

ISSN 2408-4581



REVISTA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO

número
// 03
diciembre / 2016

E
UGD
EDITORIAL

 UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



Editorial UGD
Universidad Gastón Dachary

Salta 1912, Posadas, Misiones, Argentina
Teléfono: +54 (0376) 4438677
Fax: +54 (0376) 4438677

Revista del Departamento de Derecho de
la Universidad Gastón Dachary.
Número 3.

Contacto: editorial@dachary.edu.ar
Colección Revistas de la Editorial UGD



Sumario

“El Método Socrático en relación a la formación de competencias para audiencias ante Tribunales Superiores”..... 4

Breves reflexiones del artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación 7

Los paradigmas del Poder de Imperium. Del enfrentamiento a la intermediación..... 12

Prueba científica y nulidad de la sentencia firme. ¿Es hábil revisar la cosa juzgada en virtud del descubrimiento de nuevas técnicas probatorias? 23

Staff

Rectora:

Prof. Alba Pérez Chilavert

Secretaría de Extensión:

Lic. Gabriela Lichowski

Coordinador Editorial UGD:

Lic. Jerónimo Peralta Rodríguez

Director de Abogacía -UGD:

Dr. Juan Manuel Lezcano

Editora Revista Derecho UGD:

Dra. Vanesa Carolina Rosas

Diseño de Tapa:

DG. Rodrigo Benítez

Corrección:

Gabriela Loreiro

ISSN 2408-4581

Editorial

Año de aprendizajes y nuevas perspectivas

_____ Dra. Carolina Vanesa Rosas _____

Es un gusto volver a encontrarnos en esta nueva entrega de la Revista del Departamento de Derecho de la UGD compartiendo en esta oportunidad aportes valiosos de los docentes de esta Casa en un año que jurídicamente nos ha dejado muchos aprendizajes, atento a que durante el mismo hemos transitado los primeros pasos en la aplicación del Código Civil y Comercial, que entró en vigencia el 1° de Agosto de 2015, generándose así en la praxis de los distintos operadores del derecho el desafío de su estudio para dar, cada uno desde su lugar específico, interpretaciones a “lo nuevo”, que, como toda novedad, entraña dudas, planteos con nuevas visiones y perspectivas, y que nos mueve a todos a ser estudiantes nuevamente.

El nuevo Código consagra lo que se ha denominado la “constitucionalización” del derecho privado, dejando de lado así la tajante división entre “lo público” y “lo privado”, mirando al derecho como un todo, y planteando el diálogo de fuentes como norte a seguir para la resolución de los casos que se plantean.

Sin dudas hay mucho camino por recorrer, y por ello se toman muy valiosos los aportes de los docentes que a través de los trabajos que compartimos en el presente número nos aportan una mirada acerca de temas propios de su disciplina, y que nos hacen crecer a todos.

El Método Socrático en relación a la formación de competencias para audiencias ante Tribunales Superiores

Por Juan Manuel Lezcano, Profesor Titular y Adjunto, de la Universidad Gastón Dachary. Profesor Auxiliar de la Universidad Católica de Santa Fe - juanmanuellezcano@gmail.com

Resumen: En el siguiente trabajo se ofrece una reflexión sobre diferentes aspectos del Método Socrático y su utilidad en la enseñanza del derecho, en relación a las audiencias ante tribunales superiores.

I. Introducción

En la presente ponencia trataremos de caracterizar una de las competencias más importantes de la práctica profesional, que es nada menos la que permite desempeñarse en las audiencias públicas de tribunales superiores.

Así intentaremos, desde la caracterización y fundamentación del análisis tanto epistemológico como normativo, describir las competencias profesionales necesarias para desenvolverse en audiencias ante tribunales superiores, para luego relacionarlas con el ejercicio práctico de la profesión.

Considerando que mediante esta secuencia identificaremos las diferentes cuestiones, para madurar las herramientas en la formación de grado y vincularlas con el Método Socrático en el ámbito de las ciencias jurídicas.

II. Consideraciones generales sobre el método socrático

Cabe recordar que el rechazo al relativismo de especialistas en retórica y estudiosos del lenguaje jurídico, llevó a muchas universidades a utilizar el hábito socrático como un método inductivo; probablemente en la búsqueda de definiciones universales que no tenía una intención puramente teórica, sino más bien práctica como la de formación de competencias necesarias como por ejemplo para las audiencias ante tribunales superiores.

El Método Socrático, que también denominamos mayéutica asume el desafío de la modernidad y redefine el contorno de la enseñanza en las ciencias jurídicas, en términos que trans-

cienden los modelos tradicionales, ya conocidos de enseñanza, y la coloca en sintonía con el nuevo paradigma educativo, centrado en el estudiante y en su aprendizaje, más que en el docente.

“La mayéutica como método en la educación de los futuros abogados, adaptada a la contemporaneidad, se sustenta en lo siguiente puntos:

- a) La comunicación constante, y sistemática organizada entre institución-estudiante - docente - orientador y entorno de aprendizaje.
- b) La interactividad, como actividad fundamental del proceso de aprendizaje.
- c) La interconectividad entre temas, conocimientos, experiencias y casos.
- d) Exploración de nuevas posibilidades de aprendizaje y desarrollo.
- e) El vínculo: aprendizaje - materiales - docente - orientador - estudiante.
- f) Acceso a diferentes escenarios de aprendizaje y combinación de opciones multimediales de logro de experiencias de aprendizaje¹.

La finalidad que se sigue con la aplicación de este método enseñanza, es ser más eficaz y diversificar la enseñanza del derecho utilizando en cada caso el método más apropiado en función de los estudiantes, los contenidos y la estrategia pedagógica elegida.

III. La formación de competencias y ruptura con los antiguos esquemas jurídico

Entendemos que el uso de este método en el conocimiento de las ciencias jurídicas, se relaciona con la práctica profesional; ya que al pensar conjunta y

¹ TANTALEÁN ODAR, Christian F. “El proceso de enseñanza aprendizaje en el derecho y su relación con el método mayéutico de Sócrates”. En línea en <http://www.derechoyambiosocial.com/revista017/aprendizaje%20en%20el%20derecho.htm>

cooperativamente los aspectos teóricos del mismo con el de la práctica profesional se logra el enriquecimiento de la tarea profesional desde la realidad jurídica práctica.

La práctica profesional como realidad contemporánea en la que deben insertarse los profesionales identificándose con un conjunto de fenómenos jurídicos en expansión parte de la premisa de algunas posturas que afirman que podemos o no compartir que el derecho está técnicamente hablando donde lo dejó Justiniano.

Ya que si analizamos el contexto de la inflación legislativa que corrompe diariamente el sistema jurídico sin que haya intentos serios de trabajar sobre el problema, entendemos que todo el derecho se nos presenta como un conjunto de disposiciones y principios de la índole más diversa pero estructurada en forma muchas veces desordenada.

Esta última afirmación sin lugar a dudas ha quedado desactualizada con el concepto moderno de los digestos jurídicos², como forma y herramienta de limpieza normativa mediante su organización y esquematización en plexos orgánicos dinámicos que están siendo redimensionados mediante herramientas informáticas.

Pero en ese orden normativo y la sanción de nuevos códigos, el sentido de la revisión tanto en el ámbito legislativo, como doctrinario y pedagógico (en el caso de las universidades) lo podemos caracterizar como grandes procesos investigativos que inconscientemente cada operador del derecho realiza día a día.

Atento a que está en juego el efectivo conocimiento de las normas vigentes que la propia ley presume y las competencias necesarias para el ejercicio de la abogacía³.

IV. El desempeño profesional y la formación de competencias específicas

La práctica y el desempeño profesional se visualizan e infieren a través de las acciones que realiza el abogado, ya que el conocer la normativa aplicable a partir de un encuadre del caso constituye el primer estadio de la estrategia jurídica y es resultado de la ejercitación de una competencia.

El término competencia es habitual del mundo del trabajo, no de la ense-

El Método Socrático asume el desafío de la modernidad y redefine el contorno de la enseñanza en las ciencias jurídicas y la coloca en sintonía con el nuevo paradigma educativo, centrado en el estudiante y en su aprendizaje.

ñanza. Cuando conversamos de abogados asesores o abogados litigantes, estamos concibiendo el rol que cumplen. Al analizar el rol, dicho concepto es de suma utilidad a la hora de comprender el enfoque que buscamos en práctica y desempeño profesional, relacionándolos con la utilización de plexos normativos sistemáticos y consolidados como los conocimientos de la argumentación jurídica.

Es por lo mencionado con anterioridad que debemos recordar tres ejes fundamentales de la práctica profesional que son: SABER - HACER - SER. A partir de ello es que nos preguntamos qué saberes

debería tener el abogado para lograr abarcar las tareas específicas que el mercado laboral demanda ya sea en el Estado, Empresas, Estudios Jurídicos, etc.

Seguramente la respuesta sobre qué habilidades debía poseer y por sobre todo qué saber, va a tener un punto en común, el manejo de competencias específicas en audiencias y en especial la de los altos tribunales.

Es que esto último que el contexto de la cultura jurídica tiende a dos cuestiones actuales:

- a) una neo hermenéutica: advierte la falsedad de la función del juez al limitarse a una mera subsunción lógica de los hechos en la norma. Aplicar sin crear. No existen leyes claras per se, todas precisan interpretación y esta no constituye una mera reconstrucción de la voluntad de un legislador que es un mero artificio conceptual; y
- b) la fragmentación del sistema de derecho privado a través de las leyes especiales extracodiciales: la proliferación legislativa llevará a relativizar e incluso a cuestionar el rol del Código como eje del sistema normativo del derecho privado. Ya no estaríamos en presencia de un monosistema de derecho sino más bien de una especie de archipiélago, donde cada materia obedece a sus propios principios y reglas y no es reconducible a una normativa general y supletoria como la del viejo Código⁴.

V. Conclusiones

Si bien las facultades de derechos y las universidades tienden en determinados periodos a adaptarse en todas sus funciones al desarrollo de un perfil, tanto para docentes como los egresados de la carrera de abogacía, creemos necesario algunas precisiones para integrar las actividades científicas a la práctica profesional mediante la utilización del

² Ver BRENNAN, Ramón G. "El Digesto Jurídico. Un camino hacia la democratización de la información jurídica" en Diario La Ley 22/11/2011, 1.

³ Ver LEZCANO J. y TOTINO SOTO. M. "Escenario normativo contemporáneo y el ejercicio de la abogacía" en el Suplemento de Práctica Profesional (elDial.com - DC18D7), 2012.

⁴ LEZCANO, Juan M. "La investigación en el derecho y su vinculación con la práctica profesional" elDial.com - DC1AD7

método socrático.

Ya que al discutir el perfil de los futuros abogados que formamos; en el sentido de que los mismos pueden convertirse solamente en "técnicos jurídicos" dejando de lado la formación de "ingenieros jurídicos", es decir de quienes piensan y crean las instituciones jurídicas creemos necesario aportar las siguientes ideas:

1. Profundización de los conocimientos conceptuales, procedimentales y actitudinales, adquiridos en la/s ciencia/s que son objeto de su formación profesional y plasmarlos en trabajos académicos desde la materias específicas;
2. Intensificación del aprendizaje de los métodos de investigación científica

aplicada a las ciencias que son objeto de su formación profesional;

3. Lograr estímulos que motiven el interés y desarrollo de trabajos de investigación aplicada que permitan fortalecer los aprendizajes recibidos;

4. Favorecer y acompañar un estado de reflexión permanente de los egresados acerca del contenido y alcances de la formación profesional que vienen sobrellevando en la Universidad;

5. La promoción de la cultura jurídica que fortalezca la competencias mediante diferentes métodos pedagógicos para el desenvolvimiento tanto del estudiante avanzado como del novel abogado en la escenario de las audiencias antes superiores tribunales.

VI. Bibliografía

- BRENNNA, Ramón G. "El Digesto Jurídico. Un camino hacia la democratización de la información jurídica" en Diario La Ley 22/11/2011, 1
- NINO, Carlos, "Un país al margen de la ley", Emecé, 2ª edición, Buenos Aires, 1992.
- LEZCANO J. y TOTINO SOTO.M. "Escenario normativo contemporáneo y el ejercicio de la abogacía" en Revista digital elDial.com (DC18D7), 2012.
- TANTALEÁN ODAR , Christian F. "El proceso de enseñanza aprendizaje en el derecho y su relación con el método mayéutico de Sócrates" en línea en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/aprendizaje%20en%20el%20derecho.htm>

Breves reflexiones del artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación

Mgter. Viviana Teresita Vallaro, Abogada, Magíster en Magistratura y Derecho Judicial, Univ. Austral - Adjunto de Derechos Sucesorios, UGD - Poder Judicial Posadas - Misiones. Argentina. vivianavallaro@yahoo.com

Mgter. Martín Rubén López, Abogado, Especialista en Técnicas de Litigación. Magíster en Magistratura y Derecho Judicial, Univ. Austral. Adjunto de Derecho Comercial y Empresarial, UGD. Poder Judicial. Posadas, Misiones. Argentina. martinrubenlopez@gmail.com

"Los jueces son, en cuanto ministros de la ley, servidores del derecho para la realización de la justicia, que puede alcanzarse con resoluciones positivamente valiosas, derivadas razonablemente del ordenamiento jurídico vigente...incluso en los principios que lo integran para la decisión de los casos concretos"

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹

Sumario: En el presente trabajo se analiza el deber de motivación de los jueces y su relación con el principio de razonabilidad aplicable a toda decisión jurisdiccional, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil y Comercial recientemente sancionado.

A través del pensamiento de destacados juristas nacionales, así como del panorama brindado por el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y la destacada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se podrá visualizar que las decisiones razonablemente fundadas componen la garantía del debido proceso legal. El deber de fundamentar las sentencias es hoy parte del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

Palabras claves: Juez - Deber de resolver - Razonabilidad - Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Introducción

El deber de los jueces de resolver los casos sometidos a su jurisdicción se encontraba contemplado en el art. 15 del Código Civil de Vélez Sarsfield. El nuevo art. 3 del Código Civil y Comercial (CCyC) formula un agregado no previsto en el mencionado art. 15, al expresar que "la decisión debe ser razonablemente fundada".

Esta innovación abre el análisis hacia el deber de los jueces de fundar sus sentencias que tiene como correlato el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada o motivada por parte del órgano jurisdiccional.

El derecho-deber de motivar las sentencias constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva o al debido proceso, contemplado en la nueva visión dada al art. 18 de la Constitución Nacional.

Es que el art. 18, establece las reglas, principios y garantías del debido proceso, tanto sustantivo como adjetivo. De la inviolabilidad de la defensa en juicio, se deriva el derecho al proceso, pues para que exista defensa, debe previamente asegurarse mediante garantías que el mismo se desarrolle debidamente y además que se tenga oportunidad de acceder al proceso.

Justamente, el debido proceso legal

ha ido evolucionando, desde el derecho a la defensa en juicio y el derecho a la jurisdicción, a un derecho fundamental a la protección eficaz por parte de los tribunales de justicia, denominado derecho a una tutela judicial efectiva².

Esta nueva visión del art. 18, viene a complementarse con la expansión del bloque de constitucionalidad que a través de la incorporación de los tratados de Derechos Humanos -art. 75 inc. 22 Constitución Nacional (CN)- debe ser analizado a la luz de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Argentina, al ratificar por medio de la Ley N° 23.054 (sancionada en Marzo de 1984) la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, acepta y reconoce la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Justamente en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el deber de motivación de la sentencia constituye un componente fundamental de las garantías del debido proceso legal.

Pero además de fundada, el precepto bajo análisis establece que debe ser "ra-

¹ CSJN, 10/7/2012, Fallos: 335:1305

² Cfr. TOLLER Fernando M., "El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales", Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, legislación y práctica", 45, (2003), 543.

“Resulta imprescindible que la sentencia explicita los argumentos de derecho o de hecho en los que funda sus conclusiones decisivas, ya que - cabe reiterar- la falta de argumentación básica de sus fundamentos priva a los justiciables del más elemental derecho de fiscalizar el proceso reflexivo del sentenciador”.

zonada” es decir sus fundamentos deben abarcar tanto el camino lógico-racional, o conforme a la razón, como el aspecto sustantivo o axiológico, el camino de “lo justo”.

El presente trabajo aborda la motivación de las sentencias judiciales analizando el art. 3 del CCyC, partiendo del Anteproyecto de reforma, presentado por la Comisión Redactora del Código, pasando por el panorama brindado por el Código de Ética Iberoamericano, para ahondar en el tratamiento del tema en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.

Utilizamos en el desarrollo del trabajo extractos de las tesis de Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral, como aportes sustanciales al contenido del artículo analizado.

Decisión razonablemente fundada

En los fundamentos de la Comisión redactora del anteproyecto se afirmó que “se regula la obligación de decidir, dirigida a los jueces, conforme con la tradición en nuestro Código Civil” y agregan que la decisión debe ser razonablemente fundada, “esta disposición se aplica extensivamente a todos los jueces que deben decidir casos con obligación de fundarlos”³. Así el nuevo CCyC revaloriza el rol de los jueces en la resolución de los conflictos judiciales.

Entonces, además de estar fundada, se exige que tal fundamentación sea razonable. Así el adverbio utilizado “razonablemente” indica que debe ser conforme a la razón, como un acto de discurrir el entendimiento, argumento o demostración que se aduce en apoyo de alguna cosa.

Así la norma consagra, el principio de razonabilidad, ya precedido en la Constitución Nacional, en la jurisprudencia nacional y en el sistema interameri-

cano; y ahora expresamente en el CCyC, al estipular que la razonabilidad es lo contrario de la arbitrariedad.

Es útil recordar que, en el Estado de Derecho Constitucional en que vivimos, es trascendente que el juzgador fundamente las decisiones jurisdiccionales. Como sostiene el Alto Tribunal correntino, al referirse a este tema: “... Resulta así imprescindible que la sentencia explicita los argumentos de derecho o de hecho en los que funda sus conclusiones decisivas, ya que, cabe reiterar, la falta de esta argumentación básica de sus fundamentos decisivos priva a los justiciables del más elemental derecho de fiscalizar el proceso reflexivo del sentenciador.” Agrega que “... A la par que posibilita el control social difuso sobre el ejercicio del poder por los jueces, ya que destinatarios de las resoluciones judiciales no son solamente las partes de un litigio dado sino también y fundamentalmente, el pueblo, Juez de los jueces”⁴.

Entiendo que exigir a los jueces que sus sentencias sean razonablemente fundadas no es producto del imaginario de los justiciables, sino que es una acción con basamento constitucional conforme a la cual las decisiones judiciales deben contener una resolución clara, cierta y motivada de los asuntos que generaron su expedición.

Como sostiene Leandro Guzmán “la motivación de la sentencia es una garantía estructural de una jurisdicción democrática, de la independencia del juez y del proceso, del respeto por el principio de defensa en juicio y del interés de la comunidad”⁵.

Y señala Rodolfo Vigo que “las sociedades democráticas imponen un esfuerzo justificatorio especial por parte de aquellos que ejercen el poder. El mero argumento de autoridad ya no satisface en el ámbito de una cultura que desconfía del poder y que se nutre del

³ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Comisión de Reformas Decreto 191/2011 - <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

⁴ STJ de Corrientes, “M., O. A. c/ F., A. M”, 25/09/2014, en Revista Actualidad Jurídica. Familia y Niñez, n° 127, año X, noviembre, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2014, 4062.

⁵ GUZMÁN, Leandro, Derecho a una sentencia motivada, Ed. Astrea, 2003, 11.

pluralismo. Esas razones de índole política y social han fortalecido la necesidad de motivación que pesa sobre los jueces..."⁶.

La argumentación no sólo abarca la justificación interna -consistente en la necesidad de explicar y describir el camino lógico-jurídico que el juez ha recorrido- sino también la justificación externa -que refiere al contenido sustancial de la decisión, los valores y principios presentes en la resolución-⁷.

El art. 3° debe ser analizado conjuntamente con el art. 2° del Código Civil y Comercial que dice: "... La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Estas pautas interpretativas, constituyen un universo de herramientas para que los fallos judiciales sean una decisión razonablemente fundada.

Además, el Código Iberoamericano de Ética Judicial explicita en qué consiste el deber de motivar la sentencia. Así el art. 19 indica: "Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión" y el art. 20 agrega: "Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita".

La fundamentación de las decisiones judiciales constituye una garantía del correcto ejercicio del poder conferido a las instituciones judiciales; pese a que aún hoy, persiste en algunos ámbitos, la visión pretendidamente objetiva y aséptica del derecho, siendo que la perspectiva juricista del paradigma del Estado de Derecho decimonónico⁸ ha entrado en franco retroceso.

Más aún, cuando en los tiempos actuales predomina el paradigma del Estado de Derecho Constitucional y Convencional, que requiere una labor más creativa del juez. Esta labor creativa -opuesta a la labor del juez como boca de la ley- no implica describir y sistematizar sin ningún compromiso de valores. Al contrario, se advierte una irrupción de valores, principios y derechos fundamentales que cargan al derecho de un contenido moral ineludible⁹.

Motivación de la sentencia en el sistema interamericano

El deber de motivación de las sentencias que pesa sobre los jueces es una consecuencia del sistema republicano y democrático de gobierno que exige la justificación del ejercicio del poder.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el deber de motivación de las sentencias es un componente de la garantía del debido proceso legal, y debe ser interpretado a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso "Apitz Barbera", la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática"¹⁰.

En los casos "Yatama vs. Nicaragua" y "Chaparro Álvarez vs. Ecuador", también expresó: "El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los ór-

"Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita".

⁶ VIGO Rodolfo Luis, Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, 36.

⁷ Ibidem

⁸ VIGO Rodolfo Luis, "La ética en la interpretación judicial", en Cianciardo Juan (coord.), La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, 345 ss., 346.

⁹ Cfr. Idem, 347.

¹⁰ Corte IDH, "Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela". Sentencia del 5 de agosto de 2008, pár. 77.

“La motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”.

ganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias¹¹.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala: “El deber de motivación es una de las garantías incluidas en el art. 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”¹².

En el mismo caso refiere al contenido del deber de motivación sosteniendo que “la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado... la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”¹³.

Resulta determinante para interpretar el alcance de la garantía de motivación de las sentencias -como parte integrante del debido proceso- realizar en cada caso un control de convencionalidad.

Por lo tanto compete al Estado Argentino y en particular al Poder Judicial, realizar en el marco del control de convencionalidad, el análisis de la Convención y de la interpretación de la misma por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación al alcance del deber de motivación de las sentencias judiciales.

Como corolario de lo expuesto hasta aquí, cabe destacar que el deber de motivación es un componente más de la garantía del debido proceso legal, que implica la necesaria función de los órganos jurisdiccionales de los Estados partes del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, de resolver las decisiones sometidas a

su conocimiento teniendo en cuenta lo alegado por las partes y las pruebas analizadas en el proceso.

Conclusión

Para concluir, consideramos -por un lado- que la novedad del artículo bajo análisis se encuentra en el agregado final, en la expresión “mediante una decisión razonablemente fundada”, de la mano del Estado de Derecho Constitucional y Convencional que vivimos, exige justificar a los jueces mejor las decisiones, abandonando formalismos y prácticas inconducentes, para pasar a explicar de un modo claro las verdaderas razones que motivan la decisión, mejorando el contenido argumental y posibilitando el control de lo decidido por los interesados.

El deber apuntado no es menor, si reparamos en las deficiencias que la práctica del derecho suele mostrar a través de textos que presentan escasez o ausencia total de argumentos, falacias de distinto tipo, argumentación inconducente o incoherente con la conclusión, recurrencia interminable a citas y transcripciones que no siempre guardan relación lógica y concreta con las postulaciones o resoluciones que pretenden fundarse

Y por otro lado, conforme al Sistema Interamericano de Derechos Humanos entendemos que el deber de motivar las decisiones judiciales, es un componente de la garantía del debido proceso legal y recae por igual sobre todos los órganos jurisdiccionales de los Estados parte del sistema.

Es así que el juez -expresamente indicado en el art. 3 del CCyC- que debe dirimir los asuntos que caen bajo su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Conjuntamente con este recaudo, la resolución judicial deberá contener los argumentos jurídicos respetando la

¹¹ Corte IDH, Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez. vs. Ecuador”. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, pág. 107. Caso “Yatama vs. Nicaragua”. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153.

¹² Corte IDH, “Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela”. Sentencia del 5 de agosto de 2008, pág. 78.

¹³ Idem.

subsunción de los hechos al derecho, con estricta adecuación a los mandatos constitucionales y convencionales emergentes de la Constitución Argentina, muy especialmente los vinculados a los tratados constitucionalizados (art. 75. inc. 22 C.N.), y la jurisprudencia emanada de la aplicación de dichos instrumentos.

FINIT CORONAT OPUS

Bibliografía

- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Julio César Rivera y Graciela Medina (Dir.), T.I, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Dir.), T. I, Infojus, 2015.
- DEPETRIS, Carlos Emilio, "Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial", 2015 infojus.gov.ar Id DACF150652, 2015. <http://www.infojus.gob.ar/carlos-emilio-depetris-hacia-cambio-practica-juridica-notas-sobre-capitulo-1-titulo-preliminar-codigo-civil-comercial-dacf150652-2015-06-01/123456789-0abc-defg2560-51fcanirtcod> (última visita 30/11/2015)
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comisión de Reformas Decreto 191/2011 en Nuevocodigocivil.com <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (última visita 30/11/2015)
- GUZMÁN, Leandro, "Derecho a una sentencia motivada", Ed. Astrea, 2003.
- MASCIOTRA, Mario, "Deber de fundar las sentencias", La Ley 2013-F.
- PORRAS, Alfredo Rafael, "Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad", La Ley Gran Cuyo 2014 (diciembre), 1178, AR/DOC/4277/2014. <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a00000151600bfecd2eabd6dc&docguid=i5D4FF1EB77D2056BC5BA095C286E1D75&hitguid=i5D4FF1EB77D2056BC5BA095C286E1D75&spos=1&epos=1&td=1&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=7&crumb-action=append> (última visita 30/11/2015)
- TOLLER, Fernando, "El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales", Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, legislación y práctica", 2003
- VERBIC Francisco, "Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano". La Ley, 2014-A.
- VIGO Rodolfo Luis, "Interpretación jurídica, (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- VIGO Rodolfo Luis, "La ética en la interpretación judicial", en Cianciardo Juan (coord.), La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

Los paradigmas del Poder de Imperium

Del enfrentamiento a la intermediación

Germán Luis Noguera, Abogado y Procurador (UCSF - 2007) egresado Summa Culmen Gaudem; Contador Público (UNaM - 1995); Especialista en Tributación (UNaM - 2012) y Especialista en Sindicatura Concursal (UNaM - 2012). Es Profesor de cursos de grado en la Universidad Gastón Dachary (UGD – Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, y Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas). Doctorando en el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA. Ha dictado cursos de posgrado en el Colegio de Abogados de la provincia de Misiones. Autor de artículos de su especialidad en varias publicaciones.

SUMARIO: En el presente trabajo el autor pretende exponer de manera sucinta, los paradigmas del derecho público a la luz de la doctrina mayoritaria por una parte, para luego compararlo con el paradigma propuesto por el Dr. Carlos F. Balbín. Ambos paradigmas son analizados bajo el tamiz del principio de igualdad, concebido como aquella garantía que en términos formales requiere del legislador otorgar igualdad de trato a los habitantes que se encuentren en igualdad de condiciones, en tanto que desde el punto de vista material se exige del Estado legislar y promover medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. Finalmente se destaca a la desigualdad de trato como aquel atributo del poder imperio del Estado que permite distinguir a las normas públicas de las privadas.

I. Introducción

En las páginas que siguen se aborda el alcance del poder de imperio del Estado, considerando el criterio de la doctrina clásica en primer lugar, que se caracteriza por oponer los derechos subjetivos del ciudadano con el ejercicio o resultado de las competencias atributivas del poder, para luego analizar el criterio sugerido por el Dr. Carlos Francisco Balbín, por el cual se propone considerar al Estado como un intermediario entre los derechos subjetivos de los ciudadanos, antes que enfrentados.

Para el desarrollo de los criterios reseñados se recurrirá al principio de igualdad, contemplado formal y materialmente en los artículos 16 y 75, inciso 23 de la Constitución Nacional, por resultar dicho concepto un parámetro inescindible del análisis orientado a la relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos.

Actualmente, existe un generalizado consenso en la doctrina de incluir en el campo del derecho público -comprensible de privilegios y limitaciones- a aquellas disciplinas asociadas a la noción de autoridad, soberanía o desigualdad¹ -v.g.: derecho constitucional, tributario y administrativo- sobre la base del enfrentamiento entre el poder inherente al Estado, con los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Conviene aclarar respecto del alcance de tales términos, que el ciudadano no debe ser considerado un súbdito del poder, del Estado o de la Administra-

ción, debiendo el derecho regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, ponderando el parámetro de desigualdad o asimetría que se verifica entre las potestades públicas y los derechos de los ciudadanos².

Jurídicamente, entendemos que una norma es de derecho privado en la medida que contemple la vigencia del principio de igualdad entre las partes, ubicando en el campo de las normas de derecho público a aquellas relaciones que tienen en cuenta el principio de justicia redistributiva, para lo cual se ha de valer de los privilegios o prerrogativas que justifican el extremo opuesto que se verifica a través de relaciones de desigualdad entre las partes.

Desde el plano sustantivo del derecho público, los derechos fundamentales se pueden distinguir del poder estatal, por el destinatario de tales conceptos, teniendo en cuenta que únicamente los individuos o personas se pueden erigir como únicos titulares de derechos, en tanto que el Estado lo hace como único depositario del poder que nace de un acuerdo entre partes (individuos), pudiendo ser ampliado o limitado en su alcance a través de las garantías destinadas a proteger los derechos fundamentales.

Sobre tales premisas, se afrontará la situación de desigualdad que se revela entre las prerrogativas propias del Estado, con relación a los derechos individuales, sin que ello implique asumir una posición de enfrentamiento como

¹ Salomoni, Jorge L. Originalidad del Fundamento de la Responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual). *El Derecho. Suplemento de Derecho Administrativo*. Bs. As. 29/03/2000. Pág. 619.

² Schmidt-Abmann, Eberhard. *Le teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madrid. Marcial Pons. 2003. Págs. 21/22.

se ha planteado hasta la fecha por parte de los partidarios de la doctrina contemporánea mayoritaria.

El análisis que se propone requiere abordar el estudio de la función política del Estado, concibiéndolo como un intermediario entre los derechos de los ciudadanos, en su rol de destinatarios de las prestaciones públicas a cargo del Estado, como también de los contribuyentes cuyas prestaciones de dar, hacer o no hacer, se encuentran destinadas a cubrir el financiamiento de las prestaciones públicas.

1.1. El paradigma actual del Derecho Público

Considerando que la igualdad ha sido estipulada como una relación que responde a dos preguntas: (a) ¿Igualdad entre quienes?, e (b) ¿Igualdad en qué?³, con la aclaración de que "no es posible encontrar en la realidad una relación de igualdad absoluta..." puesto que "... la igualdad es siempre una abstracción desde un punto de vista determinado de una desigualdad dada"⁴. De modo concordante con lo expuesto, la igualdad ha sido definida como una relación entre dos o más objetos, los cuales coinciden en un elemento tomado en consideración⁵.

Atendiendo el alcance del concepto de igualdad, ¿existe un parámetro de comparación que permita establecer si entre el Estado y los habitantes existe igualdad frente a la norma jurídica que regule el vínculo entre ambos sujetos?

Desde el plano subjetivo, el problema se plantea por el hecho de encontrarse comprendida la persona del ciudadano entre los elementos naturales que conforman el "Estado", provocando dicha particularidad que la comparación entre ambos sujetos resulte abstracta, por en-

contrarse incluido el primero de los conceptos citados entre los elementos esenciales del último concepto. Trazando un paralelo con dicho extremo, se puede apreciar la irracionalidad del criterio señalado, en la pretensión de comparar un determinado órgano del cuerpo humano considerado en forma aislada, con la totalidad del cuerpo humano. De lo expuesto surge que toda confrontación de competencias derivadas del ejercicio del poder, con los derechos subjetivos atribuidos a los ciudadanos, encierra el problema de no

El ciudadano no debe ser considerado un súbdito del poder, del Estado o de la Administración, debiendo el derecho regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

contar con un parámetro común que facilite dicha comparación.

El actual paradigma que provoca incertidumbre, crisis y conflicto en el campo del conocimiento dogmático del derecho público, obedece a que el mismo pretende acceder al conocimiento suficiente y necesario inherente al equilibrio entre el poder y los derechos de las personas, vale decir, enfrentando el poder con los derechos, sin reparar en la imposibilidad de llevar adelante con meridiana expectativa de éxito dicho estudio.

Antes de abocarnos a la distinción del

objeto de estudio del derecho público y privado, debemos orientar nuestra búsqueda en el enfoque que adopta el Estado como sujeto de derecho público, ponderando los siguientes elementos:

1. El poder estatal, que debe estar ordenado y justificado de modo idóneo para la satisfacción del interés público;
2. La organización de competencias decisorias, gestionadas responsablemente por ese poder público;
3. Un procedimiento interno y externo para concretar la expresión legítima de esas decisiones;
4. La capacidad directiva y de programación de decisiones que, por su trámite y finalidades, pueden ser impuestas más allá de un marco preciso e incluso frente a quienes no las hayan consentido específicamente.⁷

En dicho esquema, cabe preguntarse si permiten los indicadores señalados distinguir al Estado de los habitantes. La respuesta dependerá de las premisas que se adopten en materia de igualdad o de desigualdad, para luego definir el lugar que el mismo ha de ocupar en el campo de las relaciones jurídicas públicas.

Sostiene Balbín⁷ que en este punto no es posible pensar y construir el derecho administrativo desde el campo de los derechos individuales exclusivamente, siendo necesario redefinir dicho pilar en términos de derechos sociales y colectivos que permitan repensar las reglas e institutos de nuestro conocimiento a partir del nuevo enfoque. Ello responde al análisis del procedimiento administrativo o contencioso administrativo judicial, que no resulta ser igual desde el plano de los derechos individuales que incorporando en su caso los derechos

³ BOBBIO, Norberto. "Igualdad y Libertad". Introducción de Gregorio Peces Barba. Ed. Paidós I.C.E.I U.A.B. Pensamiento Contemporáneo 24. Barcelona. 2000. Pág. 54.

⁴ RADBRUCH, G. Filosofía del derecho. Ed. Revista del derecho privado. Madrid. 1944. Pág. 46.

⁵ ROSSANO C. "L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale". Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli. 1966. Págs. 224,255, citado por Didier, María Marta. El principio de igualdad en las normas jurídicas. Ed. Marcial Pons. Bs. As. 2012. Pág. 22.

⁶ Schmidt-Abmann, Eberhard. Ibid. Pág. 295.

⁷ Balbín Carlos F. Manual de derecho administrativo. Ed. La Ley. 2ª Ed. Bs. As. 2013. Pág. 28.

El nuevo paradigma exige enfrentar a los derechos versus otros derechos, sobre la base de principios, reglas e institutos propios, con el objeto de contener el ejercicio del poder del Estado, asumiendo que el mismo se habrá de verificar entre los diversos derechos del ciudadano con intermediación del poder estatal.

sociales o los nuevos derechos colectivos.

Se trata de demarcar el vínculo entre Estado, derecho e individuos, en las siguientes premisas:

- i. Si el Estado debe servir a los ciudadanos y no de manera viceversa;
- ii. Si el derecho público (abarcativo del Constitucional, Administrativo y Tributario) entendido como regímenes de relaciones asimétricas, debe ceñirse a una directriz igualitaria, orientada a establecer reglas para el ejercicio razonable de competencias estatales tendientes a garantizar derechos y reducir la desigualdad entre los ciudadanos⁸.

1.2. Hacia un nuevo paradigma del Derecho Público

El conflicto señalado al describir el paradigma clásico exige repensar el concepto de los derechos y del poder mismo, sus prerrogativas y límites. Igualmente de profundo y complejo es el modo de resolución del conflicto, porque no constituye un simple intento por redefinir el límite del poder y el contenido de los derechos, sino también de repensar el otro paradigma básico del derecho público que es el interés público, vale decir, la justificación del derecho.

Entre los diferentes elementos que intervienen desde esta perspectiva encontramos⁹:

1. El poder y su justificación, es decir, el interés público;
2. Las prerrogativas y sus límites;
3. Los derechos de las personas;
4. El equilibrio entre el poder y los derechos.

El aporte intelectual que se destaca en el esquema del Dr. Balbín, señala que el paradigma no está dado por el equilibrio

entre poderes y derechos subjetivos como se planteó en términos históricos, ni debe ser el conflicto entre "Poder versus Derechos", por tratarse de un esquema diferente de "Derechos versus Derechos". De este modo, el objeto estudio del derecho público se deberá enfocar en la intermediación estatal entre derechos, antes que en el enfrentamiento del poder con los derechos.

Mientras que el fundamento del derecho privado se encuentra constituido por los límites de las libertades y los derechos individuales en función del interés de los otros individuos; el fundamento del derecho público se apoya en el respeto y protección del bien común, antes que en el interés o bien de cada individuo.

Juan Linares Quintana diferenciaba lo público y privado, precisando que "... por lo menos todo lo que se refiere a la organización del sujeto estatal que ejerce la administración, en especial del poder ejecutivo, a las formas del ejercicio de la función, a gran parte de los medios que ella utiliza y a la competencia en sentido estricto, tiene las características de derecho predominantemente público"¹⁰.

Así como el derecho público parte de un concepto de estado mínimo¹¹, el estado social y democrático de derecho, exige completar conceptos tales como el del acto administrativo y de derechos individuales, el de reglamentos y servicios, derechos sociales y personas activas.

El nuevo paradigma exige enfrentar a los derechos versus otros derechos, sobre la base de principios, reglas e institutos propios del derecho administrativo, con el objeto de contener el ejercicio del poder del Estado -entendido como el conjunto de prerrogativas que persiguen el reconocimiento de derechos versus otros derechos-, asumiendo que el mismo se habrá de veri-

⁸ Cassese, Sabino. Las bases del Derecho Administrativo. Madrid. MAP. 1994. Pág. 69. "... Con la transformación de los poderes constitucionales ... se han adoptado, en efecto, cada vez más leyes dirigidas a asegurar la igualdad entre los ciudadanos entendida en sentido sustancial. Estas leyes, han llamado a las Administraciones para que sean quienes garanticen tal igualdad, mediante la prestación de servicios tales como el de la enseñanza, el sanitario, el de la seguridad social, etc".

⁹ Balbín Carlos F. Ob. Cit. Pág. 29.

¹⁰ Linares, Juan F. Caso Administrativo no Previsto. Bs. As. Astrea. 1976. Pág. 86.

¹¹ Donde concepto tales como actos administrativo, derechos individuales -básicamente la libertad y la propiedad- y el administrado reflejan este criterio.

ficar entre los diversos derechos del ciudadano con intermediación del poder estatal.

El criterio que adopta el Dr. Balbín, no analiza el derecho público desde el enfoque del poder y sus prerrogativas, sino que lo hace desde el plano de los derechos fundamentales asumidos como límite y justificación del propio poder. Vale decir, estudiando las funciones estatales administrativas pero sin prescindir de los derechos fundamentales.

En suma, se trata de asumir un enfoque desde el lugar de los derechos inherentes a los individuos enfrentados entre sí, pero con la intermediación del Estado, que en el esquema Aristotélico interviene mediante el ejercicio de prerrogativas propias de la justicia legal o general¹², al considerar las relaciones que se fundan en lo debido a la comunidad por los individuos que la componen y ordenando todas las demás virtudes al bien general.

2. La desigualdad como atributo normativo público

Dijimos anteriormente que el derecho público es abarcativo de disciplinas tales como el derecho constitucional, administrativo y tributario, por constituir el resultado del principio de justicia redistributiva para lo cual se ha de valer de privilegios y/o prerrogativas. Ello implica reconocer una situación de desigualdad, donde el Estado se ha de ubicar en un lugar de ventaja como titular de privilegios o prerrogativas respecto de los individuos titulares de derechos fundamentales.

Precisamente, es a partir de tales atribuciones que el Estado se distingue jurídicamente de sus habitantes y que en términos comparativos justifica atribuirle un trato diferente, por la desigual-

dad de circunstancias que abarcan no sólo el aspecto subjetivo, sino que además, comprenden el resultado de las competencias -que en materia pública se interpretan como autorizaciones que el ordenamiento le atribuye- para que el mismo pueda garantizar una igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

Atendiendo al aspecto sustancial o del contenido de la prestación pública propiamente dicha, es posible advertir que el fundamento que da origen a las reglas del derecho público, revelen una nota de desigualdad de trato entre las partes -individuos y Estado- antes que de igualdad, dada por los privilegios estatales, entre los que se pueden mencionar el carácter ejecutorio de sus actos, el régimen especial de los bienes de dominio público, el agotamiento de las vías administrativas, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el carácter meramente revisor de los tribunales sobre las decisiones del Ejecutivo.

Cabe advertir respecto de la relación jurídica pública que se ha de verificar cuando el Estado intervenga en el ejercicio de su poder de imperio frente a los habitantes, la habitual confusión que se presente con respecto a su contenido, que al provenir de una misma fuente de derecho para ambos sujetos (Estado y ciudadanos), conduce a interpretar erróneamente que los mismos se encuentran en una situación de igualdad frente a la norma de donde surgen dichas relaciones jurídicas.

Sobre el particular, dice Coviello que "es ésta la distinción más antigua que se ha hecho de las normas jurídicas; pero

Mientras que el fundamento del derecho privado se encuentra constituido por los límites de las libertades y los derechos individuales en función del interés de los otros individuos; el fundamento del derecho público se apoya en el respeto y protección del bien común, antes que en el interés o bien de cada individuo.

¹² Cassagne, Juan Carlos, *Ibidem*, Pag. 61. La Justicia Como Fin Del Estado. Santo Tomas De Aquino, Suma Teológica, t. VII, Pág. 271 -2.2 A. 58 a.1.-. "La justicia (que constituye una virtud superior)... cuya división en especies se origina en Aristóteles y luego es adoptada en la escolástica -aunque con algunas variaciones-. Se pueden distinguir la "justicia legal o general", al considerar las relaciones que se fundan en lo debido a la comunidad por los individuos que la componen, ordenando todas las demás virtudes al bien general. De ello se sigue que todos los actos del hombre deben orientarse al bien común. Se desprende de esta doctrina que el bien del individuo debe subordinarse al bien de la comunidad siendo condición primordial para la existencia de la sociedad, la primacía del bien común. El contenido de la "justicia legal o general" comprende además de los deberes establecidos por las normas del llamado derecho positivo, aquellos que se deben a la comunidad por aplicación de los principios del derecho natural. Subordinada a la "justicia legal o general" se encuentra la "justicia particular", cuyas especies son las llamadas "justicias conmutativa y distributiva". Santo Tomás de Aquino expresó que la "justicia particular" es aquella que se ordena a una persona privada, pero que respecto de la comunidad es como la parte del todo. Ahora bien, toda parte puede ser considerada en un doble aspecto: 1) En la relación de parte a parte, el orden se encuentra dirigido por la "justicia conmutativa". 2) En la relación del todo respecto a las partes, el orden se encuentra por la "justicia distributiva", que busca repartir proporcionalmente los bienes comunes.

tiene en gran parte un valor histórico y tradicional, más que racional y científico. Y en verdad, el derecho es sustancialmente único, ya se limite a la fuente de que emana (la autoridad social), ya al fin a que se dirige (ordenamiento de las relaciones de la vida social), ya se tenga en cuenta el íntimo e indisoluble vínculo que constriñe a los individuos no sólo a la sociedad en general, sino también al Estado y a las asociaciones políticas que constituyen sus órganos. No sin razón podría decirse pues, que el derecho es público por su misma esencia... De las varias opiniones que se disputan en el campo, parece preferible la que coloca el criterio distintivo en la condición en que se encuentra el sujeto de la relación jurídica. Si el sujeto activo o el pasivo, o el uno y el otro, de una relación jurídica es una persona que ejerce en tal ocasión el *ius imperii* (Estado, municipio, provincia u otra entidad que tenga derecho de soberanía), la relación es de derecho público, y tal será la norma que la regule; si en cambio, el sujeto carece de *ius imperii*, o teniéndolo, no lo ejerce en la relación determinada, es esta de derecho privado y tal es la norma correspondiente"¹³.

A efectos de precisar el alcance de las relaciones jurídicas reguladas por las normas del derecho público, seguidamente abordaremos el análisis de la causa eficiente que da origen a las relaciones jurídicas en general, para luego establecer las condiciones requeridas para determinar el carácter público o

privado de una determinada relación jurídica.

3. La necesidad de causa en la relación jurídica

Las primeras aproximaciones a la temática de la causa en el derecho, permiten comprobar que constituye uno de los temas que más discusiones y opiniones doctrinarias contradictorias ha suscitado, fundamentalmente en el ámbito del derecho privado, donde la idea de causa se ha ido perfilando gradualmente como concepto proteico, al que algunas veces se le ha atribuido una significación de fuente, otras de fin, y en otras de objeto o motivo de la obligación¹⁴.

Esta disparidad de opiniones ocasionó también, una palmaria división de los autores en contrarios y adeptos a la causa, no siendo pocos lo que la consideraran incluso una noción superflua que no desempeña papel alguno en el derecho.

En esta controversia y con una visión de contexto, el examen de los términos en que la misma se ha planteado, nos posibilita observar que todas las tesis gravitan en torno al campo de las obligaciones, constituyendo ello uno de los pocos elementos de cohesión entre el conglomerado de opiniones dispares¹⁵.

Los esfuerzos doctrinales se dirigen a averiguar las razones que avalan la producción de los efectos del negocio, por entenderse que no bastan el consentimiento y el objeto, sino que se requiere

algo más: una "causa" que avale el amparo que la ley otorga a la voluntad privada para dar nacimiento a los efectos jurídicos del negocio¹⁶.

Por su parte, las normas del Código Civil y Comercial advierten la exigencia de causa para que haya obligación. "No hay obligación sin causa", dice el art. 726 del CCyC (antes art. 499 CC de Vélez), lo que implica elevar a la categoría de elemento constitutivo de la obligación al hecho que la origina¹⁷. No es concebible una obligación que carezca de causa eficiente. Semejante figura, aunque tuviese la apariencia de obligación sería como tal jurídicamente inexistente y exigiría que no se la tratara conforme a su apariencia sino de acuerdo con su efectiva realidad sustancial. Por tanto, el régimen propio de las obligaciones sería extraño a esa situación, en la que el titulado acreedor no sería tal.

Lo que no impide que un acto jurídico sea, por razón de su finalidad ilícita, una causa ilegítima de obligaciones. Ello así porque tal acto caería bajo la prohibición del art. 279 del Código Civil y Comercial; y consiguientemente no sería un título válido de obligación. Empero la finalidad ilícita del acto jurídico que es un motivo por el cual el respectivo acto es calificado como causa ilícita de obligación, no agota las razones de tal calificación, esto es, puede haber motivos distintos de la finalidad del acto que lo tornen causa ilícita o ilegítima de obligación, por ejemplo, un impuesto inconstitucional o un contrato sobre

¹³ Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Librería el Foro. Bs. As. 2003. Págs. 12 y 13.

¹⁴ Giuliani Fonrouge, Carlos M. *Ibidem*, Pág. 488. Expresa que "...del desarrollo histórico de la teoría de la causa en materia tributaria conduce a hallar su origen en la teoría medieval, como un aspecto de la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo. Aquella aparece en Santo Tomás de Aquino y en otros teólogos, con el distinguo entre impuestos justos (con causa), que es pecado no satisfacer, e impuestos injustos (sin causa), que no deben pagarse por responder al proceder arbitrario del soberano. Con esta idea se elabora una doctrina que llega a establecer el distinguo entre causa finalis, vinculada con el bien común o interés público a que debe destinarse el tributo; causa efficiens, consistente en la potestad tributaria actuando dentro de sus limitaciones (soberanía); causa formalis, o sea, la relación proporcional entre el tributo y las posibilidades del individuo (adecuación a la capacidad contributiva); y causa materialis, que indica las personas y cosas susceptibles de imposición... El concepto de causa reaparece a fines del siglo XIX en la escuela jurídica italiana, con Ranelletti, quien considera que el servicio, entendido en general, que presta el Estado a la sociedad, es la causa primera y mediata del impuesto; y como no es posible determinar la importancia de aquél con respecto a cada contribuyente, ni la porción de gastos atribuibles, se ha tomado en cuenta la riqueza, de modo tal que la posesión o el consumo de ella constituye la causa última e inmediata. Así llegamos al período contemporáneo, en que también se advierten las corrientes causalistas y anticausalistas y donde las primeras se diversifican en tal forma que se hace difícil la sistematización. Entre los autores causalistas, unos son partidarios de aplicar la obligación tributaria, el concepto de causa elaborado por el derecho privado; otros, en cambio, consideran que la causa tiene en derecho público una significación especial; algunos -como Totabas- buscan una conciliación entre ambas tendencias; la mayoría de los tratadistas concibe la causa en sentido finalista, pero otros como fuente o como motivo. En cuanto a la función e importancia de la causa, ciertos autores hacen de ella un elemento esencial para la validez jurídica de la obligación, en tanto otros la conciben, únicamente, como medio o antecedente de interpretación...".

¹⁵ Giuliani Fonrouge, Carlos M. *Derecho Financiero*, 6 ed. Depalma, Bs. As. 1997, Vol. I, Pág. 508.

¹⁶ Sainz de Bujanda, Fernando. *Análisis Jurídico del Hecho Imponible (Continuación)*. "Revista de derecho financiero y hacienda pública", N° 61, Madrid, 1965, Pg. 48 y 49. Citado por Galarza, César. *Idem*. Pág. 433.

¹⁷ El Código de Vélez Sarsfield dedicaba a la causa de las obligaciones los arts. 499 a 502. En todos esos preceptos, la causa alude al hecho antecedente o título de la obligación. Algunos autores piensan que en los arts. 499 a 502 la causa allí aludida no es la causa eficiente de la obligación, como nosotros entendemos sino la causa final de ella, esto es, el móvil o propósito que se ha tenido al constituirla. Otros, más numerosos, distinguen y consideran que el art. 499 se refiere a la causa eficiente, mientras que los arts. 500 a 502 contemplarían la causa final. Pensamos que estas opiniones no son acertadas.

herencia futura.

De ahí que el ejercicio de actividades ilícitas, como la comercialización de drogas prohibidas, o de actividades contrarias a la moral y a las buenas costumbres, como el ejercicio de la prostitución, no pueda ser incluido en el objeto de los tributos que se traducen en prestaciones de dar. Y así resulta de las disposiciones contempladas en los artículos 726 y 279 del Código Civil y Comercial, al desconocerse los efectos jurídicos de aquellas obligaciones que tengan por objeto una causa ilícita.

Si la fuente de la obligación es el hecho que la produce, lo esencial de ese hecho será su aptitud jurídica para crear la relación obligacional. Allí donde no había vínculo alguno entre dos personas, la configuración del hecho que hace nacer una obligación, transformando a dos personas extrañas entre sí, en acreedor y deudor, se puede verificar a través de:

1- Los actos de voluntad particular, especialmente el contrato, que no recibe de la ley esa virtualidad que lo erige en factor productivo de obligaciones, sino de su propia índole. La ley puede limitar y condicionar la eficacia del acto jurídico, pero no puede desconocerla. La misma naturaleza de las cosas impone el acatamiento que merece la intención individual, cuando actúa dentro de la órbita del legítimo ejercicio de la libertad. Por ello es que, en ese supuesto, la efectiva causa de las obligaciones que vincule esas voluntades, reside en el acto jurídico respectivo.

2- Los hechos ilícitos. Desde la antigüedad romana se veía en el *alterum non laedere* uno de los postulados esenciales del derecho, que no está en el arbitrio del legislador modificar. En otras palabras, no podría dictarse una ley que privase al hecho antijurídico dañoso de su virtualidad obligacional, si ello hiciera el legislador, ese dictado sería absurdo por resultar

gravemente ofensivo del derecho natural. Por ello afirmamos que el hecho ilícito es causa de obligaciones, y recibe esa virtualidad de la propia naturaleza de las cosas, que no está en el arbitrio del legislador modificar.

Cabe aclarar al respecto, que la ilicitud del hecho que sí se reconoce como causa de la obligación de indemnizar los daños causados, no se debe confundir con aquellos hechos ilícitos que eventualmente puedan ser considerados parte integrante del objeto de una relación jurídica, cuyo efecto es la nulidad, como si no tuviesen objetos (v.g. es el caso antes citado de la comercialización de drogas prohibidas o del ejercicio de la prostitución).

3- La norma jurídica es causa de obligaciones en todo otro supuesto, distinto de los ya contemplados, cuando la obligación surge de la eficacia que en ese sentido atribuye la norma a cierto hecho antecedente. En suma, la causa lícita de la obligación es el acto o disposición legal que la origina, no disconforme a la norma jurídica. La causa de la obligación alude a su origen y de ahí que las prestaciones originadas en un acto o contrato ilegítimo no produzcan efecto "por fundarse en una causa ilícita".

Afirmamos que el art. 726 del CCyC, en su mención de la causa de la obligación, se refiere a un mismo e idéntico elemento esencial de la obligación a saber, el antecedente explicativo de ella, el título en que se funda, la causa de deber, siendo un elemento esencial que se encuentra en el origen o raíz de la obligación, de donde proviene ella, y de ningún modo en su resultado o consecuencia.

3.1. Las relaciones jurídicas privadas

Conforme lo anticipáramos en el punto anterior, en el caso particular de las relaciones jurídicas privadas o de carácter civil, la causa que da origen a las mis-

mas resulta comprensiva de aquellos hechos reconocidos con virtualidad suficiente por el ordenamiento jurídico.

Mientras el motivo del acto que requiere ponderar la causa se ha de expresar a través de la configuración fáctica de aquellos hechos jurídicamente relevantes; subjetivamente se exige corroborar la existencia concomitante de discernimiento, intención y libertad, para precisar el fundamento o finalidad de los sujetos que intervienen en toda relación jurídica.

Luego, de la naturaleza jurídica del acto surgirán los elementos de juicio que permitirán interpretar la eventual existencia o ausencia de sinalagma o contraprestación entre las partes que intervienen en una relación jurídica de derecho público, para poder establecer la eventual existencia o ausencia de igualdad en el contenido de la prestación y su respectiva contraprestación.

La igualdad se puede verificar en todo contrato de compra venta, en la medida que el precio de la cosa prometida se identifique con el valor de la misma.

En el caso de la donación, cabe precisar frente a la identidad de la cosa que constituye el objeto de la prestación de dar por parte del donante, que debido a la ausencia de contraprestación en la persona del donatario en favor del primero, la pretendida situación de igualdad culmina desvaneciéndose para dar lugar a su antónimo de desigualdad. La desigualdad del vínculo jurídico obligacional de la donación permite corroborar en la persona del deudor respecto del acreedor de una cosa mueble prometida en donación, a través de la ausencia de sinalagma o contraprestación del donatario respecto del donante.

La aparente igualdad que ambas partes asumen respecto del contenido del objeto de la prestación (v.g. referido el valor de la cosa prometida que es idéntico para ambas partes) desde un plano estático - formal, termina cediendo frente a la desigualdad que se revela al considerar dinámicamente el conte-

nido prestacional de la relación, por el resultado de analizar la causa eficiente y los efectos que de ella emanan -v.g.: luego de operado el nacimiento de la prestación de dar-, haciendo surgir de modo evidente la desigualdad motivada en la ausencia de una contraprestación idéntica por parte del acreedor en beneficio del deudor.

De lo expuesto se desprende que en el ámbito de las relaciones jurídicas de carácter privado, se puede llegar a verificar una situación de desigualdad en el contenido de las prestaciones inter partes -v.g.: como es el caso de la donación-, en la medida que ninguno de los sujetos intervenga en el ejercicio del poder de imperio.

3.2. Las relaciones jurídicas de carácter público

Este ámbito del conocimiento se apoya en la figura del derecho subjetivo debilitado, que surge al confrontar un derecho subjetivo con la noción de interés público que obliga a reconocer la prevalencia lógica del derecho público respecto del privado, razón que justifica la protección legal del interés particular debilitado.

De acuerdo a lo anticipado en el apartado 3.1, la causa de este tipo de relaciones jurídicas se origina de manera exclusiva en forma ex lege.

Tomemos el caso previsto en una norma legal que otorga una prestación benéfica¹⁸, a favor de sujetos de baja o nula capacidad económica para asegurarles su derecho de estudiar. En este ámbito, la necesaria presencia de discrecionalidad se puede verificar en oportunidad de sancionarse la norma de grado superior por parte del legislador, como también al llevarse a cabo la reglamentación administrativa con el

objeto de establecer los requisitos y condiciones para acceder al subsidio para estudiar, que culminará en el debilitamiento del derecho subjetivo reconocido por la norma legal, al exigir la subordinación de la conducta de los administrados, que naturalmente basa en situaciones de verdadera necesidad.

En tal esquema, resulta claro que el reclamo por la eventual ausencia del subsidio que cualquier interesado pueda alegar ante la simple denegación que el Estado formule en materia reglamentaria no resultará suficiente para conmo-

El debilitamiento del derecho subjetivo se encuentra presente en toda subordinación que el administrado debe asumir frente a normas de carácter público.

ver el criterio del juzgador frente a la nota de discrecionalidad que el ordenamiento atribuye al Ejecutivo administrativamente. Para asegurar que el reclamo por un eventual subsidio denegado se encuentre en condiciones de prosperar, el interesado que se encuentra en situación de desventaja debería alegar y demostrar la contradicción lógica entre el interés público protegido, con el fruto de la discrecionalidad de la norma administrativa por la cual se haya soslayado una situación de verdadera necesidad insatisfecha en el interesado. Como se advierte en el caso bajo análisis, no es una tarea que resulte fácil de

demostrar.

Si en el ejemplo del apartado anterior, sustituimos el beneficio del subsidio por el caso de un impuesto a determinar, el natural debilitamiento del derecho subjetivo de los contribuyentes frente al Estado también se puede corroborar en oportunidad de llevarse a cabo la determinación voluntaria de la gabela.

Ello obedece a que el debilitamiento del derecho subjetivo se encuentra presente en toda subordinación que el administrado debe asumir frente a normas de carácter público. A esta conclusión arribamos a poco de analizar las relaciones jurídicas cuya causa eficiente se encuentra en la ley¹⁹.

En el caso particular de los funciones administrativas, hay que tener en cuenta que las mismas no dejan de representar obligaciones ex lege²⁰ -impuestas al Estado por la Constitución y por la ley-, y que la ausencia de identidad entre la prestación de dar a cargo de los ciudadanos, con respecto de las prestaciones destinadas a cubrir las necesidades públicas por parte del Estado en general, constituyen claros ejemplos que por su generalizado carácter y evidente corroboración fáctica de desigualdad, nos inclinan por promover una posición distinta de las sostenidas hasta el momento, sin que ello implique negarles la correspondencia que existe entre las prestaciones de dar, hacer y de no hacer de los ciudadanos con aquellas que se encuentran a cargo del Estado.

La posición a la que adherimos implica desechar el reconocimiento de identidad en el contenido de las prestaciones de los individuos con relación a las prestaciones del Estado, teniendo en cuenta la desigual correspondencia en el contenido de las mismas.

Si entre las diferentes prestaciones

¹⁸ http://fines.educ.ar/acerca/que_es_el_plan_fines.php Es el caso del denominado "plan FinEs" del Ministerio de Educación de la Nación, destinado a los jóvenes y adultos mayores de 18 años que no iniciaron o no terminaron la primaria o la secundaria.

¹⁹ Noguera, Germán Luis. Reflexiones dogmáticas sustantivas para la sanción de un estatuto del contribuyente. Ed. Ius. Misiones. 2012. Pág. 88. Si la fuente de la obligación es el hecho que la produce, lo esencial de ese hecho será su aptitud jurídica para crear la relación obligacional. Allí donde no había vínculo alguno entre dos personas, la configuración del hecho que hace nacer una obligación, transformando a dos personas extrañas entre sí, en acreedor y deudor, se puede verificar en: 1- Los actos de voluntad particular (especialmente el contrato); 2- Los hechos ilícitos (Desde la antigüedad romana se veía en el alterum non laedere uno de los postulados esenciales del derecho, que no está en el arbitrio del legislador modificar); y 3- La norma jurídica (Es causa de obligaciones en todo otro supuesto distinto de los ya contemplados, cuando la obligación surge de la eficacia que en ese sentido atribuye la norma a cierto hecho antecedente: El hecho imponible por ejemplo).

²⁰ Tanto en cabeza del sujeto Estado a quien se le atribuye con el carácter de prerrogativa, como en lo atinente al contenido de sus prestaciones inherentes a la administración, que exigen verla como una carga u obligación (pese a que ambos conceptos pueden ser distinguidos, a los fines de este análisis no los vamos a considerar separadamente).

que recaen en los ciudadanos, se encuentran las tributarias que son destinadas a financiar las prestaciones públicas a cargo del Estado, cuyo vínculo jurídico no admite equiparar los contenidos prestacionales a cargo de ambas partes, por la ausencia de identidad en el objeto de las mismas; debemos concluir admitiendo que "la desigualdad de trato del Estado frente a los contribuyentes reviste carácter de regla general"²¹.

Asumir que en un Estado de Derecho, la atribución de dicha desigualdad se corresponda con un error de criterio y de deficiente análisis de la cuestión, constituiría una crítica de carácter dogmático, con signos de evidente contrariedad frente a los más elementales conceptos institucionales que el derecho político pretende proteger. Veamos.

4. Teoría de la Concatenación prestacional o de los eslabones

El título del apartado se refiere al contenido de las relaciones jurídicas públicas de carácter tributario, que por la especial vinculación que en materia económica se advierte a través de la unidad de medida que se acostumbra aplicar en la determinación de la capacidad económica de las partes, hemos seleccionado para determinar el carácter no sinalagmático que en toda relación regulada por normas de orden público se puede llegar a observar.

En un escenario constitucional como el vigente en la mayoría de los estados americanos, donde expresamente se encuentra consagrado el Estado Social de Derecho, constituye un evidente error de interpretación sostener que en

el vínculo jurídico tributario sustantivo prevalece el atributo de la igualdad entre el Estado y los contribuyentes²² como lo afirmara la doctrina clásica tributaria²³.

En la obra titulada "El Hecho Imponible" escrita en el año 1943 por Dino Jarach, este autor considera que "la igualdad de las normas tributarias sustantivas con las demás normas jurídicas que establecen obligaciones ex lege", da lugar a la obligación tributaria como una relación de derecho y de carácter personal antes que una relación de poder, debido a que "...las dos partes

El Estado se encuentra obligado a respetar los límites que el propio ordenamiento le impone para equilibrar la relación jurídica exorbitante con relación a los administrados.

*están en un pie de absoluta igualdad. Ninguna puede arrogarse más derecho que el que la ley ha establecido expresamente*²⁴.

En el mismo sentido, Ramón Valdés Costa señalaba que cuando se habla de "igualdad", se está refiriendo a la igualdad jurídica y no a la igualdad de hecho, para así presumir que el Estado y el Contribuyente se encontraban sometidos por igual a la ley y a la jurisdicción con los derechos y obligaciones que es-

tablecen las leyes para cada uno de ellos²⁵.

Sostenían estos autores que la negación de tal consideración de corte dogmático importaba asumir a la obligación tributaria como una "relación de poder" antes que una "relación de derecho", resultando inadmisibles dicha interpretación en un Estado social de derecho, donde se supone que el Estado frente a la norma tributaria se encuentra en un plano de igualdad con los ciudadanos contribuyentes.

En el esquema de igualdad teórica que plantea la doctrina clásica, la imposición de tributos se presenta como un fenómeno esencialmente jurídico, desde el instante en que se genera en el ciudadano común, un estado de conciencia de su obligatoriedad.

Concomitantemente surgen emociones encontradas en el ciudadano contribuyente frente al poder de imposición del Estado, cuando la tutela de la persona humana se enfrenta a situaciones de desigualdad de trato propias del ejercicio exorbitante, cuando no abusivas²⁶ de las competencias atribuidas al Estado, que invocando la naturaleza pública del acreedor, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la superioridad de los fines del Estado que persigue recursos para satisfacer necesidades de la comunidad, justifica la consagración de prerrogativas en su favor²⁷.

Si la igualdad jurídica de trato frente a la norma tributaria exige no favorecer a ninguna de las partes, la vigencia del principio que presume legítimo los actos administrativos, el solve et repete

²¹ Noguera, Germán Luis. Ob. Cit. 2012. Pág. 75

²² Es la posición que asumió la doctrina clásica tributaria, que nace con Nawiaski (citado por Casás José O. Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente. Ed. Ad Hoc. Bs. As. 2002. Pág. 144) y en Alemania y se reprodujo a través de Jarach (Argentina), Valdés Costa (Uruguay) y Gomez de Souza (Brasil). Extraído el 10/07/2014 desde http://ipdt.org/uploads/docs/o8_Rev21_RVC.pdf

²³ NAWIASKY Hans. Cuestiones Fundamentales de Derecho Tributario. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1982. Pág. 53; JARACH, Dino. "El Hecho Imponible". Ed. Abeledo-Perrot. 1996. 3 Edición. Bs As, Pág. 57; VALDÉS COSTA, Ramón, "Instituciones de Derecho Tributario", 2ª Ed., Lexis Nexis Depalma, 2004, Bs. As. Pág. 12; CASÁS, José O. "Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente". Ed. Ad Hoc. Bs. As. 2002. Pág. 144; SPISSO, Rodolfo R. "Acciones y Recursos en Materia Tributaria". Ed. Abeledo-Perrot. 3 Ed. Bs As. 2010, Pág. 173.

²⁴ JARACH, Dino. "El Hecho Imponible". 3ª Edición. Ed. 1996. Abeledo-Perrot. Bs. As. Pág. 63.

²⁵ VALDÉS COSTA, Ramón. "Principio de igualdad de las partes de la relación jurídica tributaria". Artículo extraído el 10/07/2014 desde http://ipdt.org/uploads/docs/o8_Rev21_RVC.pdf

²⁶ De acuerdo con la doctrina de la CSJN establecida en Fallos 333:935 del 15/06/2010 correspondiente a la causa "AFIP c/Intercorp SRL" que declaró la inconstitucionalidad del art. 92, sexto párrafo de la ley 11.683; en Fallos 333:993 del 15/06/2010 correspondiente a la causa "Hermitage SA c/PEJ - MEOSP - Título 5 - Ley 25063" que declaró la inconstitucionalidad del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta al no admitir la deducibilidad de los pasivos de la base imponible; en Fallos 332:1571 "Candy SA c/AFIP y otro" del 03/07/2009 que declaró la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24073, del art. 4 de la ley 25561 y toda otra norma que impedía a la actora aplicar el ajuste por inflación impositivo; etc.

²⁷ SPISSO, Rodolfo R. Igualdad de las partes de la relación procesal tributaria. Suplemento Constitucional. Ed. LL-2009-F-445. Pág. 59.

El único ámbito donde la pretendida relación de igualdad interpartes se podría llegar a verificar es en el campo del derecho procesal, a través de la premisa que en Francia se conoce como "igualdad de armas".

o los menores costos en las prestaciones accesorias del Estado -por sólo citar algunos de los privilegios que el ordenamiento jurídico le otorga-, constituyen ejemplos en contrario de lo establecido por la doctrina a través del dogma de la igualdad, que no resisten su paso por el test de constitucionalidad bajo el amparo del principio de igualdad ante la ley.

Considerando que el dogma de la igualdad no se ajusta en los hechos al principio de igualdad concebida como garantía en nuestra constitución nacional, deviene inválida su alegación para justificar la vigencia de los institutos señalados en el párrafo anterior, motivo por el cual se propone a través de la presente tesis, admitir la existencia de desigualdad entre las partes frente a la norma tributaria, a efectos de encontrar una explicación que avale la vigencia de las señaladas ventajas en favor del Estado.

Si el argumento de la natural desigualdad que señalamos, surge del propio modelo de Estado a partir del poder de imperium que le atribuye de competencias exclusivas y excluyentes para ejercer las diferentes funciones políticas, administrativas y judiciales (v.g.: Mediante la creación, percepción y declaración de tributos destinados a financiar las funciones administrativas); con más razón cabe sostener que en el ejercicio de tales competencias, el Estado se encuentra obligado a respetar los límites que el propio ordenamiento le impone para equilibrar la relación jurídica exorbitante con relación a los administrados. Para esta posición que promuevo, la exorbitancia debe ser considerada como sinónimo de desigualdad.

La reducción del análisis metodológico de la relación jurídica tributaria a un aspecto de contenido estático y formal, para reconocer a las partes que intervienen en ella encontrarse en una situación de igualdad frente a la norma,

exige dejar de lado el contenido del vínculo obligacional, dado que al no verificarse en los tributos la existencia de obligaciones recíprocas equivalentes (por no decir iguales) entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la relación, corresponderá reconocer a la posición jurídica de ambas partes el atributo de la desigualdad en lugar de la igualdad, al permitir el Estado usufructuar el vínculo jurídico como titular de un crédito en una posición de ventaja natural, en tanto que el contribuyente al asumir la deuda como responsable partícipe del hecho imponible, terminará por ubicarse en una clara situación de desventaja.

Del mismo modo, si nos ubicamos en el lugar del ciudadano visto como destinatario de las funciones administrativas del Estado, podremos corroborar la función intermediaria del Estado, considerando la inexistencia de obligaciones recíprocas equivalentes entre el sujeto activo (Estado) y el sujeto pasivo (ciudadano) de la relación jurídica administrativa.

En base a tales consideraciones estimamos que el único ámbito donde la pretendida relación de igualdad interpartes se podría llegar a verificar, es en el campo del derecho procesal, a través de la premisa que en Francia se conoce como "igualdad de armas". Por la señalada razón, asumimos que este criterio al que calificamos de formalista y estático²⁸, deviene limitado a los fines de identificar la verdadera naturaleza de la relación jurídica administrativa, dado que al soslayar el contenido de la prestación y su correspondiente efecto entre el deudor y el acreedor, también desestima considerar el aspecto administrativo que hace a la esencia de la función ejecutiva propiamente dicha, desde un enfoque sustantivo o material.

En otras palabras, el análisis del aspecto material de la relación jurídica administrativa se traduce en la ausencia de igualdad sinalagmática en el conte-

²⁸ Por atender al aspecto subjetivo y estático del vínculo jurídico obligacional.

nido de las prestaciones de ambas partes (Estado e individuos), extremos que al expresarse por defecto reconocerá situaciones de desigualdad en el contenido de las prestaciones tributarias consideradas en particular, con relación a las prestaciones que el Estado debe brindar en el marco de las funciones públicas consideradas en general.

Cabe advertir metodológicamente que el aspecto económico de la realidad social revela un conjunto de necesidades públicas que el Estado se encuentra llamado a satisfacer mediante la sanción de leyes y el dictado de reglamentos, de carácter indelegable por provenir del ejercicio del poder de imperio y de modo coactivo, atendiendo la capacidad económica de los ciudadanos -v.g.: contribuyentes y destinatarios de subsidios en general-, como así también respecto de la ventaja que el gasto público puede ocasionar o de la contraprestación directa que los servicios públicos puedan brindar a los destinatarios legales -individuos-.

Vale decir, que a partir de los señalados aspectos económicos, será posible hallar una relación entre la prestación de dar, implícita en toda obligación tributaria por ejemplo, con la prestación de dar, hacer o no hacer a cargo del Estado, en oportunidad de llevar adelante las actividades requeridas para satisfacer las necesidades públicas.

Debemos señalar a modo de advertencia sin embargo, que el aspecto que se intenta destacar, no se limita al carácter sinalagmático o de contraprestación que para una parte de la doctrina asumirían las prestaciones de dar por parte del Estado con relación a las prestaciones de dar de los contribuyentes²⁹; antes bien, se intenta destacar el carácter de "causa fuente" que asumen las prestaciones tributarias a cargo de los contribuyentes, para financiar las prestaciones públicas del Estado desti-

nadas a la población en general.

La relación económica indicada, constituye el argumento de lo que hemos dado en llamar "Teoría de la concatenación prestacional" o "Teoría de los eslabones"³⁰, y que jurídicamente la expresamos de la siguiente manera:

"Toda prestación tributaria siempre se debe relacionar con una prestación pública de carácter fiscal o extrafiscal que el Estado previamente la determina mediante la sanción de ley".

La teoría de los eslabones, al vincular las necesidades de los ciudadanos como destinatarios de las prestaciones públicas a cargo del Estado, con la capacidad contributiva de los contribuyentes que se encuentran en condiciones de financiar tales fines, nos permite ubicar al Estado como un intermediario entre los derechos inherentes a las personas vulnerables y que requieren ser asistidas, frente a los derechos de aquellas personas que reúnen capacidad para asistirlas.

5. Conclusión

De acuerdo con el paradigma propuesto, cabe formular el siguiente planteo ¿Qué lugar ocupa el Estado frente al ciudadano? La respuesta dependerá del lugar o enfoque que se resuelva adoptar.

Mientras que en materia de derechos humanos, es el individuo el que goza de la protección que le reconoce el ordenamiento a través de las garantías; administrativamente cabe sostener que es el Estado el que se ubica en un lugar de privilegio.

Pero cabe advertir con relación a este privilegio propio de las prerrogativas inherentes a la función administrativa, que el mismo se ha de verificar únicamente a través de la intermediación que el Estado asuma entre las necesidades y las prestaciones de los ciudadanos³¹.

La teoría de los eslabones permite ubicar al Estado como un intermediario entre los derechos inherentes a las personas vulnerables y que requieren ser asistidas, frente a los derechos de aquellas personas que reúnen capacidad para asistirlas.

²⁹ Este criterio doctrinario fue sostenido por Bembenuto Griziotti en Italia, hacia la primera mitad del siglo XX (citado por Jarach Dino. Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Ed. Abeledo PerrotBs. As. 4ª Ed. Bs. As. 2013. Pág. XLV del Prólogo).³⁰ AGÜERO, Juan Omar. "El presupuesto público como instrumento de control social de la gestión pública". Trabajo preparado para el Primer Congreso Internacional de Control Gubernamental, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Noviembre 2010.

³¹ Noguera, Germán Luis. Ob. Cit. 2012. Pág. 78.

En suma, la posición propuesta por el Dr. Balbín, ubica al Estado en un lugar distinto al lugar previsto por la doctrina contemporánea, al exigir que se lo ob-

serve como un "intermediario" en la administración de recursos antes que enfrentado a los derechos de los contribuyentes y ciudadanos, para de

este modo dejar enfrentados los derechos de los contribuyentes con los derechos de los ciudadanos, en un ámbito propio de los derechos fundamentales.

FUENTES

Bibliográfica:

BALBÍN Carlos F. Manual de derecho administrativo. Ed. La Ley. 2ª Ed. Bs. As. 2013.
BOBBIO, Norberto. "Igualdad y Libertad". Introducción de Gregorio Peces Barba. Ed. Paidós I.C.E. | U.A.B. Pensamiento Contemporáneo 24. Barcelona. 2000.
CASÁS, José Osvaldo. Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente a partir del principio de reserva de la ley tributaria. Ed. Ad Hoc. Bs. As. 08/2002.
CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo. Tomo I. 7 Ed. Ed. Lexis Nexis. Bs. As. 2003.
CASSESE, Sabino. Las bases del Derecho Administrativo. Madrid. MAP. 1994.
COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Librería el Foro. Bs. As. 2003.
GIULIANI FONROUGE, Carlos M. Derecho Financiero, 6 ed. Depalma, Bs. As. 1997, Vol. I.
JARACH DINO. Curso De Derecho Tributario. Ed. Cima. 1980. Bs. As.
JARACH DINO. Hecho Imponible. Ed. Abeledo Perrot. 1994. Bs. As.
LÍNARES, Juan F. Caso Administrativo no

Previsto. Bs. As. Astrea. 1976.
NAWIASKY Hans. Cuestiones Fundamentales de Derecho Tributario. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1982.
NOGUERA, Germán Luis. Reflexiones dogmáticas sustantivas para la sanción de estatus del contribuyente. Ed. Ius. Misiones. 2012.
RADBRUCH, G. Filosofía del derecho. Ed. Revista del derecho privado. Madrid. 1944.
ROSSANO C. "L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale". Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli. 1966.
SALOMONI, Jorge L. Originalidad del Fundamento de la Responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual). El Derecho. Suplemento de Derecho Administrativo. Bs. As. 29/03/2000.
SAINZ DE BUJANDA, Fernando. Análisis Jurídico del Hecho Imponible (Continuación). "Revista de derecho financiero y hacienda pública", N° 61, Madrid, 1965.
SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. Le teoría

General del Derecho Administrativo como Sistema. Madrid. Marcial Pons. 2003.
SPISSO, Rodolfo R: "Acciones y Recursos en Materia Tributaria". Ed. Abeledo-Perrot. 3 Ed. Bs As. 2010.
SPISSO, Rodolfo R. Igualdad de las partes de la relación procesal tributaria. Suplemento Constitucional. Ed. LL-2009-F-445.
VALDÉS COSTA, Ramón, "Instituciones de Derecho Tributario", 2ª Ed., Lexis Nexis Depalma, 2004, Bs. As.
VALDÉS COSTA, Ramón. "Principio de igualdad de las partes de la relación jurídica tributaria". Artículo extraído el 10/07/2014 desde http://ipdt.org/uploads/docs/08_Rev21_RVC.pdf

Normativas:

Constitución Nacional

Páginas de Internet:

http://fines.educ.ar/acerca/que_es_el_plan_fines.php
http://ipdt.org/uploads/docs/08_Rev21_RV_C.pdf

^{3*} La construcción del Estado moderno argentino en el siglo XIX tiene un mensaje nacional que se expresa en el Preámbulo de 1853: los representantes del pueblo, por voluntad y elección de las provincias que cumplen así pactos preexistentes, se reúnen para constituir la unión nacional que, en otras disposiciones, la Constitución caracteriza como una república federal. Ese sencillo texto que encabeza la Constitución, refiere a la unión nacional que puso fin a las guerras internas (décadas después). Y es la Nación la que establecería un emblema común para viejos enemigos que se habían enfrentado previamente.

Prueba científica y nulidad de la sentencia firme

¿Es hábil revisar la cosa juzgada en virtud del descubrimiento de nuevas técnicas probatorias?

Dr. Marcelo S. Midón. Abogado, Especialista en Derecho Procesal, Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil UNNE.

I – Introducción:

El anchuroso y polémico abanico de las llamadas pruebas científicas se trasladada por infinitos senderos no siempre transitados por el hombre de Derecho, generando fenómenos inéditos y complejos, pero de máxima trascendencia a la hora de hacer justicia en el caso concreto¹.

Surgen de estas prácticas de vanguardia un compacto de interrogantes que difícilmente podrán resolverse en forma simple y lineal. Quizá porque al decir de Raymond Aron, *una es la velocidad con que raudamente conquista la ciencia nuevos espacios y otra la de la ciencia del Derecho que no atina a metaformearse con similar dinamismo y se desplaza a demorado paso de marcha*².

La enmarañada tarea de exponer información útil y relevante acerca de estos exámenes periciales para abogados y auxiliares de la justicia exige gran esfuerzo. Máxime cuando el lector se halla escasamente relacionado con la terminología, los conceptos y las metodologías que provienen de otras disciplinas, ajenas a los estudios jurídicos. Limitaciones que desde luego dificultan abordar (cuando más proponer soluciones frente a) muchos de los urticantes roces y desafiantes reyertas que el tópicamente plantea.

Empero no podemos eludir que la científicidad de la prueba ha subido al escenario en el espectáculo del proceso. Y hasta puede interactuar con otras figuras e institutos que, como la cosa juzgada, poseen un protagonismo consolidado a través de los siglos.

Por tales motivos, de ese metafórico espectáculo teatral, escogimos apenas un ensayo. Un acto del que participan, precisamente, las pericias científicas y la cosa juzgada. Con el evidente propósito de saber si el desarrollo de nuevas técnicas probatorias o el perfeccionamiento de las existentes, pueden justificar prorrogar el valor de la seguridad jurídica y convertirse en motivo que habilite juzgar dos veces el mismo hecho.

II. El concepto de “prueba científica”

Poco más de una década atrás, el adjetivo “científico” empleado para caracterizar a ciertos medios de prueba fue considerado impropio por autorizada doctrina. En efecto, la Comisión Segunda, de Derecho Procesal Civil, reunida en ocasión del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, junio de 1995), concluyó *“que no corresponde hablar de prueba científica sino más bien de pruebas en las que se apli-*

*can conocimientos científicos de disciplinas no jurídicas, por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias con relación a las otras*³.

A modo de réplica (o aclaración), cabe señalar que a través de la difundida expresión “prueba científica” no se pretende relativizar a la ciencia del Derecho, ni calumniar a los tradicionales medios previstos para la acreditación de los hechos controvertidos.

Dicho en otras palabras, la circunstancia de utilizar el adjetivo “científico” para calificar a un medio de prueba no implica que los clásicos documentos, ancestrales testimonios y ortodoxas pericias sean acientíficas, vale decir, elementos obtenidos o producidos con indiferencia de un método lógico y pre-determinado.

Sencillamente, utilizamos esa elocuente construcción para identificar a aquellos *elementos de convicción que son el resultado de avances tecnológicos y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una metodología regida por principios propios y de estricto rigor científico, cuyos resultados otorgan una certeza mayor que el común de las evidencias, y que son adquiridas mediante prueba pericial o la producción de consultas o asesoramiento de entidades o*

¹ El vasto campo de la denominada prueba científica es, según MORELLO, una parcela vanguardista del crucial tema del Derecho Probatorio. Sin perjuicio, la honestidad del maestro se ocupa de aclarar que a principios de la década de los años setenta en el siglo anterior, anticipadamente, las múltiples diagonales que entrecruzan la cuestión fueron abordadas por el distinguido profesor de la Universidad de Pavia, Vittorio DENTI (Scientificità de lla prova e libera valutazione del giuridice, en Revista di Diritto Processuale, 1972, págs. 414/437, ídem Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, págs. 277/301). Cercanamente, otro de los grandes maestros peninsulares, discípulo y compañero de aquel, Michelle TARUFFO, habría de volver sobre tan atrapante tópico y, con lucidez, proyectaría las aportaciones de aquél (La prova dei fatti giuridice. Nocióni generali, en Tratado de Derecho Civil y Comercial, Milano, 1992, págs. 307 y ss.). Véase, MORELLO, Augusto Mario, en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Prueba, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 7.

² ARON, Raymond, citado por MORELLO, Augusto Mario, La prueba científica, ob. cit. pág. 9. También BERIZONCE formula similar advertencia: “La ciencia se expande en detrimento del “sentido común” (con cita a TARUFFO), aunque el tránsito de las nociones científicas desde la cultura de los especialistas a la cultura media sucede fatigosamente, de modo lento y aún indirecto, con frecuencia no claro y a menudo a través de vulgarizaciones y reducciones, que en última instancia no hacen sino acentuar la brecha existente entre unos y otros grados del conocimiento” (BERIZONCE, Roberto, La prueba científica, ponencia general, II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Procesal, La Plata, Septiembre de 2006).

³ Véase, QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 268.

Las pruebas científicas constituyen medios indirectos de prueba, en tanto el juez no accede al material de conocimiento previo sino a través de la percepción, verificación y opinión del experto.

*instituciones técnicamente especializadas*⁴.

En este sentido, para Arazi y Rojas, a través de las llamadas pruebas científicas se quiere identificar aquellas herramientas que podríamos denominar de última generación, merced a los avances producidos en la ciencia, que ha venido a coadyuvar con la tarea judicial. Se trata de pruebas que tienen ciertamente alguna sofisticación, sea por la perfección o idoneidad de los medios que se utilizan para llevar a cabo algunas investigaciones, o bien por los novedosos métodos utilizados⁵.

Entre nosotros, el ejemplo más paradigmático de prueba científica acaso viene dado por las denominadas *pericias biológicas*⁶. Es decir, por aquellas que se practican sobre la base de muestras orgánicas del hombre (sangre, sudor, lágrimas, semen, cabello, material cadavérico, etcétera), que son extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos transmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas, con la finalidad de individualizar o identificar a personas físicas⁷; operaciones que permiten acreditar la existencia de un nexo biológico entre dos o más sujetos (supóngase en el marco de un proceso de filiación), o determinar la autoría de una violación u otro ilícito (piénsese en el esquema de un proceso penal), etcétera.

Colerio nos ilustra, a su turno, sobre un método vanguardista demostrado en las "III Jornadas Nacionales de Derecho Informático" (Buenos Aires, Septiembre de 1998), conocido como "Sistema Prueger" (desarrollado en Neuquén por el ingeniero Eduardo Fabrizzi y el licenciado Enrique Prueger), para el peritaje caligráfico. Consiste en un programa de software que primero analiza el cuerpo indubitado a través de 230 preguntas técnicas, de las que escoge 56 afirmativas que aplica a los cuerpos de escritura dubitados; de tal manera, un peritaje que en forma manual demoraría una semana, con este sistema se hace en 30 minutos, llegándose a un grado de certeza prácticamente absoluto⁸.

III. Caracteres. Diferencias y similitudes con las pericias clásicas

La prueba científica, en tanto que especie de prueba pericial, posee características similares al género y, simultáneamente, rasgos singulares que le atribuyen propia identidad. En efecto:

1. Como las pericias en general, las pruebas científicas *constituyen medios indirectos de prueba*, en tanto el juez no accede al material de conocimiento sino a través de la percepción, verificación y opinión del experto.

2. Las pruebas científicas *integran la especie de las llamadas "estadísticas"* por cuanto sus métodos de resolución fun-

⁴ MIDON, Marcelo Sebastián, *Pericias biológicas. Enigmas que se le plantean al hombre de Derecho*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, pág. 29; del mismo autor, *Interrogantes y soluciones en materia de prueba científica*, en Libro de ponencias generales y trabajos seleccionados, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005, pág. 922; del mismo autor, *Pruebas biológicas y cosa juzgada ¿El desarrollo de nuevos estudios genéticos o el perfeccionamiento de los ya existentes, habilita la revisión de la cosa juzgada formada sobre la base de metodologías superadas?*, en Revista de Derecho Procesal, 2005 1, Prueba 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 264; del mismo autor, *Cuando los avances de la ciencia trasvasan al Derecho Probatorio*, en Derecho Probatorio, parte general, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, bajo el título "El concepto de prueba científica".

La Comisión Segunda, de Derecho Procesal Civil, reunida en ocasión del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, propuso similar concepto: "*Prueba científica es aquella en la que para su producción se necesitan conocimientos ajenos al Derecho y cuyo resultado otorga una certeza mayor que el resto de las pruebas; y que es adquirida mediante la prueba pericial o por la producción de consultas o asesoramiento de entidades o instituciones técnicamente especializadas*" (QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 268).

⁵ ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, T. II, págs. 484 y 485.

⁶ Para Carlos CARBONE las pericias biológicas pueden ser consideradas las reinas de estas pruebas (en obvia referencia a las científicas), a tal punto que pareciera se las funde en el concepto (CARBONE, Carlos, *La prueba científica: notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión judicial*, Ponencia general, II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Procesal, La Plata, Septiembre de 2006).

⁷ MIDON, Marcelo Sebastián, *Pericias biológicas. Enigmas...*, ob. cit., pág. 30; del mismo autor, *Interrogantes y soluciones en materia de pruebas científicas*, ob. cit., pág. 922; del mismo autor, *Pruebas biológicas y cosa juzgada...*, ob. cit., pág. 264.

⁸ COLERIO, Juan, *Hacia un nuevo concepto de prueba pericial*, LL 1991 A 289; también publicado en *Curso de actualización en Derecho Procesal*, Temas de apoyo, Prueba, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 120 y 55.

cionan al amparo de las matemáticas, introduciendo los hallazgos (conclusiones) a través de números, fracciones, índices y porcentajes.

3. Comúnmente las pericias científicas sólo pueden realizarse mediante la intervención o colaboración de algún sujeto, se trate de las partes o bien de un tercero ajeno a la relación procesal. Piénsese por caso en la prueba de histocompatibilidad inmunogenética (HLA) o en las basadas en la tipificación del ADN. De no consentirse por el individuo la extracción de una muestra orgánica (sangre, semen, saliva, etcétera), la pericia no podría concretarse.

Se trata de un presupuesto que subyace a este tipo de compulsas. Y simultáneamente, de un patrón pocas veces ausente en las pericias en general. Adviértase, sin embargo, que cierto tipo de operaciones, como sería la caligráfica, puede en algunos casos realizarse sin requerir la colaboración tan estrecha por parte de la persona a quien se le atribuye la autoría de un documento. Verbigracia, cuando la comprobación parte del cotejo de instrumentos indubitados suscritos por un mismo sujeto, con el documento cuya autenticidad se controvierte.

4. Las pruebas científicas, como las pericias en general, únicamente son admisibles cuando para la apreciación de un hecho controvertido y conducente fuese menester contar con las aptitudes técnicas que proporcionan determinadas disciplinas, ajenas a los estudios jurídicos. Tarea que desde luego recae en manos del experto.

Sin perjuicio, la complejidad de los exámenes en cuestión, y el marcado predominio de metodologías regidas por principios propios de última generación, afianza más que nunca la necesidad de contar con elementos materiales de vanguardia y humanos altamente capacitados. Ergo, la responsabilidad de producir tales operaciones

no reposará sobre vulgares y fungibles peritos. Sino sobre profesionales o instituciones confiables, que reúnan los conocimientos y las condiciones técnicas adecuadas (ambientales, de equipamiento, de seguridad, etcétera) para efectuar las mediciones y compulsas.

5. Las pericias científicas arrojan conclusiones con un altísimo grado de probabilidad, en ocasiones inmediatas a la certeza absoluta. Verbigracia, elaborados los exámenes de ADN en condiciones óptimas de laboratorio, sus resultados alcanzan una factibilidad del 99,9971%; algo similar ocurre con los modernos peritajes caligráficos, etcétera.

6. Exactitud tarifada porcentualmente que convierte a la pericia científica en evidencia fundamental para la justa composición del pleito. Y, simultáneamente, la presenta como alternativa de considerarla prueba tasada, reformulado en criterio tradicional de valoración de la prueba pericial conforme el sistema de la sana crítica racional.

7. No obstante la alta dosis de probabilidad que arrojan sus resultados, el valor de las pruebas científicas no será absoluto. El progreso de la ciencia no garantiza siempre la obtención de una verdad inmune de errores. Fundamentalmente porque los métodos de investigación se consideran correctos sólo por ser aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados como erróneos en un momento sucesivo.

No se trata, entiéndase bien, de negar la enorme convicción que provocan en el ánimo del juzgador los avances científicos y tecnológicos en materia de prueba. Esto no implica, sin embargo, que debemos aceptarlos ciegamente, sin críticas ni miramientos⁹.

Las pericias científicas arrojan conclusiones con un altísimo grado de probabilidad, en ocasiones inmediatas a la certeza absoluta.

⁹ Volveremos sobre el tema en ocasión del título “La cuestionabilidad de ciertas técnicas”.

La inmutabilidad que caracteriza a las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, que se justifica por obvias razones de seguridad, certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas, que es recomendable conservar, no es sin embargo absoluta.

IV - Los avances de la ciencia y la revisión de la cosa juzgada

1. El principio de la inmutabilidad relativa de la cosa juzgada:

Tan sabida como ancestral es la regla que enerva juzgar dos veces un mismo hecho ("non bis in ídem"). Dado que sus orígenes se remontan a épocas muy pretéritas, incluso anteriores a las Leyes de las XII Tablas¹⁰, sumado a que durante siglos la inimpugnabilidad de la sentencia ejecutoriada ha adquirido ribetes místicos, dogmáticos, casi divinos, abordar el tópico concerniente a la revisión de la res judicata impone formular algunas consideraciones, a saber:

En primer lugar, para una inmensa mayoría de regímenes jurídicos, pasados y contemporáneos, en principio y como regla, la sentencia definitiva pronunciada en procesos contradictorios, una vez precluida (por pérdida o consumación) la facultad de los litigantes de impugnarla a través de recursos, se convierte en decisorio firme, produciendo el poderoso efecto de su indisputabilidad o inmutabilidad.

Todavía más, en legislación positiva de la República Argentina, donde los derechos reconocidos por una sentencia firme (o pasada en autoridad de cosa juzgada), recaída en juicio de conocimiento pleno, quedan incorporados al patrimonio del beneficiario y protegidos por la garantía de la inviolabilidad de la propiedad que asegura el art. 17 de la Constitución Nacional¹¹.

Ahora bien, esa inmutabilidad que caracteriza a las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, que se justifica por obvias razones de seguridad, certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas, que es recomendable conservar porque, de lo contrario, los pleitos no tendrían fin y servirían para perturbar el orden público haciendo imposible la convivencia social, no es sin embargo absoluta.

Ya los grandes maestros del Derecho Procesal enseñaban que la cosa juzgada es una exigencia política; no es de razón natural sino práctica¹², que nada tiene de irracional que se admita la impugnación de la cosa juzgada, ya que su autoridad misma no es absoluta y necesaria, sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad, de tal manera que esas mismas consideraciones pueden, a veces, aconsejar su sacrificio para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de una sentencia intolerablemente injusta¹³.

Exégesis esta última, la de admitir la relatividad de la cosa juzgada, condicionando su firmeza a la inexistencia de vicios de la voluntad tanto en las partes como del juzgador, esto es, a la ausencia de dolo o malicia de una o ambas partes, con o sin la participación del magistrado, que es compartida además (y vaya argumento de autoridad) por la Corte Nacional¹⁴.

Chances ciertas de revisar la sentencia firme, siempre con carácter excepcional, que tiene rango constitucional

¹⁰ HITTERS, Juan Carlos, Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual, en Libro de ponencias del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Neuquén, octubre de 1999, págs. 130 y ss.; también publicado en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Cosa juzgada, revisión, nulidades, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 26 y ss.

¹¹ CSJN, 27/12/90, LL 1991-D-734, N° 1823; SCJBA, 10/05/77, DJBA 113-118; Cám. Nac. Civ., Sala E, 15/10/80, LL 1981-A-250; Cám. Nac. Com., Sala B, 23/11/89, LL 1990-B-526. En doctrina, véase ARAZI, Roland, Acción de revisión de cosa juzgada írrita, en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Cosa juzgada, revisión, nulidades, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2001, pág. 101; también publicado en Revista de Derecho Procesal 2. Medios de Impugnación, Recursos 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 377; ESTIGARRIBIA de MIDON, Gladis, Lecciones de Derecho Procesal Civil, Ed. Mave, Corrientes, 1997m págs. 485 y 486; LEDESMA, Ángela, La revisión de la cosa juzgada írrita y el fraude procesal, en Revista Peruana de Derecho Procesal, N° II, Lima, Perú, 1998, págs. 475 y 476.

¹² COUTURE, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, Bs. As., 1993, pág. 263.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe, Principios de Derecho Procesal Civil, Vol. II, Ed. Reus, Madrid, España, 1941, pág. 511.

¹⁴ CSJN, "Tibold", 23/11/62, Fallos 254:320; "Campbell Davidson", 12/02/71, Fallos 279:59; "Bemberg", 29/12/71, Fallos 281:421, "Atlántida", 26/06/72, Fallos 283:66; "Duarte, Víctor c/ Banco Central de la República Argentina 19/05/97, sin publicación, comentado por ARAZI Roland, Acción de revisión de cosa juzgada írrita, ob. cit., pág. 110.

Juan Carlos HITTERS, sin dudas entre los más conspicuos estudiosos de la materia, sistematiza la doctrina de la Suprema Corte Nacional en punto a la revisión de la cosa juzgada. Oigámoslo: "En lo que tiene que ver con nuestro Más Alto Tribunal de la Nación, el primer caso que resolvió frontalmente la problemática fue 'Tibold', el 23 de noviembre de 1962. Allí se dijo claramente que la estafa procesal no puede convalidarse y que en determinadas circunstancias el valor justicia debe imponerse al valor seguridad. Dicho Cuerpo mantuvo esa apertura en asuntos posteriores, fallados en las décadas de los 50' y 60', entre los que podemos citar 'Atlántida'; 'Campbell Davidson' y 'Bemberg'. Sintetizando la doctrina legal fijada por ese Tribunal, podemos marcar las siguientes pautas: 1) La cosa juzgada no es absoluta ('Tibold', 'Campbell Davidson' y 'Atlántida'). 2) La firmeza de la res judicata debe estar condicionada a la inexistencia de vicios de la voluntad tanto de las partes como del juzgado ('Tibold', 'Campbell Davidson' y 'Bemberg'). 3) La seguridad jurídica debe ceder a la razón de justicia ('Tibold', 'Campbell Davidson', 'Atlántida' y 'Bemberg'). 4) La estafa procesal no puede ser convalidada por los órganos jurisdiccionales ('Tibold' y 'Atlántida'). 5) Para la configuración de la cosa juzgada es necesaria la existencia de un juicio regular (debido proceso), fallado libremente por los jueces ('Campbell Davidson' y 'Bemberg')". Véase, HITTERS, Juan Carlos, Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual, en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Cosa juzgada, revisión, nulidades, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 38 y 39.

en la opinión de muchos y calificados autores¹⁵. Sostenía Bidart Campos que la cosa juzgada nula o irrita necesita, *por imperio de la Constitución*, haya normas procesales o no las haya para su impugnación, ser volteada para rescatar la verdad material u objetiva. Destronar la cosa juzgada nula o irrita es una de las batallas constitucionales y procesales más elocuentes y necesarias para dar prioridad a la verdad objetiva y, con ella a la justicia cuyo afianzamiento ordena imperativamente el Preámbulo¹⁶.

En suma, si bien la institución tantas veces aludida constituye una pieza fundamental de la maquinaria judicial, reconoce ciertas fisuras o válvulas de escape. Con lo que queremos dejar bien establecido que la cosa juzgada es retractable si padece de ciertas imperfecciones, no sólo sustanciales, sino también de procedimiento. Es decir, que el punto de partida finca en el principio de la inmutabilidad relativa de las res judicata¹⁷.

2. ¿El desarrollo de nuevas técnicas probatorias o el perfeccionamiento de las actuales es motivo que habilita la revisión de la cosa juzgada?

Según vimos, el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, durante siglos dogmático e intransigente, admite hoy día atenuantes o excepciones. Que tienen por finalidad inequívoca dar prioridad a la verdad en tanto premisa insoslayable a la hora de justo compo-

ner el caso concreto. Postergando, en ciertas situaciones extraordinarias, el valor de la seguridad jurídica a la menesterosa razón de justicia.

En términos generales y sin pretender realizar un exhaustivo análisis de las causales que habilitan la revisión de la cosa juzgada, los principales motivos actualmente admitidos se encasillan en tres grandes grupos, a saber: 1) Prueba documental, incompleta (se descubren documentos anteriores a la sentencia) o inexacta (se la declara tal a posteriori del pronunciamiento); 2) Prueba testimonial viciada (los testigos en lo que se apoyó el decisorio fueron condenados por falso testimonio); 3) Delitos u otras conductas dolosas (prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta); en todos los casos conocidos los hechos luego de la formación de la cosa juzgada.

Ahora bien. En lo estrictamente vinculado a las pruebas científicas, cabe interrogarse, finalmente, si el desarrollo de nuevas técnicas o el perfeccionamiento de las ya existentes, a la sazón avances en el campo experimental provistos de una mayor confiabilidad e indudablemente capaces de contribuir a dejar mejor sentada la verdad de los hechos debatidos en un proceso pueden, ocasionalmente, erigirse en motivos que den vía libre a la revisión de la cosa juzgada

Para graficar el enigma, pensemos por un momento en sendos procesos,

uno civil de filiación, otro penal en donde se imputó la presunta comisión del delito de violación. Ambos concluyeron con el dictado de una sentencia firme y a priori inmutable.

Imaginemos que esos pronunciamientos, recaídos en el marco de juicios regulares, en los que se respetó escrupulosamente el contradictorio y fueron fallados libremente por los jueces, tuvieron por acreditado la existencia del vínculo biológico (en el primero de los casos) y la autoría del abuso sexual (en el segundo de ellos) siendo decisivas, entre otras evidencias, las pericias biológicas que constituían, en aquel momento, el centro de la atención científica.

Supongamos ahora que ese método de examen, que no era desde luego infalible, cae en desuso con la aparición de una técnica ampliamente superadora, con menores índices de riesgo y cuestionamientos, con mayores probabilidades de certeza respecto de las primeras, y que recién se conoce después de formada la cosa juzgada. ¿Pueden las partes pretender la revisión de la sentencia invocando que no pudieron producir, oportunamente, esa prueba decisiva? ¿Los desarrollos de la ciencia, cuando trasvasan a la orbe del Derecho Probatorio, son causas que justifican prorrogar el valor de la seguridad y habilitan juzgar dos veces el mismo hecho? Veamos:

a) No obstante la alta dosis de probabilidad, en ocasiones rayana a la certeza,

¹⁵ ARAZI, Roland, Acción de revisión de cosa juzgada irrita, ob. cit., págs. 101 y ss.; del mismo autor, Cosa juzgada y negligencia, JA 1998 IV 462; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, primer voto en Suprema Corte de Mendoza, Sala 1, 02/09/99, "Puebla, Ricardo A", fallo íntegramente reproducido y comentado por GIORDANO, Aldo Luis, Los límites de la acción de nulidad de la cosa juzgada irrita, en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Cosa juzgada, revisión, nulidades, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 47 y ss.

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán, La raíz constitucional de la nulidad de la cosa juzgada, ED 136 619.

¹⁷ Si bien es cierto que hace algunas décadas los autores de nuestro país discrepaban sobre la posibilidad de la retractación de la cosa juzgada, esta discusión prácticamente ha concluido. Hoy día existe una virtual uniformidad en que configurados ciertos vicios graves, es factible dejarla sin efecto, obviamente en circunstancias excepcionales. Así, por caso, en ocasión de celebrarse el X Congreso Nacional de Derecho Procesal (Salta 1979), la Comisión Primera, de Procesal Civil y Comercial, concluyó que "la inmutabilidad de la cosa juzgada no obsta a que ésta sea excepcionalmente revisable" (ver, QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, Congresos Nacionales de Derecho Procesal, ob. cit., pág. 124). Similar fue la síntesis del III Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas (Córdoba, agosto de 2004, conclusiones publicadas en la página web de la Comisión Nacional de Jóvenes Procesalistas: "www.procesalistas.com.ar").

Asimismo, por mencionar algunos autores que comparten el temperamento, ARAZI, Roland, Acción de revisión de cosa juzgada irrita, ob. cit., págs. 101 y ss.; ARBONES Mariano, Reflexiones en torno a la cosa juzgada y su inimpugnabilidad, en Cuaderno N° 1, del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional de la Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, págs. 21 y ss.; BERIZONCE, Roberto, Medios de impugnación de la cosa juzgada, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XII, N° 26, enero julio 1971, págs. 259 y 268; BIDART CAMPOS, Germán, La raíz constitucional de la nulidad de la cosa juzgada, ED 136 619; FERREYRA de DE LA RUA, Angelina y GONZALEZ DE LA VEGA de OPL, Cristina, La revisión de la cosa juzgada: replanteo, en Libro de ponencias del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Neuquén, octubre de 1999, págs. 121 y ss.; GIORDANO, Aldo Luis, Los límites de la acción de nulidad de la cosa juzgada irrita, ob. cit., págs. 47 y ss.; HITTERS, Juan Carlos, Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual, ob. cit., págs. 130 y ss.; LEDESMA, Ángela, La revisión de la cosa juzgada irrita y el fraude procesal, ob. cit., págs. 468 y ss.; MAURINO, Alberto Luis, Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad (antecedentes y derecho comparado), en Revista de Derecho Procesal, N° 2, Medios de Impugnación, Recursos 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, págs. 109 y ss.; MIDON, Marcelo Sebastián, Pericias biológicas, Enigmas..., ob. cit., págs. 211 y ss.; del mismo autor, Pruebas biológicas y cosa juzgada..., ob. cit., págs. 261 y ss.; del mismo autor, Interrogantes y soluciones en materia de pruebas científicas, págs. 929 y ss.; MONROY PALACIOS, Juan, Planteos generales en torno a la revisión civil, en Revista Peruana de Derecho Procesal, N° II, Lima, Perú, 1998, págs. 110 y ss.; PEYRANO, Jorge y CHIAPPINI, Julio, La acción autónoma de nulidad de sentencia firme y la añeja pretensión cautelar, JA 1986 IV 921; ZORZOLI, Oscar, Cosa juzgada. Mutabilidad, en Revista Peruana de Derecho Procesal, N° II, Lima, Perú, 1998, págs. 141 y ss.; entre muchos otros.

el valor de las pruebas científicas no es desde luego absoluto. Dicho de otro modo, el progreso de la ciencia no garantiza siempre la obtención de una verdad inmune de errores. Fundamentalmente porque los métodos de investigación científica se consideran correctos sólo por ser aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados como erróneos o superados en un momento sucesivo.

En la vorágine del progreso y la tecnología, en pleno proceso de avance y contenciones, de dudas y experimentación, no es de profanos inferir que mañana, tal vez pasado, aparecerá una nueva técnica, más sobresaliente que las actuales, llamémosle "H" que, a su vez, la semana próxima o quien sabe cuándo será reemplazada por otra mejor. Y así sucesivamente hasta el infinito. Porque la "imperfección" y "falibilidad" humana habrán de impedirle hallar lo "perfecto" e "infalible" para todos los casos.

Ergo, a primera vista, casi intuitivamente, permitir la revisión de la cosa juzgada con cada nuevo progreso científico provoca escozor. Sí, según vimos, cada metodología será oportunamente derogada por un descubrimiento posterior, de admitirse el replanteo de lo resuelto según sentencia firme o ejecutoriada, de dejar la "ventana abierta", los pleitos no tendrían fin y la estabilidad de las relaciones jurídicas se tomaría utopía.

b) Sin perjuicio, inmediatamente después de reflexionar, casi por efecto reflejo, nos interrogábamos sobre si "cerrar la ventana", negando por consiguiente la chance de la revisión, no era incompatible con el norte tantas veces señalado de la verdad objetiva, que como brújula para el navegante debe orientar al operador jurídico durante su derrotero procesal.

Necesidad impostergable, irrenunciable, máxime en procesos de familia,

donde se encuentre en juego el matrimonio y la filiación, en las que está superada la simple aspiración patrimonial y se debate lo que el alma y la sangre, el Estado y la Sociedad, custodian con preferencia. ¿Podremos subordinar en esos sumarios la verdad biológica, la de la naturaleza, a la verdad formal, de ilusión o apariencia, que en la ficción de la ley no admite prueba en contrario después de firme la sentencia?

Que decir entonces del proceso penal, en los que se debate la culpabilidad o inocencia, la libertad y el honor ¿Acaso no se trata de valores demasiado importantes como para ser sacrificados en culto a la seguridad e idolatría al principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada?

Las respuestas a esas preguntas, nuevamente, se decantan por instinto. Por el sentido común del que permanentemente se nutre el Derecho.

Siempre será preferible la verdad a la ficción institucionalizada. Porque ese ideal no será en todos los casos posible, la ley debe recurrir de ordinario a la ilusión, buscando un punto de equilibrio entre valores fundamentales (seguridad y justicia); y aún cuando la verdad aparente es método generalizado y aceptado, debe ponerse coto cuando la ficción creada priva a alguno de aquello que compone su propia personalidad o compromete sus más elementales derechos.

De lo contrario, so pretexto de conservar incólume el místico principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, socavaríamos las bases sobre las que se apoya nuestro sistema. No tan sólo pasaríamos por alto enhiestos derechos constitucionales o de jerarquía equiparada, léase el derecho a conocer la propia identidad (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 7 y 8), la dignidad, la libertad, el honor, etcétera sino que, además, por abdicar a la verdad, haríamos sucumbir a la buena Administración de Justicia que el Preámbulo (que la Corte dice operativo) impone afianzar.

c) En buen romance, sin ingresar a cuestiones que requerirían estudios exhaustivos y pormenorizados impropios de esta obra (tales como la vía procesal idónea para obtener la revisión de esa cosa juzgada, la legitimación, la competencia del juez que deberá resolver sobre la admisibilidad y mérito de la misma, el plazo de prescripción de la acción, etcétera), siguiendo a Marcelo Midón, nos mostramos permeables a reconocer al desarrollo de nuevas técnicas probatorias o al perfeccionamiento de las actuales la condición de motivos que habilitan la revisión de la res judicata. Cuando menos en procesos penales, incluso civiles en los que se controversian cuestiones que, como las inherentes

al Derecho de Familia, exceden el mero interés patrimonial de los litigantes¹⁸.

Mucho queda por andar. Empero un gran paso –dijo– habremos dado sí, al menos, dejamos encendida la mecha, germen de un nuevo debate¹⁹.

Mucho queda por decirse, lo confesamos. Empero no podemos eludir que los progresos de la ciencia y la tecnología suben cada vez con mayor periodicidad al escenario en el espectáculo del proceso. E interactúan con institutos que, como la cosa juzgada, no quieren perder el protagonismo consolidado a través de los siglos. Escribir los guiones de escenas que los hagan compatibles, confeccionar marquesinas que los incluyan, es el desafío pendiente.

¹⁸ MIDON, Marcelo Sebastián, *Pericias biológicas, Enigmas...* ob. cit., págs. 211 y ss. (con mención a Roberto BERIZONCE, a quien el autor reconoce haber aportado la originalidad del tópico); del mismo autor, *Pruebas biológicas y cosa juzgada...*, ob. cit., págs. 261 y ss.; del mismo autor, *Interrogantes y soluciones en materia de pruebas científicas*, págs. 929 y ss.

¹⁹ ¡Vaya si encendimos la mecha! (circunstancia que explica el copete escogido reproducido al inicio del presente título). La Comisión de Jóvenes Procesalistas, en ocasión del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, septiembre de 2005, concluyó que “El descubrimiento de nuevas técnicas (probatorias) o el perfeccionamiento de las ya existentes, podría habilitar la revisión de la cosa juzgada cuando menos en los procesos penales y civiles de filiación”.

También Roland ARAZI, se pronunció a favor e introdujo nuevos argumentos en pos de la revisión de la cosa juzgada cuando se trata de juicios de impugnación de la paternidad y filiación: “Frente a nuevos avances de la biología y de los estudios para determinar con certeza la filiación de una persona, es posible revisar las sentencias que se fundaron en conclusiones que luego se consideren erróneas. En el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica se contempla la revisión de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada cuando se conozcan nuevas pruebas supervinientes, que no hubieren podido ser producidas en el proceso, siempre que ellas sean idóneas, por sí solas, para modificar el resultado del juicio” (Véase, ARAZI, Roland, *La prueba en el juicio de filiación*, en *Revista de Derecho Procesal*, 2005-2, Prueba-II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, págs. 319 y 320; también publicado en el libro colectivo *La prueba*, Director Augusto Mario MORELLO, Ed. La Ley, Avellaneda, 2007, págs. 275 y 276).

A su turno, en la obra colectiva “Impugnación de la sentencia firme”, (Director Jorge PEYRANO, Coordinador Carlos CARBONE, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006), hallamos a tres nuevos adeptos (Véase TIERRA, Raúl Héctor, *Medios de revisión de la cosa juzgada en el Derecho de Familia*, obra citada, T. II, págs. 95 y ss.; BURGUES, Marisol y CONZOLI, José, *Perspectivas de la relatividad del principio de cosa juzgada en los procesos de filiación ¿Certeza jurídica vs. certeza biológica?*, obra citada, T. II, págs. 215 y ss.). Más recientemente, en ocasión de participar del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, noviembre de 2007), se presentaron múltiples ponencias en pro de la pretendida chance de revisión, a saber: ANDRADE, Antonio y GUTIERREZ MEYER, María, “Convivencia armónica entre el instituto de la cosa juzgada concerniente a la identidad biológica y los avances científicos en materia de prueba”; LEGUISAMON, Héctor, “Prueba científica de ADN vs. Cosa juzgada en procesos de filiación”; SILVERO FERNÁNDEZ, Carlos, “La cosa juzgada y las nuevas pruebas científicas en el Derecho de Familia”; SALGADO, José, “La prueba científica, su tiempo y la cosa juzgada”; PORZIO, Paula, *La prueba científica y la cosa juzgada en el mundo de las relatividades*; RODRÍGUEZ FANELLI, Lucía y FERNÁNDEZ, Silvia, “Pruebas científicas y revisión de la cosa juzgada en las acciones de filiación”; MC INTOSH, María, “Revisión de la cosa juzgada no írrita y prueba científica”; AVILA PAZ de ROBLEDO, Rosa, “Cosa juzgada y nuevas pruebas científicas in memoriam de Lino E. Palacio” (véase página web www.procesal2007mdp.com.ar).

A su turno, aun cuando no se expresa en forma categórica, creemos haber encontrado en Enrique FALCON a un potencial aliado. El autor del más completo tratado de la prueba recientemente escrito entre los argentinos, apunta que mientras en los procesos en general el efecto de la cosa juzgada es clara, en las cuestiones relativas al estado de familia no debería llegarse a un concepto definitivo (FALCON, Enrique, *Tratado de la prueba*, ob. cit., T. 1, pág. 171).

ISSN 2408-4581



EDITORIAL