadas en su ausencia. Sin embargo, el deber de diligencia que recae sobre él le impone tomar conocimiento de todo lo realizado en su ausencia al momento de reincorporarse a su cargo, debiendo allí oponerse en los mismos términos que aquél que toma conocimiento con posterioridad a la resolución.

Otra variante de exención de la responsabilidad es la asignación de funciones dentro de la comisión directiva. Se puede plantear la posibilidad de la imputación de responsabilidad se haga atendiendo a la actuación individual de cada miembro de la comisión directiva cuando ello estuviere plasmado en el estatuto, reglamento o se estableciere por decisión asamblearia o del mismo órgano administrativo, siempre debiendo cumplir con los siguientes requisitos: a) se inscriba

ante la autoridad de contralor competente los instrumentos que establezcan la asignación de funciones específicas, y b) a su vez se encuentre inscrita ante la misma autoridad la designación de las personas que desempeñarán dicha función. Esta medida significará una liberación de la responsabilidad por decisiones colegiadas generales que escapen a la actuación específica de cada miembro de comisión directiva en su respectiva área, debiéndose aplicar en estos casos el régimen general de responsabilidad<sup>17</sup>.

Por último, el art. 177 del Cód. Civil y Comercial extingue la responsabilidad de los directivos por la aprobación de su gestión, por renuncia o transacción resueltas por la asamblea ordinaria. Al ser el órgano principal de la asociación civil, corresponderá únicamente a la asamblea aprobar la gestión de los integrantes del órgano ejecutivo, como también aceptarles la renuncia o transar sobre alguna cuestión litigiosa con los directivos salientes.

En la misma inteligencia que la ley de sociedades, la norma condiciona la extinción a que la responsabilidad no surja de la violación a la ley y que no mediará oposición expresa y fundada de asociados en cantidad no menor al 10% del total. Por lo tanto, se expresa una solución lógica, la mayoría de los asociados no puede imponer ni obligar a la minoría a soportar una violación a normas imperativas<sup>18</sup>.

De esta forma el campo de acción de la asamblea a la hora de eximir de responsabilidad a sus administradores se reduce ostensiblemente, debiendo cumplirse tres requisitos para que se extinga la responsabilidad de los directivos: a) la responsabilidad no debe tener como origen la violación de la ley; b) la extinción de responsabilidad debe votarse favorablemente en la asamblea, y c) no debe mediar oposición expresa y fundada de asociados con derecho a voto en cantidad no

<sup>17</sup> Vítolo, Roque D., *Sociedades comerciales. Ley 19.550 comentada*, t. IV, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 560.

<sup>18</sup> Alonso, Juan I. - Giatti, Gustavo J., *Comentario al artículo 177*, en Rivera Julio C. - Medina, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Bs. As., La Ley, t. I, p. 448.

menor al 10% del total. Aquellos que se opusieran podrán ejercer la acción social de responsabilidad prevista en el art. 276 y ss. de la ley de sociedades comerciales.

f. Acción social de responsabilidad

El mal desempeño en el cargo de los directivos de una asociación civil y el daño que como consecuencia de tal proceder se le genera al ente administrado abre la instancia para la acción social de responsabilidad contra los miembros de la comisión directiva y/o sus administradores. Se trata de una acción de recomposición patrimonial, “que procura reparar un daño sufrido por el patrimonio social y que fue provocado por la conducta culposa de sus directores”<sup>19</sup>. Aclara Roitman que esta acción “tiene como objeto resarcir el patrimonio social, de un daño directo sufrido a causa de la conducta imputable a sus directores. En consecuencia, el resarcimiento obtenido como resultado de la acción ingresa al patrimonio de la sociedad, independientemente de quien la haya ejercido”<sup>20</sup>. Si bien esta acción ha tenido su legitimación a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, lo cierto es que existieron supuestos previos a esta ley en los cuales las asociaciones civiles ya habían iniciado esta acción contra sus administradores<sup>21</sup>.

Como se verá a continuación, tanto la asociación civil como sus socios son sujetos activos de la acción social de responsabilidad, que tendrá como destinatarios o sujetos pasivos a los directivos o sus administradores, aún cuando hayan cesado en sus funciones. El mal desempeño de los directivos es lo que da lugar a la acción de responsabilidad social, en cuanto la lesión atribuida a aquel comportamiento es de carácter general y procura la reparación del perjuicio sufrido por el ente administrado y no así el daño directo y específico

<sup>19</sup> Verón, Alberto V., *Sociedades comerciales*, Bs. As., Astrea, 2007, t. 3, p. 235.

<sup>20</sup> Roitman, Horacio, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, Bs. As., La Ley, t. IV, p. 575.

<sup>21</sup> CNCiv, Sala G, “Club Atlético River Plate c/Aguilar, José M. s/cobro de sumas de dinero”, reg. 601.119.



que pudiera haber sufrido un asociado a título individual<sup>22</sup>. Por lo tanto y atento el objeto de la acción social de responsabilidad, para su procedencia será necesario determinar el daño que la conducta de los administradores generó en el patrimonio social, debiéndose precisar los alcances del perjuicio. En consecuencia, no basta con demostrar que el administrador incumplió sus obligaciones legales y estatutarias o que incurrió en negligencia culpable en su desempeño. Para que se configure su responsabilidad deben concurrir el resto de los presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil<sup>23</sup>.

El art. 177 del Cód. Civil y Comercial adopta la acción para que el miembro disidente de una asociación civil pueda reclamar en beneficio de la asociación, por lo que sería ésta la que se beneficiaría con el resultado de la mencionada acción. Se trata de casos de sustitución procesal en los que una persona (asociado) esgrime los derechos de otra (asociación civil) porque existe interdependencia entre sus intereses, de manera que el socio en este caso tiene un interés propio, que se verá satisfecho a través de la tutela del interés social que persigue esta acción de responsabilidad<sup>24</sup>. Como consecuencia de lo dicho, de resultar vencido el asociado, será éste quien cargue con las costas del proceso del que resultó perdedor. Cabe destacar que no es el único supuesto en el que los socios podrán ejercer la acción social de responsabilidad. Ellos podrán iniciar la acción por la asociación en el supuesto descrito en el art. 277 de la LSC, es decir, cuando transcurrieron tres meses desde que la sociedad resolvió iniciar la acción.

Si bien no está establecido en el nuevo Código, nada quita que sea la misma asociación civil la que tome la determinación de ir contra sus propios administradores o ex administradores. Teniendo en cuenta que el art. 276 de la LSC dispone que la acción social de responsabilidad implica la re-

<sup>22</sup> CNCom, Sala C, 22/5/87, LL, 1988-A-65 y DJ, 1988-1-737.

<sup>23</sup> Verón, *Sociedades comerciales*, t. 3, p. 237.

<sup>24</sup> Roitman, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, t. IV, p. 579; Carnelutti, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, tr. N. Alcalá-Zamora Castillo y S. Sentís Melendo, Bs. As., UTEHA, 1944, t. II, p. 43.

moción del director de su cargo, corresponde el análisis de las reglas de remoción para los órganos administrativos de las asociaciones civiles. El art. 176 del Cód. Civil y Comercial enuncia que la cesación de los directivos puede darse, entre otras cosas, por su remoción. Es clara la norma respecto a que el estatuto social no puede restringir el mecanismo de remoción de los miembros del órgano de administración, ello en pos de garantizar el buen funcionamiento de dicho órgano<sup>25</sup>. De este modo, se deja entrever que el estatuto debe contener el procedimiento mediante el cual se debe realizar la remoción de los miembros de la comisión directiva como así también habilitar la vía legal para interponer la acción social de responsabilidad.

Respecto al proceso de remoción, es necesario aclarar que siempre debe garantizarse el derecho de defensa de los socios miembros del órgano administrador, por lo que este procedimiento deberá ser similar al de expulsión o exclusión de un asociado. De todos modos es importante distinguir el derecho de defensa con el que contará el administrador de la facultad de votar o participar activamente en resolución sobre su propia remoción. De poder intervenir el dirigente en la decisión sobre su propia remoción, existiría una manifiesta incompatibilidad entre los intereses propios del administrador y los del ente administrado, por lo que corresponde que participe en la deliberación sobre su remoción y garantizar su derecho a defensa, pero no así participar en la toma de decisión de su remoción.

Con relación a la remoción, vale la pena hacer la distinción entre aquellas instituciones en las cuales se elige a la comisión directiva mediante el acto asambleario, de aquellas asociaciones que por el gran número de asociados elige sus autoridades mediante el sufragio directo de sus asociados. En el primero de los casos, se debe establecer el procedimiento estatutariamente a los efectos de que la asamblea decida con relación a la remoción de sus miembros de comisión directiva. En caso de no existir tal regulación, debe aplicarse aque-

<sup>25</sup> Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I, p. 666.

lla relativa a la expulsión o exclusión de socios, para que se pueda garantizar el derecho de defensa de los miembros a remover. Si bien la comisión directiva es el órgano de administración, la asamblea es el órgano de gobierno y el que tiene la potestad soberana para la elección y la remoción de sus administradores, siempre mediante procedimientos que permitan el cumplimiento del debido proceso.

Distinto es el caso de aquellas asociaciones civiles que por su importancia y cantidad de socios eligen a sus miembros de sus órganos de gobierno y fiscalización mediante el sufragio directo de sus socios. Aquí y al igual que en el anterior supuesto, en primer término deberá estarse a lo regulado por el estatuto social. Por lo general los estatutos sociales no tienen un articulado propio para los casos de remoción de autoridades que fueron electas mediante el voto de sus asociados. De modo que ante una irregularidad de la comisión directiva o alguno de sus miembros deberá peticionarse mediante asamblea la aprobación de la acción de remoción y responsabilidad contra los directivos.

Debe tenerse en cuenta que “las acciones de remoción y responsabilidad son diversas y, aunque la segunda de ellas, pueda provocar la consecuencia buscada en la primera, lo cierto es que para que resulte admisible la remoción de los administradores, no es necesaria la configuración de los presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, sino simplemente el incumplimiento de los deberes legales impuestos a los directores”<sup>26</sup>. De seguro que a estas acciones deberá acompañarlas un planteo la intervención judicial (art. 113 y ss., LSC) de la asociación civil en conflicto para mantener el control y el equilibrio del funcionamiento interno mientras se desarrolla el proceso de remoción.

Si bien ya se ha aclarado con anterioridad, vale la pena recordar que si el estatuto social no contiene un procedimiento propio por el cual habilitar la acción social de responsabilidad, será necesario que ésta sea aprobada por la

<sup>26</sup> CNCom, Sala E, 9/3/10, “Bilsa c/Bilsa SA”; íd.; Sala B, 29/11/94, “Mourin López, José c/Editorial Molina SA s/sumario”.

asamblea, puesto que sino la institución o el socio que la inicie carecerá de legitimación activa para accionar<sup>27</sup>.

Resta analizar la posibilidad de que la asociación civil inicie la acción de responsabilidad contra sus ex administradores. Nada impide que ello suceda, para lo cual se deberá tener en cuenta el plazo de prescripción de la acción. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial ha quedado atrás la discusión respecto sobre el plazo cual era el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad. El actual art. 2561 establece un plazo de prescripción de tres años para iniciar la demanda, con la particularidad que el art. 2543, inc. d suspende el plazo de prescripción entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización mientras continúan en ejercicio. Por lo tanto, la asociación civil podrá iniciar la acción de responsabilidad hasta tres años después de que los administradores hayan cesado en sus cargos.

#### 4. *Conclusión*

El nuevo régimen legal de asociaciones civiles contenido en el Código Civil y Comercial de la Nación es sin lugar a dudas un paso adelante en la materia. Así las cosas el sistema plantea mayor practicidad para los administradores, pero también mayores riesgos en el ejercicio de la gestión y la administración. La nueva legislación plantea un desafío para las instituciones privadas y sus administradores quienes deberán adecuar la normativa a la realidad imperante en cada una de ellas, sin olvidar que el nuevo régimen de responsabi-

<sup>27</sup> “A la falta de previsión estatutaria, la asamblea conserva para sí el poder disciplinario no delegado en órganos inferiores y sobre la base de este poder, la determinación de demandar en función de presuntas irregularidades a dirigentes o ex dirigentes en ejercicio de sus funciones (dadas sus consecuencias patrimoniales) constituye sin hesitación una ponderación que deben concebir los socios en reunión, para luego, en el supuesto de aprobarse la decisión, facultar a la comisión directiva a darle curso” (CNCiv, Sala G, “Club Atlético River Plate c/Aguilar, José M. s/cobro de sumas de dinero”, reg. 601.119).

lidad es mucho más gravoso para los integrantes de las comisiones directivas.

### *Bibliografía*

- Alonso, Juan I. - Giatti, Gustavo J., *Comentario al artículo 177*, en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, t. I, Bs. As., La Ley, 2014.
- Alterini, Ignacio E., *Órgano de ejecución de la voluntad societaria. Exorbitancia del objeto social*, LL, 2012-E-993.
- Balbín, Sebastián, *Acción social de responsabilidad contra el directorio*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006.
- Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot.
- Brunetti, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, t. II, tr. F. Solá de Cañizares, Bs. As., UTEHA, 1960.
- Carnelutti, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, tr. N. Alcalá-Zamora Castillo y S. Sentís Melendo, Bs. As., UTEHA, 1944.
- Embid Irujo, José M., *Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital*, RDCO, 1999-205.
- Farina, Juan M., *Compendio de sociedades comerciales*, Rosario, Zeus, 1983.
- Frydenberg, Julio D., *La crisis de la tradición y el modelo asociacionista en los clubes de fútbol argentino. Algunas reflexiones*, en [www.efdeportes.com/efd29/asoc.htm](http://www.efdeportes.com/efd29/asoc.htm).
- Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Nissen, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales. Comentada, anotada y concordada*, t. 4, Bs. As., Ábaco, 1995.
- Otaegui, Julio C., *Administración societaria*, Bs. As., Ábaco, 1979.
- Roitman, Horacio, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, t. IV, Bs. As., La Ley, 2011.
- Verón, Alberto V., *Sociedades comerciales*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2007.
- Villarnovo, Martín, *Tratado de derecho deportivo*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.
- Vítolo, Daniel R., *Sociedades comerciales. Ley 19.550 comentada*, t. IV, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

### *Jurisprudencia*

- CNCom, Sala E, 9/3/10, “Bilsa c/Bilsa SA”; íd., Sala B, 29/11/94, “Mourin López, José c/Editorial Molina SA s/sumario”.

CNCom, Sala C, 22/5/87, *LL*, 1988-A-65, y *DJ*, 1988-1-737.

CNCom, Sala D, 27/10/89, “Rodríguez, Carlos M. c/Club Atlético Racing de Córdoba s/ejecutivo”, *RDCO*, 1990-A-341.

CNCiv, Sala G, “Club Atlético River Plate c/Aguilar, José M. s/cobro de sumas de dinero”, reg. 601.119.

CACC San Francisco, *LLCórdoba*, 1994-565.

# LA CODIFICACIÓN EN LA HISTORIA. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL DEBATE EN TORNO A LAS POSTURAS DE ALBERDI Y VÉLEZ SÁRSFIELD

MARCELO COMBI

## *RESUMEN*

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación surgió como consecuencia de un acalorado debate, cuya vigencia finalmente tuvo lugar a partir del 1° de agosto de 2015.

Más allá de las modificaciones que fueron plasmadas recientemente, lo cierto es que el nuevo Código mantiene las sólidas bases establecidas por Dalmacio Vélez Sársfield. Y es precisamente en ese marco en el que el presente artículo buscará dar cuenta de la discusión que se generó en torno a la sanción de aquel viejo Código de Vélez y la enconada oposición propugnada por Alberdi, uno de nuestros padres fundadores e impulsor de la Constitución de 1853. El objetivo de esta exposición es entonces, analizar las principales diferencias teóricas que existieron entre los juristas más importantes que tuvo nuestro país en materia de legislación de fondo. Para ello, tomaremos como base de análisis, por un lado, el primer Código Civil argentino y sus comentadores y, por el otro, los tomos VII y VIII de los escritos póstumos de Alberdi.

Palabras clave: Código Civil - Constitución - Codificación

## 1. *Introducción*

Recientemente ha entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Como afirmara el presidente

de la Corte Suprema de Justicia, el Código Civil representa para la vida privada lo que la Constitución de la Nación para la vida pública. La trascendencia que tiene este cambio jurídico lo equipara a procesos históricos anteriores en los que la creación de ciertos cuerpos normativos impactaron significativamente sobre la ciudadanía.

La tarea encomendada por la presidenta de la Nación a la comisión presidida por el doctor Ricardo Lorenzetti e integrada por las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, concluye con la sanción el 1° de octubre de 2014, su posterior promulgación el 7 de octubre del mismo año como ley 26.994 y la entrada en plena vigencia el pasado 1° de agosto de 2015 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Mucho se ha escrito acerca del nuevo Código. Se suele recalcar que se trata de un Código *aggiornado* a los nuevos tiempos y que refleja de mejor manera el actual estadio de las relaciones sociales.

Sin ánimo de ser exhaustivo podemos afirmar que la primera gran modificación que encontramos es la unificación de la ley civil y la comercial, la consecuente derogación del Código de Acevedo, y una nueva sistematización en la que el Código queda conformado por un Título Preliminar y seis nuevos Libros:

- Libro Primero - Parte general.
- Libro Segundo - Relaciones de familia.
- Libro Tercero - Derechos personales.
- Libro Cuarto - Derechos reales.
- Libro Quinto - Transmisión de derechos por causa de muerte.
- Libro Sexto - Disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

A diferencia del Código de Vélez Sársfield, el nuevo Código no contiene notas al pie ni tampoco definiciones didácticas sino únicamente aquellas que posean un sentido prescriptivo. Tal como lo señalan los mismos juristas encargados de



su redacción, en los “Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, los aspectos más relevantes de la nueva ley, en cuanto a su valoración, pueden sintetizarse en los principios de integración e identidad cultural latinoamericana, constitucionalización del derecho privado, igualdad real, relevancia de los derechos colectivos, regulación con base en el respeto a la sociedad multicultural y plural y seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

Sin dudas, más allá de las diferencias doctrinarias que originan las críticas al nuevo Código, no se puede negar que esta reforma contiene numerosos aspectos positivos cuyo impacto comenzarán a verse en muy corto plazo en la vida de todos los argentinos.

A la luz del acalorado debate que trajo aparejada la sanción del nuevo Código Civil, en las siguientes páginas intentaremos dar cuenta del debate que suscitó la sanción del Código de Vélez Sársfield y la enconada oposición que sostuvo Alberdi, uno de nuestros padres fundadores e impulsor de la Constitución de 1853. Luego de una rápida revisión histórica acerca de la organización jurídica de los Estados veremos, en un segundo apartado, las principales diferencias teóricas que existieron entre los juristas más importantes que tuvo nuestro país en materia de legislación de fondo. Para ello, tomaremos como base de análisis, por un lado, el primer Código Civil argentino y sus comentadores y, por el otro, los tomos VII y VIII de los Escritos póstumos de Alberdi.

## 2. *Un poco de historia acerca de los procesos de codificación*

La formación del Estado es un aspecto constitutivo del proceso de construcción social. Como expresaran Berger y Luckmann en *La construcción social de la realidad*, observamos algo que ya ha sido moldeado por generaciones precedentes. La especificidad de ese orden que se impone se encuentra arraigada en las condiciones históricas y específicas de cada sociedad.

Los procesos de formación de los Estados modernos suponen la conformación de una instancia política a través de la cual se edifica un sistema de dominación y que se materializa a partir de un conjunto interdependiente de instituciones que permiten su ejercicio y dotan al Estado de diversas capacidades.

El Estado como concepto teórico se enmarca dentro de una relación social y se articula a partir de un aparato institucional que va incrementando paulatinamente sus capacidades “de externalizar su poder, institucionalizar su autoridad, diferenciar su control, e internalizar una identidad colectiva”<sup>1</sup>. Esta articulación se logra mediante la implementación de una estructura jurídica que abarca todas las relaciones humanas posibles y que, a su vez, permite la interacción entre los miembros de una sociedad y entre éstos y sus instituciones.

En el proceso de construcción del Estado argentino, luego de la batalla de Caseros, tanto en la Confederación como en Buenos Aires comenzaron los movimientos codificatorios a fin de darle cierto orden al conjunto de leyes vigentes. Un claro ejemplo de ello fue la sanción por parte de Buenos Aires de un Código de Comercio<sup>2</sup> que luego sería utilizado en todo el país. Luego de la batalla de Pavón, que pone fin al período confederal y marca el inicio del proceso de constitucionalización, en el país finaliza un período de cincuenta años de conflictos internos para centrarse definitivamente en la construcción nacional. Una vez unificada la Nación Argentina, Buenos Aires encomendó a Marcelino Ugarte la elaboración de un Código Civil para la provincia. Si bien por razones financieras este proyecto nunca se pudo completar, posteriormente esta labor será llevada a cabo por Dalmacio Vélez Sársfield quien, con posterioridad a la firma del Pacto de San José de Flores, elabora el Código Civil de la Nación.

<sup>1</sup> Oszlak, Oscar, *Reflexiones sobre la formación del Estado y la construcción de la sociedad argentina*, Bs. As., CEDES, 1981.

<sup>2</sup> Su redactor fue el jurista uruguayo Eduardo Acevedo.

El fenómeno de la codificación implica la reunión de las leyes vigentes en un cuerpo orgánico y se lo considera como ley natural en la evolución jurídica. Generalmente obedece a causas diversas como la ordenación o simplificación de las múltiples leyes y costumbres o al deseo de consolidar las grandes reformas que introducen las revoluciones sociales.

En la Edad Antigua podemos observar estos procesos normativos en las leyes de Manú en la India, el Antiguo Testamento, el Corán y la Compilación de Justiniano, por dar sólo algunos ejemplos. El movimiento codificador en la legislación española puede rastrearse desde las Siete Partidas de Alfonso X.

El proceso de codificación moderno surge a partir de 1794 con la aparición del Código General de Prusia. Sin embargo, la obra por antonomasia en materia de legislación civil europea contemporánea es el Código Civil de Francia de 1804<sup>3</sup>. Von Savigny, el gran jurisconsulto franco-alemán, rechazaba la sistematización legal por considerarla una traba al desarrollo espontáneo del derecho. Con la codificación se cristalizan las leyes, quitándose la utilidad de éstas frente a las necesidades sociales.

En la actualidad muchos juristas opinan de manera similar al de este gran maestro del derecho, destacando que la codificación ofrece resistencia a la evolución jurídica<sup>4</sup>. En nuestro país, Alberdi compartirá en parte esta opinión acerca del movimiento codificador. Feinmann haciendo una síntesis alberdiana sostiene que “los códigos del mundo, siendo traducciones de la ley suprema, son legítimos en la medida que traducen fielmente el orden supremo. Y este orden, lejos de ser estático, se manifiesta en el modo de desarrollo y evolución”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Destaquemos entre las principales obras jurídicas modernas al Código Civil español de 1888, el alemán de 1900 y el del Cantón suizo de Vaud de 1907. En América encontramos al Código Civil chileno y al de Brasil de 1936. Paraguay en 1946 adoptó como propio, al Código Civil argentino.

<sup>4</sup> Sobre este punto podemos decir que Argentina no tiene un Código en materia laboral por ser esta rama del derecho, una de las más dinámicas.

<sup>5</sup> Feinman, José P., *Filosofía y nación*, Bs. As., Cúspide, 2010.

El despegue del pensamiento de Alberdi se realiza a partir de su polémica con los representantes del partido unitario, quienes no habían logrado ordenar el país. Residiendo en Chile, incorpora a su pensamiento el “sentido histórico”. El romanticismo expresa la necesidad de la naciente burguesía industrial de organizarse a nivel planetario, a través de la postulación de una razón absoluta.

Para Alberdi el espíritu de las leyes no difiere de la filosofía que ellas llevan implícitas ya que “saber el espíritu de las leyes es saber lo que quieren las leyes”. Para ello, resulta necesario conocer su origen y su finalidad ya que esto hace a la filosofía de las leyes. “De suerte que filosofar, en materia de leyes, es buscar el origen de las leyes, la razón de las leyes, la misión de las leyes, la constitución de las leyes: todo esto para conocer el espíritu de las leyes”<sup>6</sup>. Este espíritu de las leyes está constituido por la razón.

La independencia material de nuestra nación ya se había conseguido, sólo restaba la conquista de una forma civilizatoria propia, la conquista del genio americano.

Alberdi es el primer pensador hispanoamericano que se pregunta por las condiciones de posibilidad de una filosofía para nuestro Continente, habiendo encontrado el punto de partida de esta filosofía en el terreno de la acción histórica, social y política. Es en esta conquista del genio americano, en el reclamo por el renunciamiento de lo exótico en beneficio de lo nacional, donde van a radicar las grandes diferencias con la obra de Dalmacio Vélez Sársfield.

### 3. *Necesidad en la Argentina de un Código*

La legislación imperante en América era muy basta y difusa, cayendo frecuentemente en la contradicción. El continuo desarrollo que llevaba adelante el país hizo necesario que se estableciera cierto orden normativo. Además, existía una

<sup>6</sup> Alberdi, Juan B., *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998.

razón de nacionalismo jurídico, era necesario para afianzar nuestra independencia política, constituir una independencia jurídica.

Después de varias tentativas infructuosas, en 1863 el Congreso autoriza al Poder Ejecutivo a designar comisiones redactoras de los Códigos Civil, Penal, Minero y de las ordenanzas del ejército. Un año después, el presidente Bartolomé Mitre designó como redactor del Código Civil al abogado cordobés Dalmacio Vélez Sársfield quien luego de cuatro años de ardua tarea pudo concluir con su obra. En agosto de 1869 el proyecto fue enviado al Congreso que lo promulgó a libro cerrado<sup>7</sup>.

#### 4. *Las fuentes del Código Civil*

Para nombrar y analizar las fuentes, doctrinas y obras que sirvieron de base para la confección de nuestro primer Código Civil, utilizaremos el método aplicado por Borda en su Manual de derecho civil.

a) *Derecho romano*. Es la fuente primigenia en materia de derecho privado de toda la legislación moderna occidental dado que Roma es el origen de casi todas las instituciones jurídicas.

El conocimiento que Vélez poseía en latín le permitió estudiar con detenimiento la obra del emperador Justiniano llamada *Corpus Iuris Civile*. También consultó a los principales estudiosos del derecho romano, entre ellos a Mainz, Mackel-dey y Ortolán. Pero sin duda, el romanista que más influyó en él fue Savigny, quien pese a no estar de acuerdo con la codificación, fue uno de los mayores exégetas de la materia.

b) *La legislación española y el derecho patrio*. Aquí es donde se suscitó la vieja polémica entre Alberdi y nuestro codificador. El autor de la Constitución nacional le reprochaba a Vélez Sársfield haber dejado de lado la normativa vigente

<sup>7</sup> Sancionado a través de la ley 340 del 25 de septiembre de 1869. Entraría en vigencia recién en 1871.

durante los periodos de organización nacional, a lo que Vélez le replicó que se tomara el trabajo de leer su obra para que éste pudiera constatar las numerosas citas a la legislación española que hacía. Adujo que hasta ese entonces en nuestro país gobernaban todas las ordenanzas españolas, que van desde las Partidas hasta las cédulas reales sin recopilar, que fueron dirigidas hacia las colonias a finales del siglo XIX. A ello deben sumárseles las distintas legislaciones provinciales que fueron surgiendo a partir del movimiento independentista. Este conjunto innumerable de distintas legislaciones representaban intereses contradictorios y, por tanto, necesitaban ser reformulados bajo las últimas corrientes ius-filosóficas que estaban en boga en aquel momento.

Si bien no surgen del texto de nuestro primer Código Civil demasiadas citas que demuestren la inclusión de legislación patria, podemos considerar valederos los dichos de Borda al afirmar que “Vélez no se tomó el trabajo de citar la legislación nacional ni la española por considerarlas superfluas. Por ser las que se encontraban vigentes en la época”<sup>8</sup>.

c) *El Código Civil francés y sus comentaristas.* La influencia de esa gran obra jurídica fue importante en nuestro codificador. Sus detractores señalan que tomó más de mil artículos del cuerpo normativo francés. Los principales comentaristas franceses tomados por Vélez Sársfield fueron Demolombé, Demogue, Troplong, Aubry et Rau y Zacharie, Vélez no sólo tomó en cuenta sus citas al Código Civil napoleónico sino que también se ocupó de conocer sus obras.

d) *La obra de Freitas.* Freitas fue un jurisconsulto brasileño contemporáneo a Vélez Sársfield. En más de mil artículos logró realizar una brillante compilación acerca de las leyes brasileras y portuguesas. No obstante, dicha compilación nunca fue aplicada como cuerpo legislativo por el vecino país. Sin embargo, Vélez Sársfield sí tomó alrededor de mil artículos para aplicarlos a su Código.

<sup>8</sup> Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999.

e) *Otras fuentes.* También sirvieron de fuentes el Código Civil chileno de Andrés Bello, el Código del Estado de Louisiana, el Código sardo, el ruso y el austríaco. También se recurrió a doctrinarios como Goyena, Store, Domat y Kent.

## 5. *Sistematización del Código*

La obra realizada por Vélez Sársfield se encontraba dividida en dos títulos preliminares y en cuatro libros. Vélez se inspiró en la división que realizó Freitas en su obra.

- El primer título preliminar trata sobre las leyes en general y el segundo sobre el modo de contar los intervalos del tiempo.

- El primer libro trata acerca de las personas visibles y de existencia ideal, sus relaciones y atributos.

- El segundo libro versa sobre las obligaciones, hechos y actos jurídicos y contratos.

- El tercer libro habla acerca de los derechos reales.

- El cuarto libro se refiere a la transmisión de los derechos reales, los privilegios y la prescripción.

Nuestro primer Código Civil lleva como signo distintivo notas al pie en las que Vélez presentaba fundamentos de los artículos adoptados. Estos fundamentos resultaron muy valiosos desde el punto de vista doctrinario.

## 6. *Valoración del Código*

Fue redactado en pleno auge del individualismo porteño y, por lo tanto, responde a esta tendencia. El individualismo se nutre de raíces ateas y la experiencia demostró que esta doctrina ha generado abusos irreparables, tanto en la explotación de los débiles como la negación de la libertad humana. Estos efectos del individualismo no se habían hecho sentir en toda su intensidad en Buenos Aires en los albores de 1870. Nuestro país necesitaba una legislación eficiente que fuera instrumento de trabajo y colonización. Por eso Vélez

protegió y aseguró los derechos individuales y la propiedad de manera explícita. Fomentó la iniciativa privada, eliminando obstáculos y frenos que pudieran hacerles perder su fuerza. Durante estos tiempos comenzó a consolidarse el Estado oligárquico<sup>9</sup>. Fue esta naciente oligarquía la que necesitaba de un cuerpo jurídico acorde a sus intereses. El individualismo fomentado por el codificador vino a calmar las ansias de riqueza y expansionismo de la oligarquía terrateniente en el marco de una crisis territorial agrícola-ganadera que dio lugar a una alianza entre propietarios de materias primas (ganadería) y la burguesía comercial ubicada en la zona portuaria (Buenos Aires).

Fue durante este período que la Argentina se insertó dentro de la división internacional del trabajo como un país periférico, exportador de materias primas e importador de bienes manufacturados (modelo agroexportador). Se estaba produciendo la segunda Revolución Industrial y era por ello que se necesitaba una organización jurídica que acompañara el desarrollo económico. Siguiendo las opiniones vertidas por Borda “el individualismo del Código no puede contarse en los defectos de Vélez puesto que responde a la época en que fue sancionado”<sup>10</sup>.

Un código no es una obra eterna y, por lo tanto, debe ir adaptándose a la evolución del medio social. Si bien numerosas reformas han ido transformando el sentido individualista de nuestra legislación, permanecían en el antiguo Código profusos vacíos legales<sup>11</sup>. Poseía un articulado muy contradictorio, a pesar de que se cree que las definiciones son impropias en un código de leyes<sup>12</sup>, estas abundaban en todo el articulado, pecando de excesivo doctrinarismo.

<sup>9</sup> Graciarena, Jorge, *El Estado latinoamericano en perspectiva*, Bs. As., Eudeba, 2003.

<sup>10</sup> Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I.

<sup>11</sup> Vélez no legisló acerca del nombre de las personas ni tampoco sobre un régimen que protegiera la propiedad inmueble.

<sup>12</sup> El codificador hace esta salvedad en la extensa nota realizada al art. 495. Al hacerla, tomó como propias las palabras de Augusto Freitas.



a) *Crítica de Vicente Fidel López.* Sus principales críticas son de orden institucional. Se opuso a la sanción a libro cerrado del Código, estableciendo que ese tipo de imposiciones hechas a una sociedad libre comprometían a la dignidad moral de la nación. También defendió el sistema de leyes vigentes hasta el momento puesto que éstas llevaban seiscientos años de aplicación y formaban parte de la conciencia popular.

También criticó su defectuosa sintaxis a la hora de escribir, considerándola como una obra mal escrita y redactada. Se centró en cuestionar especialmente a la persona. Fustiga a Vélez debido a su escasa preparación jurídica, particularmente en derecho civil, materia sobre la cual escribió.

b) *Subjetivación de Juan Bautista Alberdi.* Este pensador no se ocupó del Código Civil en sí, sino de su aplicación para el desarrollo del país. Es decir, el código aplicado a los problemas concretos de la época. Para Alberdi, había una feroz contradicción existente entre su modelo de Constitución, inspirada en el modelo norteamericano y el Código Civil, inspirado en regímenes imperiales: “Al mismo tiempo que les copiamos su Constitución federal y su descentralización a los Estados Unidos, imitamos al Brasil, a la Francia en sus Códigos unitarios e imperiales”<sup>13</sup>.

Alberdi califica el trabajo de Vélez como carente de “originalidad” y lo acusa de ser la imitación de un modelo extranjero. En otro ataque Alberdi dirá que “el autor del Código dice que su obra viene a ser una conversación en ley argentina de doctrinas jurídicas sacadas del dominio extranjero y una especie de sanción argentina dada a dos proyectos extranjeros de Código Civil. Lo que no son sino proyectos de ley en la monarquía del Brasil y en la de España, serán el Código Civil de la República Argentina. Que motivos ha tenido para servirse de fuentes extranjeras y no de las fuentes naturales y normales de un Código argentino”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Alberdi, *Fragmento preliminar al estudio del derecho*.

<sup>14</sup> Alberdi, *Escritos póstumos*, t. VII y VIII, 1897-1898, en <https://archive.org/details/obrascompletasde01albe>.

Para Alberdi existían dos legislaciones originarias: una que empieza en el período de la Conquista y otra empezada la ruptura de vínculos con España. Por tanto, consideraba que Vélez, por un lado, negaba las antiguas legislaciones hispanas y las concernientes al derecho patrio pero, por el otro, las utilizaba en sus citas para compararlas con su Código.

Alberdi también señaló que el propio Vélez Sársfield, al proyectar su Código, se basó en todas las legislaciones del mundo menos en la que daba sustento al legislador argentino, es decir, la Constitución.

De haberse comprendido la real dimensión de los principios que nutrían al nuevo sistema político, los tribunales hubiesen encontrado en sus disposiciones una guía insustituible para dirimir las controversias. Por el contrario, en los primeros años críticos del nuevo orden político, la Corte no hizo mención de los artículos constitucionales que sancionan los derechos civiles, salvo para decir que esos derechos no eran absolutos y que debían ser reglamentados; o invocando razones tales como la conveniencia pública, el progreso y la tranquilidad, o para desconocer el derecho de propiedad. El propio Alberdi había alertado acerca de la importancia de esos artículos constitucionales algunos años antes de la codificación al explicar que el nuevo sistema económico exigía romper con la antigua legislación española que alteraba la libertad económica: “La Constitución, en cierto modo, es una gran ley derogatoria, a favor de la libertad, de las infinitas leyes que constituían nuestra originaria servidumbre”.

Alberdi no se opuso a la codificación o legislación positiva en materia civil. Él no aceptaba que tuviese un contenido intervencionista. Justificaba la existencia de códigos siempre que éstos tradujeran el orden universal. Escribió Alberdi: “Siendo la sociedad, como su legislación, el producto de una evolución natural, como lo es todo organismo animado... un código no puede ser sino el resumen y última palabra reglamentaria de la vida entera de una sociedad; jamás el programa de su indefinible e indefinido porvenir. Eso fueron los códigos romanos, que el mundo ha copiado más tarde, como modelos; fueron el testamento de la sociedad romana, no el punto

de partida, no el programa de su vida imposible de prever en el curso que su desarrollo recibió del medio y de las influencias bajo las cuales se produjo”<sup>15</sup>.

Alberdi consideraba que la construcción jurídica de una nación debía basarse en el estudio de las leyes naturales según las cuales esa sociedad se había desarrollado. Llamaba “charlatanes sin conciencia” a aquellos estadistas americanos que copiaban nominalmente los códigos civiles de sociedades de más alto progreso.

Sus críticas culminan afirmando que el Proyecto del Código Civil debía guardarse algunos años para luego ver si son o no aprovechables, del mismo modo que se había hecho con las Partidas y con el Código napoleónico.

Nuestro codificador recogió el guante arrojado por Alberdi y lanzó una serie de diatribas defendiendo su obra y acusando al redactor de “Las Bases” de incoherente. Respecto a las fuentes del Código Civil, Vélez consideraba que Alberdi malinterpretó su obra por no haberla leída en profundidad. También le recalcó que querer aplicar como guía a los juriconsultos franceses no es claudicar nuestras costumbres a favor de las europeas. Vélez culmina su defensa, estableciendo que lo único que había hecho Alberdi en toda su vida era escribir folletos en Montevideo, Chile, Buenos Aires y Europa.

Según el historiador Levene, si hubo un vencedor en esta polémica, fue el propio Vélez al calificar a Alberdi de poseedor de “no muy sólida cultura jurídica”<sup>16</sup>.

Como corolario de esta reseña podemos afirmar que dicho enfrentamiento marca el típico posicionamiento ideológico de la época. Por un lado, Alberdi y por el otro, Vélez Sársfield, quien contaba con el apoyo tanto de Bartolomé Mitre como de Domingo Faustino Sarmiento. Ambos expositores tenían una visión distinta de un país que todavía se encontraba en medio de un proceso formativo. Por lo tanto, podemos to-

<sup>15</sup> Alberdi, *Escritos póstumos*, t. VII y VIII, 1897-1898, en <https://archive.org/details/obrascompletasde01albe>.

<sup>16</sup> Levene, Ricardo, *Manual de historia del derecho argentino*, Bs. As., Kraft, 1962.

mar partido por una u otra postura, pero nunca desmerecerlos. Con sus errores y defectos, con sus numerosas contradicciones, estos hombres dedicaron su vida a la conformación final de nuestro Estado nacional.

El duelo Vélez-Alberdi no deja de ser un nuevo episodio del enfrentamiento producido a través de la dialéctica Cartas Quillotanas-Las Ciento y Una.

## 7. *Conclusión*

En las páginas precedentes hemos intentado dar cuenta de las críticas de Alberdi al Código de Vélez. Mientras que la Constitución de 1853 se edifica principalmente a partir de las experiencias que trajo aparejado el proceso de constitución de Estados Unidos y se basa, fundamentalmente, en la Constitución de Filadelfia de 1787; el Código Civil de Vélez toma distintos aspectos de los procesos codificatorios europeos, principalmente los de España y Francia.

Si tenemos en cuenta el vínculo existente entre ambos cuerpos normativos –Constitución y Códigos– es posible sostener que después de 146 años, el nuevo Código Civil reivindica la perspectiva alberdiana, habida cuenta que se nutre de nuestra tradición y respeta absolutamente la idiosincrasia nacional y latinoamericana.

## *Bibliografía*

- Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Bs. As., Plus Ultra, 1996.
- Escritos póstumos, t. VII y VIII, 1897-1898, en <https://archive.org/details/obrascompletasde01albe>.
- *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998.
- Berger, Peter - Luckmann, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Madrid, Amorrortu-Murguía, 1986.
- Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999.
- Código Civil de la Nación Argentina*, Bs. As., Del País, 2003.

- Di Pietro, Alfredo - Lapieza Elli, Ángel, *Manual del derecho romano*, Bs. As., Depalma, 1985.
- Feinman, José P., *Filosofía y nación*, Bs. As., Cúspide, 2010.
- Graciarena, Jorge, *El Estado latinoamericano en perspectiva*, Bs. As., Eudeba, 2003.
- Levene, Ricardo, *Manual de historia del derecho argentino*, Bs. As., Kraft, 1962.
- Oszlak, Oscar, *Reflexiones sobre la formación del Estado y la construcción de la sociedad argentina*, Bs. As., CEDES, 1981.
- Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, Bs. As., Perrot, 1966.



# TERRORISMO INTERNACIONAL... MÁS PRESENTE CADA DÍA

MARÍA MUÑOZ JEREZ

*“Caminaste por la calle y allí estaban:  
el látigo y el derramamiento de sangre.  
Recuerda por lo tanto que no hay duda: Ciertamente existe el infierno”  
(Czeslaw Milosz)*

## **RESUMEN**

El presente artículo analiza el terrorismo internacional desde los hechos propios generados por su actividad, que, sin ser una temática novedosa, es un tópico de gran importancia desde aspectos sociales, culturales, académicos, entre otros, teniendo a su vez influencia en dichos aspectos y atacando al ser humano desde donde se lo desee observar. Éste se complementa con la carencia de una definición de “terrorismo”, de modo preciso para lograr precisar esta acción delictiva determinada, siendo aceptada a nivel general por la comunidad internacional. Esta laguna, dificulta su tratamiento, persecución y juzgamiento. Lo llevamos a cabo desde el análisis de situaciones actuales y reales como es el caso de Boko Haran, organización terrorista y sus fervientes violaciones a los derechos humanos.

Palabras clave: terrorismo - derechos humanos - miedo.

## 1. *Introducción*

¿Qué es el terror? Es un hondo y oscuro sentimiento de miedo, pavor o fobia en la mayor escala que puede existir, es decir potenciada al punto de máximo esplendor. Se dice que esta emoción aparece en las personas cuando el miedo pro-

piamente dicho, llega a superar los frenos o controles posibles que puede ejercer el cerebro humano, llegando a un extremo en el cual ya no puede pensarse racionalmente, sino que, el pánico invade el raciocinio del sujeto, impidiendo hasta la posibilidad de que pueda disponer de los propios actos para manejarse a sí mismo, tanto físicamente como psíquicamente.

Arribando en sí al terrorismo internacional, debemos recordar que esta figura propiamente dicha, carece de tipificación como un concepto preciso y conocido unívocamente, es decir que no posee aun, una definición aceptada a nivel general por la comunidad internacional, los Estados que forman parte de ésta, no han podido aprobar un convenio de carácter universal sobre el tema terrorismo que incluya una conceptualización inequívoca y explícita, evitando lagunas y ambigüedades.

Sin embargo para entender de que situación estamos hablando, se puede decir que el terrorismo como actividad ilícita e ilegal, consiste en la utilización del “terror”, pavor, pavora, espanto, como herramienta fundamental, objeto, utensilio o arma para coaccionar a sociedades, grupos de personas determinados o gobiernos, utilizado por una amplia gama de organizaciones tanto a nivel intra-estatales como en el ámbito internacional, en la promoción de sus objetivos, generando miedo, pánico, incertidumbre, tornando dicho grupo social dentro de la inseguridad total, logrando de tal modo debilitarlo, ya que una sociedad asustada, será una sociedad débil, volviéndose mucho más fácil y sencillo, dominarla, vencerla o aniquilarla<sup>1</sup>.

Según lo sostenido por Luis de la Corte Ibáñez, una consecuencia directa de la práctica terrorista es la inseguridad no sólo fáctica sino también moral e intelectual, ya que esa imposición de condiciones busca influir en las mentes de las

<sup>1</sup> “El terrorismo internacional es una aplicación de violaciones a la población civil de forma indiscriminada con el fin de, mediante el terror, satisfacer objetivos políticos en el marco de las relaciones internacionales” (Brotóns, *Derecho internacional*).



personas que rodean las prácticas delictivas, aun cuando no llegan a ser ni parte activa, ni sus víctimas pasivas<sup>2</sup>.

Siendo que no existe un consenso respecto de su conceptualización, debe considerarse, como definición gramatical: "Dominación por el terror. Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror"<sup>3</sup>.

## 2. *Situación actual*

El progreso a lo largo de los últimos tiempos de la cooperación y colaboración internacional multilateral respecto de la lucha contra el terrorismo ha ido aumentando y diversificándose en distintos ámbitos, tanto regionales como especializados, ya que estas prácticas han ido cobrando mayores ámbitos de acaecimiento, como también conllevando mayor crueldad y barbarie. Es así, que esta ayuda mutua de carácter mundial ha tenido que ir acomodándose a las condiciones y disparadores de las distintas necesidades de cada momento histórico. Es así que, ese aumento de interés, preocupación y colaboración mundial, no es infundado, sino que junto con su incremento, vemos en la actualidad internacional el potenciamiento de los ataques y amenazas terroristas que conmueven actualmente al mundo.

Desde las decapitaciones públicas mediante los medios de comunicación y la actual y constante persecución a los cristianos que desemboca en matanzas múltiples, pasando por la trata de personas y llegando a los desplazamiento inmensos que provocan un fenómeno de refugiados impensado en la actualidad (existiendo en medio miles de actos hostiles totalmente aberrantes), estamos hoy en día viviendo un pavor impensado. La mayoría de nosotros palpamos estos hechos mediante los medios de comunicación, pero la realidad como seres humanos es que no debemos mantenernos al margen, ya que es una realidad global.

<sup>2</sup> De la Corte Ibáñez, Luis, *La lógica del terrorismo*, Madrid, Alianza, 2006.

<sup>3</sup> Diccionario de la Real Academia Española, del latín terror.

Aquel que es terrorista no respeta nada, ni la persona humana en sí, ni sus derechos, no respeta religiones, creencias, no cumple el derecho de guerra, ya que no se sujeta a las normas, los usos y costumbres de la guerra previstos por el derecho internacional, valiéndose en la mayor parte de los casos de tácticas prohibidas. Los secuestros, violaciones, extorsiones, el ataque a la población civil, provocar la situación de huida y refugio, atacar lugares de culto o bienes, son actos que merecen el rechazo de la población civil y de todo gobierno justo en el planeta, estas conductas llevan no sólo al padecimiento de las personas, sino a la más terrible muerte de la esencia humana.

Boko Haram, es la denominación que recibe uno de los dos principales grupos islámicos, que existen actualmente en el Continente africano. Éste, surgió en 2002 al norte de Nigeria en un Estado llamado Borno, dentro del Estado de Nigeria. Toma la influencia más directa de Al Qaeda del Magreb Árabe, naciendo, en un principio histórico, como fanáticos religiosos pero sin vicios terroristas, mientras que a su alrededor la realidad económica y social, mostraba miseria, dolor y hambre, para lograr de algún modo ayuda social, mediante programas que no eran compatibles con la actuación del gobierno del Estado, lo que llevo a su enfrentamiento y convertirse en insurgentes.

Al vislumbrar la imposibilidad de imponer sus ambiciones y propósitos de otro modo “más diplomático”, por decirlo de algún modo, comenzaron a imitar comportamientos y características terroristas de los movimientos Talibanes en Afganistán.

En 2014, su líder, Abubakar Shekau, no tuvo reparo en aparecer en los medios masivos de comunicación, rodeado de uniformes militares, armamento y movilidad blindada, adjudicándose la desaparición, apropiación y comercialización, de un número importante de niñas en varias aldeas africanas, orgulloso de su actuar y manifestando “Por Alá, las venderé en el mercado de esclavos”, “Dios me dio instrucciones de venderlas, son su propiedad y yo llevaré a cabo sus instrucciones”. Todo esto debido a que esta milicia islámica sostiene que el designio de Dios es que la mujer sólo limite su vida a

la realización de tareas del hogar y servir al hombre ya sea como esposa y/o madre, siendo que estas premisas religiosas y culturales llevadas al extremo, buscan dar fundamento a situaciones totalmente atroces y cuestionables<sup>4</sup>.

El objetivo directo y claro de quien comanda Boko Haram, puede vislumbrarse como el simple fomento del terror, para que la comunidad nigeriana acepte el error de aceptar en sus vidas la educación y los estereotipos occidentales, con los demonios que según este grupo terrorista conlleva. Así, desde el seno de la organización se sostiene que la mujer, debe ser esposa y no contaminarse con educación innecesaria y pecaminosa, lo que lleva a que las niñas sean vendidas como novias, ya que éstas son propiedad, según este líder terrorista, de Dios, y la voluntad de Dios es que ellas sean esposas. Evidentemente, el accionar de esta organización, configura una acción típica y criminal juzgada por la ley de “trata de personas”, es decir también un crimen de lesa humanidad<sup>5</sup>, el cual más allá de ser aberrante e imprescriptible debe ser perseguido fuertemente y juzgado como corresponde por la comunidad internacional, siendo que “por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la captación de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño o abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o extracción de órganos”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> [www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-246477-2014-05-18.html](http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-246477-2014-05-18.html).

<sup>5</sup> “La Corte Penal Internacional ha catalogado la trata de personas como un delito de lesa humanidad, esto quiere decir que es considerada como uno de los crímenes más graves que se cometen contra la humanidad, al constituirse en una violación grave a los derechos humanos de quienes la padecen”.

<sup>6</sup> “Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños”.

Según algunos expertos dedicados actualmente a la investigación en curso, las estudiantes menores de edad raptadas por este grupo fundamentalista y criminal se encontrarían repartidas en países vecinos de Nigeria como el Chad, Camerún y Níger, ya habiendo sido vendidas para distintas tareas y con distintos destinos, considerando que las niñas secuestradas corren un mayor riesgo de ser explotadas sexual y laboralmente<sup>7</sup>.

Las condiciones en las que se encuentra el mundo en la actualidad, consisten en la preocupación globalizada por enfrentar acontecimientos que evidentemente se va de las manos a las grandes potencias (o quizá eso tratan de simular), aun no siendo sucesos nuevos ni desconocidos, sino latentes hace años, pero que de todos modos sorprenden, debido a que reconoce vanguardistas y modernas conductas generadoras de terror, siendo estas conductas impensadas de realizar por un ser humano y llegando a una magnitud de crueldad insospechada, por cualquier persona. Sumado esto a que por su carácter delictivo, son penalmente reprochables, y en muchos casos siendo ejecutables mediante, o valiéndose de la estructura del crimen organizado transnacional, ya que muchas veces se realizan alianzas entre grupos terroristas y organizaciones delictivas organizadas por conveniencia, con estructuras armadas especialmente a tales fines, para colaborar entre sí a los fines de establecer vínculos operacionales, logísticos y financieros<sup>8</sup>.

Todo esto hace más difícil el establecimiento del autor, sumado a verse en muchos casos respaldados por otras organizaciones que pueden llegar a mostrarnos a nosotros, “los comunes del mundo” una cara de legalidad ficticia, teniendo una contratara negociadora con el crimen organizado.

Dentro de lo que es el marco internacional que considera el financiamiento del terrorismo como un delito independiente y autónomo.

<sup>7</sup> Laurent Duvillier, representante de UNICEF para África Occidental, 2014.

<sup>8</sup> José Escribano Úbeda, portugués, 2009.

A saber: “El Convenio Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo” de 1999. Este instrumento internacional califica al terrorismo internacional como un acto contrario al “mantenimiento de la paz y la seguridad internacional”, lo que permite incriminar directamente a aquellos que financian actos de terrorismo elevando esta actividad a la categoría de delito autónomo. Asimismo hace hincapié en el carácter preventivo del delito de financiamiento de actos terroristas. De tal modo busca penalizar la preparación y el apoyo logístico que hacen posible la existencia de organizaciones terroristas y la eventual comisión de actos de violencia. Dentro de éste se destaca como aspecto importante, algo ya mencionado, es decir que los fondos utilizados para financiar operaciones terroristas pueden ser tanto de origen legal o ilegal. Y el hecho de que provengan de actividades permitidas por la ley no les quita ilegalidad en su finalidad, ya que para configurar el delito, basta que los fondos hayan sido reunidos con el objetivo de cometer un acto terrorista (ilegal), sin necesidad de que sean utilizados de forma efectiva.

Reconociendo la realidad mundial de estos días, donde grupos y organizaciones terroristas se valen del crimen organizado, debemos agregar, que la trata de personas, no escapa al fenómeno actual de dicho accionar (crimen organizado transnacional), sino que por el contrario, junto a otros delitos, como el tráfico de armas y el de estupefacientes, esta práctica esclavista moderna es sumamente útil al terrorismo para solventar sus actividades generadoras de miedo masivo y violadoras de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas. Buscando así, y logrando exitosamente, condicionar la libertad tanto física como mental de la autodeterminación de la persona, evitando que pueda decidir libremente sobre su plan de vida, y afectando su carácter de “persona”, ya la que voluntad y libertad son características esenciales del la humanidad.

### 3. *Conclusión*

Por todo lo sostenido, y para finalizar debemos afirmar que la cooperación internacional es, en definitiva, fundamen-

tal para erradicar tales prácticas como los actos terroristas, pero para llegar a lograr dicho objetivo que muchas veces pareciera “utópico”, será necesario que aquellas potencias mundiales, que manejan el porvenir de nuestra comunidad internacional, dejen en caso de que así ocurra, de encontrar en estas operaciones terroristas, fuentes económicas millonarias, o beneficios por apoyo político, o conveniencias por ataques contra enemigos políticos en su caso, y finalmente se priorice el “respeto de los derechos humanos”, el respeto a la vida, la divinidad, y se cumpla con el compromiso adquirido al firmar la Carta de Naciones Unidas de cooperar entre todos, para lograr, mantener y reestablecer la paz y seguridad internacionales.

Las muertes, mutilaciones y violaciones de personas, más aun de pequeños niños deben hacer reaccionar al mundo entero, y así levantarnos desde nuestro humilde lugar, y cada uno dentro de las posibilidades que tengamos en relación a nuestra capacidad, empleos, profesión, hacernos oír y tratar de poner un pequeño granito de arena para hacer un mundo mejor.

Recordemos a Maquiavelo: “es más seguro ser temido que amado”<sup>9</sup>.

¡No nos dejemos amedrentar!

### *Bibliografía*

- Brotóns, Antonio R., *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Carta de Naciones Unidas, 1945.
- Diccionario “Manual de la lengua española”, Larousse, 2007.
- Enciclopedia Microsoft Encarta en línea, *Terrorismo de Estado*, 2002.
- Equipo especial sobre la ejecución de la lucha contra el terrorismo, [www.un.org/es/terrorism/ctitf/uncct/index.shtml](http://www.un.org/es/terrorism/ctitf/uncct/index.shtml).
- [http://geo-nigeria.blogspot.com.ar/2010/07/religion\\_03.html](http://geo-nigeria.blogspot.com.ar/2010/07/religion_03.html).
- [www.lanacion.com.ar/1706149-nigeria-detuvo-a-un-empresario-por-el-secuestro-de-las-estudiantes](http://www.lanacion.com.ar/1706149-nigeria-detuvo-a-un-empresario-por-el-secuestro-de-las-estudiantes).

<sup>9</sup> Maquiavelo, *El Príncipe*, 1532.