



# DJJ

*Diario Judicial Juris*

Nº 12919

[www.editorialjuris.com](http://www.editorialjuris.com)

---

*Jurisprudencia Rosarina on line \$ 36 mensuales*  
*Fallos exclusivamente de los Tribunales de Rosario y de la CSJSF y CSJN*

---

director-editor: Luis Maesano

---

Rosario, Lunes 28 de diciembre de 2009

ISSN 1668-2653

---

## SUMARIO

- Frase del día

*Las acciones ordenadas por la ley sólo son justas accidentalmente.*  
Aristóteles

- Doctrina

TEORIA GENERAL VERSUS "LEADING CASE"

*Damián Marcelo Dellaqueva*

- Jurisprudencia relevante

COSTAS

CORTE SUPREMA

## DOCTRINA

### TEORIA GENERAL VERSUS "LEADING CASE"

*Damián Marcelo Dellaqueva*

Todo funciona normalmente hasta que se resuelve el Leading Case, es interesante observar los fundamentos vertidos en la resolución de un caso no contemplado por la teoría general, pareciera que esta funciona hasta el Leading Case y para resolver éste se produce la ruptura con la teoría general.-

A su vez en el derecho continental y en el Common Law encontramos institutos del derecho civil que no se encuentran receptados positivamente en la legislación pero sí en la Doctrina y se aplican en los fallos a resolver como si estuvieren plasmados en la ley. Estos institutos flotan entre la ley y la jurisprudencia.-

¿ Dónde está entonces el poder jurígeno ? como lo denomina Alfredo Spota.-

¿ Podemos construir una teoría general común al todo o que abarque el todo ? sea el derecho continental y el common law o sea dentro de la misma familia del derecho occidental.-

¿ Cuáles son las nuevas fuentes del derecho que fuerzan las fronteras tradicionales del derecho y crean nuevas ramas jurídicas?

¿ Dónde está el derecho?: en ninguna parte, está donde lo ponemos nosotros, es más hasta en la noción témporo-espacial es difícil captarlo porque el derecho está lanzado al futuro, si hoy desaparece el mundo el consecuente de la norma no se cumple.

¿ Y qué es el derecho ? ¿ es un saber? ¿ es un querer? ¿ es un sentimiento? ¿ ?

**CREO QUE ABARCA MUCHAS DIMENSIONES QUE EL RACIONALISMO Y LA NECESIDAD DE FRACCIONAR PARA TENER SEGURIDAD Y CERTEZA COMO LA PUJA SECTORIAL DE CADA CIENCIA A LOGRADO SEPARAR LAS DISTINTAS DIMENSIONES QUE INTEGRAN EL DERECHO.-**

Evidentemente, desde la creación del derecho por el autor de la norma o por las partes en el contrato y hasta su interpretación por las mismas y el juez como así también en su aplicación intervienen una inmensidad de actos de distintas naturaleza: se valora, se intuye, se conoce, se interpreta, se siente, se razona, se experimenta, se hace.- Y todas estas actitudes tienen vida y lugar en distintas dimensiones.-

**Hay distintos tratamientos con el objeto.**- Hay distintas ciencias que tienen distintos métodos y que tienen como común denominador el sujeto.- La sociología, la antropología, el derecho, la psicología.-

Pero la exégesis y el racionalismo francés con que se construyó el Código Civil solo vio la ley y la regla jurídica.- ¿ Pueden estas y solamente éstas captar el fenómeno jurídico en su totalidad ?

En las distintas ramas del derecho vemos distintas posiciones y roles de las “partes” y de las “cosas o bienes” por ejemplo en el derecho contractual vemos un objeto de la contraprestación predominante simetrizado con lo económico y donde el tratamiento con el mismo y la significación del mismo puede ser tratado con la economía, la matemática, la estadística y la abstracción lógica puede incursionar en la misma con una mayor aceptación.- Del mismo modo sucede en materia de derecho comercial y los derechos reales.-

En el derecho de las obligaciones de fuente extracontractual podemos verificar una profunda conexión con las leyes de la física en los casos donde en realidad se dirime la relación de causalidad jurídica que en definitiva relaciona la norma, la lógica, con la causalidad, la naturaleza.- Tal vez sea el caso del encuentro más cercano entre la materia y la forma.- Hay un relacionamiento entre una persona y una cosa en movimiento.- Modalidad ésta que en última instancia se traduce en una tensión entre la forma y la materia, tal vez en estos términos quedaría reducida la problemática.-

Pero veamos el derecho de familia o el derecho penal y observaremos relaciones entabladas entre sujetos predominantemente por los sentimientos y no solo por lo económicos si bien la economía en este siglo desacralizó el derecho de familia y de algún modo fue carcomiendo sus cimientos, pero podemos ver que muchos conflictos en el derecho de familia son tratados con la psicología y tal vez sea una rama donde no podamos construir reglas generalizables y si predomine las ciencias humanas y la individualidad como lo llaman los países con cultura británica empirista.-

También en el Derecho Penal los jueces utilizan las pericias psicológicas para no solo “descubrir la verdad” como fin del proceso sino también como camino y estrella orientadora de la búsqueda de “lo justo” por lo que se puede observar la prevalencia de lo individual y particular por sobre lo generalizable.- Vemos, pues el derecho de familia, el derecho de las sucesiones y el derecho penal en lo profundo relacionado con la sociología y la psicología o ciencias humanas que con otras disciplinas.-

En esas materias hay otro trato con el objeto específico.- Causalidad y naturaleza por un lado y emoción o valoración de un sentimiento razonado por el otro, en conexión con lo humano.-

En la familia del derecho occidental es decir el derecho continental y el common law, ¿cuáles serían las nuevas fuentes del derecho y cuales serían las nuevas fronteras del derecho?

¿Son los repartos y los valores ? que cobran una nueva movilidad debido al aceleramiento de la economía impulsado por la utilidad?

¿Podríamos hallar elementos comunes o elementos que abarquen ambos sistemas, o sea el sistema continental y el sistema angloamericano?

En este sentido innumerables “leading case” del sistema angloamericano son aplicados en el sistema continental y los de este sistema en el otro (osea vicesversa).- Tal

vez la tendencia que se configura es la uniformación del derecho occidental o la caída de las fronteras tradicionales en éste.-

El derecho continental atado a los principios y a las reglas jurídicas versus las resoluciones fundadas acorde a los fines típico del realismo americano al estilo Pound.-

Teoría general típica de los sistemas codificados versus el leading case del sistema angloamericano.- Pareciera que la teoría general funciona hasta que se nos aparece un caso que no se halla comprendido o encuadrado en ella y allí se produce la ruptura de la misma y quiebre de la misma.- Sería interesante observar el comportamiento y el modo de resolución de los “leading case,” a los fines de detectar cuales elementos actuarían como fuentes del derecho y si estos a su vez son comunes a la familia toda, del derecho occidental, abarcando el common law y el sistema continental.-

¿El derecho es o se va haciendo? Si es, y tiene una esencia inmutable tal vez, estaríamos más próximo a la teoría general y los principios propios del sistema continental.- Si se va haciendo, o sea si el ser precede al ente como sostendría un existencialista, estaríamos más próximos al common law donde el derecho se va haciendo día a día.-

¿ Hay un camino hecho o hay una estrella que nos guía ? Tal vez el camino sea la teoría general pero no sabemos a ciencia cierta si en el sistema angloamericano hay una estrella o criterios orientadores.-

La teoría general se asimila a un derecho construido como la geometría, como lo sostenía Leibniz, casi pura lógica.- Pero la lógica desconoce la realidad, siete manzanas desiguales pueden ser sintetizadas por el número siete y ese “siete” no capta la desigualdad de las manzanas en la realidad, es ignorar o pasar por alto la complejidad de la realidad.- Podemos conjeturar con la teoría general porque el derecho se lanza al futuro y se trata de prever. En cambio en el sistema angloamericano se mira el pasado, la norma individual, no la general y es la realidad la que cobra énfasis pareciera que aquí las principales fuentes no son las formales sino las materiales y cobran relevancia, la distribución, la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. En la norma individual no hay tanta abstracción.- La organicidad cobra mayor significación.-

En la teoría general pareciera que la intención del autor de la norma o sea el legislador o de las partes en los contratos se hallan alejados de los fines de éstos, de lo que se encarga el juez, en cambio, en el sistema del common law donde pareciera que estos elementos se hallan mas cercanos.-

La teoría general es mucho más “necesaria” en el derecho público que tiene las características de buscar la previsibilidad y el orden y se constituye bajo la forma del reparto autoritario típica del sistema codificado, en contraposición con la forma del reparto autónomo.-

El realismo americano con el cual se encuentra más consustanciado el common law, se va adaptando a los fines y si bien se basan en decisiones de hechos pasados se observa el futuro pero no con un norma lógica que capta el hecho sino con resolucio-

nes que no se hayan ancladas y atadas a principios, normas y al pasado, sino observando hacia el futuro amoldándose a éste, donde lo económico cobra una particular relevancia como principal elemento o fuente de cambio de la misma.-

Esos fines como criterio orientador es lo que ha dado esa movilidad a los angloamericanos, no atándose a ideologías que frenaran el cambio, sino esa flexibilidad que permitió pactar con distintas culturas.-

¿Dónde instalamos el centro de gravedad del concepto de derecho y el ideal de justicia?

Nos ubicamos ¿en la conducta como Cossio, en la adjudicación como Goldschmidt o en la Norma como Kelsen?

Debemos ubicarnos en uno de ellos o podríamos ubicarnos en una teoría general que logre integrar todas ellas además de incorporar otros elementos.-

Las distintas dimensiones, que consideremos como parte del concepto de derecho que me satisface ¿se encuentran yuxtapuestas o integradas? y ¿que relación existe entre ellas? en el sentido de coadyuvancia, oposición o integración.-

Por ejemplo para Reale, el autor brasileño, entre el hecho y el valor hay una relación dialéctica de complementariedad y no de oposición. “Tensión entre el hecho y el valor que se resuelve en la Norma.-“Es una elección a través del poder que es la norma.-El valor justicia, utilidad, bondad, beneficio y solidaridad quiere realizarse en los hechos y para ello elige las posibilidades de la norma”.-

En Goldschmidt vemos el reparto proyectado que ya no es disyuntivo (en libertad como en Cossio) sino que es lógica de la conducta ya decidida.-

En Cossio prevalece la lógica de la libertad, lógica de la conducta.- La libertad es un fenómeno no es un valor.-

En este además la sentencia no tiene referencia objetiva sino fuerza de convicción que es lo que la sociedad quiere y en última instancia, la justicia es el resultado del entendimiento societario.-

A través de una concepción filosófica que influye en lo metodológico Cossio instala y sumerge el derecho en la vida.- El derecho es conducta en interferencia intersubjetiva que es valorada desde la norma.-

En Pound y el realismo americano se busca fines que en realidad son las intenciones sociales son valores sociologizados, lo que conviene, es un tridimensionalismo práctico.- Hechos, normas y fines.- El valor es algo ideal y los fines lo que se quiere.-

Aquí encontramos la principal diferencia con el sistema continental, en éste nos anclamos en lo abstracto(un ideal) y en el sistema angloamericano en lo que se quiere conseguir.-

Es interesante la definición de derecho para Pound porque el sostiene que “es poder predecir lo que harán los jueces y lograr hacer lo que a uno le conviene, el interés social”.-

Hay dos notas interesante pareciera que ese poder predecir “es un saber” pero: ¿saber la ley? o ¿un saber abarcativo de otras dimensiones? Un predecir hacia el futuro. Por ello los angloamericanos son una cultura lanzada hacia el futuro no hacia el pasado.

En cambio la decisión de la adjudicación es hacia el pasado si bien en la conjetura de la norma se mira hacia el futuro.-

La otra nota interesante es “lo que harán los jueces”.-

Y se ubica en la realidad social, en sentido de que además de ser un saber es un hacer que se materializa en la realidad social y es en ella donde efectivamente se concreta la justicia, no lo es en otras dimensiones como la normológica porque esta es una “imaginación” es lógica o tampoco se materializa en la dimensión axiológica porque los valores son “cualidades” susceptibles de poder aproximarse o no a ellas.-

Y extremando vamos al realismo pero nórdico, como Karl Olivecrona y vemos que le interesa el derecho como un hecho “adiestrar a la gente, amaestrar a la gente”.-

Todos estos autores se ubican en la realidad social, sumergen en centro de gravedad en la realidad social.-

Para Alf Ross la justicia es un instrumento para emocionar a otro es como dar un golpe en una mesa.-

El derecho para este nórdico está en “la emoción”.- Esta diversidad nos permite ver que vasto es el mundo jurídico. Que vasto y que apasionante.- Hasta aproxima el derecho con el arte y es por ello que muchos tiempos de desarrollo de ciertas corrientes filosóficas influyen en el arte y en la ciencia y porque el derecho no solo son leyes, en el influyen sentimientos, modos de sentir el mundo y modos de valorarlo.-

Tal es así que en Estados Unidos de América se ve a la ciencia y el arte casi como una misma dimensión y por ello se encuentran academias o institutos oficiales de arte y ciencia.-

Entonces cual sería nuestra teoría general común al sistema continental y angloamericano donde podríamos encontrar elementos comunes a ambos.-

Es importante tener presente que es muy distinto un concepto de derecho y otro de justicia.- Como así también no es lo mismo el concepto que el ideal.- En el concepto tratamos de introducir las notas esenciales sin las cuales no podríamos concebirlo, en cambio un ideal de justicia es una estrella, el norte que nos guía.-

¿Podría integrarse el concepto de derecho y de justicia en una sola definición ?

¿Éste es solo una cuestión de temporalidad o sea que se suceden en distintos espacios de tiempo? O por el contrario ¿es una cuestión de distinta naturaleza, objetos y sujetos?

Casi podría decirse pero no afirmarse, que los distintos matices del derecho aquí tratados estaría más próxima a una concepción cercana al “hacer” más que a una concepción cercana a “principios”. El hacer de la técnica y no el saber la verdad de la ciencia, como sucede tal vez en estos tiempos en que el derecho procesal donde el

hacer, ha absorbido el derecho de fondo. Pero es que la realidad se ha tornado tan compleja, que es muy difícil desde la generalización de la abstracción, abarcar todo un todo que cada vez es mas complejo y diverso.- Hasta en la ciencias naturales existen corrientes contrapuestas en el sentido de que la tendencia será hacia una mayor diversidad o hacia el fin de la diversidad.-

Este hacer se encuentra más próximo obviamente al realismo y pragmatismo angloamericano que al sistema de principios y reglas generales del sistema franco-germano-romano.-

El ejercicio de un derecho subjetivo por parte del titular del mismo y la convalidación o corrección del mismo por parte del juez se dan en distintas secuencias temporales ahora bien, ¿ este despliegue secuencial es determinante para fraccionar las distintas dimensiones del derecho? o ¿podemos construir una teoría general que la sintetice ?

Hacíamos alusión a un hacer, un hacer del juez pero no un hacer autónomo, sino un hacer con referencias materiales y normativas que podrían ser objetivas u subjetivas.-

Y este hacer del juez entra en acción precisamente por lo general ante un incumplimiento.- Incumplimiento de un contrato o de una norma jurídica.-

Por lo que el accionar del juez implicará una corrección, al ser una corrección se ubica a la justicia y el derecho en el plano de la realidad social y la posibilidad efectiva de materializarlo si no existen límites políticos y sociológicos. Por ejemplo si la justicia no detenta el poder efectivo para llevarlo a cabo, mal podríamos hablar de la existencia de la misma.-

Esa corrección la realiza el juez luego de una interpretación y valoración de las normas con referencias materiales, económicas, valorativas, normativas y de conocimiento (doctrina).-

Si en la realidad sucede de que los sujetos cumplen las normas jurídicas el juez no corregirá la conducta sino por el contrario la convalidará por lo que el concepto debería incluir el aspecto positivo también.-

En definitiva para aproximarnos a una teoría general común al sistema continental y angloamericano podríamos decir que el derecho y al justicia sería la corrección o convalidación del juez o las partes de un incumplimiento o cumplimiento mediante la interpretación de normas desde referencias valorativas y materiales subjetivas u objetivas.-

Es importante señalar que las partes serán protagonistas cuando la cuestión se dirima extrajudicialmente, sino solo quedaría abarcado únicamente los repartos autoritarios y no los autónomos, producto de la elaboración de las partes que no acuden a la justicia.-

Asimismo, nos permite sumergirnos en las obligaciones consensuales y las extraconsensuales.-

Por ejemplo un juez penal de instrucción o un fiscal ante una conducta delictual debe intervenir de oficio o sea que no la convalidaría y allí intervendría en cambio

ante todas las conductas que no acarreen un incumplimiento de una norma, las convalidaría sin su intervención.-

Ahora bien, comparativamente en que clase de justicia incluiríamos esta concepción, es decir, si como correctiva o rectora.- Diríamos a la primera y la adopción del término corrección para definir la labor del juez es una mera coincidencia. Veamos como clasificó Aristóteles las clases de justicia y el análisis tridimensionalista ensayado por el Dr. Ciuro Caldani Miguel Angel en la Revista N° 23 del Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Social y Filosofía Jurídica pág. 40.- Sostiene, que Aristóteles en su más significativa comprensión de las clases de justicia respecto a la justicia completa, considera la justicia parcial partiendo de la justicia distributiva “que consiste en la distribución de los honores, las riquezas o todas las demás ventajas que pueden corresponder a todos los miembros de la comunidad”.- La justicia distributiva resulta “rectora” respecto de la justicia “correctiva”, a la cual le corresponde el papel “corrector” de los desarrollos de la anterior.-

Colocado en el papel rector de la justicia completa y de la justicia distributiva, que en cierto aspecto va del todo a la parte, el Estagirita afirma una referencia social, organicista y relativa que tiene, por otra parte, más afinidad con la justicia general, cuyos requerimientos caracterizan al Derecho Público y , dentro de las vertientes de lo que entendemos por humanismo, podría considerarse intervencionista, con el consiguiente riesgo de desvío totalitario.-

Esa perspectiva social básica en el planteo aristotélico afianza, a su vez, un clima de autoridad y produce una sociedad con tendencias estáticas y más institucionalizada. A la más “absoluta” justicia correctiva, como el propio nombre lo indica, le corresponde sólo perfeccionar la justicia ya planteada, salvando los grandes desequilibrios que podrían producirse entre los casos y las soluciones.-

Otro hubiera sido el resultado si Aristóteles hubiese partido de la justicia parcial correctiva, entendiéndola sólo como correctora de la relación del caso con su solución, para apuntar luego a la “corrección distributiva” e incluso a la justicia completa, dejando así más espacio a la justicia particular, cuyas exigencias caracterizan al Derecho Privado ya lo que consideramos humanismo abstencionista, con su pertinente peligro de desvío “individualista”, y abriendo más espacios al acuerdo (reparto autónomo), a la dinámica social y a la negociabilidad, pero para eso el Estagirita debía haber sostenido un punto de vista pactista que , por el contrario, combatía.-

Es en ésta clase de justicia que se ubicaría el concepto de derecho y justicia como teoría general que propugno y retornando al mismo intentaría que en él no haya una yuxtaposición de dimensiones sino integración de las mismas y aquí vemos la pantonomía de la justicia, del tiempo y de las dimensiones en un todo.-

¿ Cómo integramos dimensiones de distinta naturaleza ? La libertad que es un fenómeno y un concepto de la naturaleza con la igualdad que es una construcción

jurídica.- Para que podamos ilustrar la dificultad para integrar dimensiones de distinta naturaleza podríamos citar a Federico Nietzsche que sostenía que el amor es antinatural, una gacela no puede amar al león.- Por tal motivo, es difícil construir la equiparación desde en el derecho, además de que en realidad desde el punto de vista axiológico la equiparación no siempre es valiosa, pues dependerá de los otros elementos que integran el reparto.-

Con la concepción que aludía anteriormente también analizamos el reparto de manera aislada de modo que podemos observar cómo es ese mismo y cómo debería ser.- O sea del ser al deber ser. De la realidad social a la axiológica.-

Dicha concepción además intenta captar el fenómeno no solo sintéticamente desde el punto de vista del tiempo sino también del espacio tratando de captar los distintos puntos de vistas desde el espectro de los distintos intereses o valores en juego.- Y lo capta cuando se hace alusión a que el juez resuelve referencias materiales y valorativas.-

Es decir desde la magnitud.- Captar el reposo y el movimiento con la magnitud, una magnitud que es en relación a otros objetos y que podrá ser con referencia objetiva o subjetiva.-

La espacialidad tiene que ver con lo cultural, las distintas culturas y el derecho comparado.- Y allí están las referencias materiales y valorativas que son relativas a cada cultura y esto flexibiliza el concepto.-

¿Podríamos relacionar del mismo modo que relacionamos la forma y la materia como relacionamos la teoría del derecho y el leading case?

¿Es decir, la teoría general estaría más pegada a la forma y el leading case a la materia?

¿Cuántos modos hay de relacionamiento entre ambos ? Habrá modos más o menos maleables y dúctiles y otros más rígidos e inflexibles.-

Pareciera que desde el punto de vista de la filosofía de la historia de la filosofía del derecho los célebres autores se ubicaron en los extremos, es decir en la materia, como los materialistas o en la forma, como otros autores. Kant pareciera que intenta sintetizar ambos materia y forma.-

Será posible integrar ambos, en vez de oponerlos ?, el intento, nos llevó a la ontología y a la axiología.-

Y nos llevó a una complejidad pura.-

¿Cuál es el nuevo derecho?. ¿ donde nace? ¿hay un fondo común legislativo? ¿ es un producto de la globalización o es anterior al mismo ? ¿ es un producto de la formación del nuevo estado pre-hobbesiano ?

¿se han borrado las viejas fronteras del derecho ? ¿ han aparecido nuevas fronteras del derecho?

El instituto de Derecho Civil, Daño punitivo, creación del common law america-

no con una profunda fundamentación de referencia material económica se expande al derecho continental.-

También U.N.I.D.R.O.I.T. es un ejemplo concreto de cómo los “hechos” son la principal fuente del derecho, las fuentes materiales han ido ganando terreno por sobre las fuentes formales, la aceleración de la economía y la realidad fuerza toda la estructura jurídica que es forzada a ceder.-

Es paradójico, pero ante un mundo donde la tecnología impulsa la desmaterialización y lo virtual, en el derecho cobran relevancia las referencias materiales por sobre los valores, la arrogancia de la realidad económica con su utilidad carcome todos los cimientos jurídicos hasta los más sagrados y sacralizados, como el derecho de familia, último bastión de los valores fundamentales en el derecho privado.-

Todo flota.- Es notorio que a través de los mercados, la organización se apoya en las nociones privatistas de propiedad privada y contratación.-

Como lo sostiene el autor Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani en el Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social N° 23 1.998. pág. 32, en el medioevo la recomposición de la política se basó mucho en el paradigma “contractual” del vasallaje y en la fuerte presencia del Derecho de Familia, manifestada incluso en las vinculaciones (v.gr. el mayorazgo).-

El propio tiempo del gran desarrollo del Derecho Público occidental que correspondió a la segunda mitad del siglo XIX y a la primera mitad del siglo XX no excluyó la comprensión remitida al Derecho Privado. Si bien los progresos de la noción de república significaron la crisis del empleo del modelo familiar de la tradicional organización política monárquica, su reemplazo se hizo en base al paradigma privatista contractual de la democracia. El frecuente uso del modelo contractual en el Derecho Administrativo es otra muestra de ello. En general, el Derecho Público liberal es un Derecho “hipotecado” por el sentido privatista de protección al gobernado contra el gobernante.-

Hoy en día de los tres grandes pilares de la cultura de Occidente, el más notoriamente vivo en el tiempo postmoderno actual, de evidente decadencia de la Filosofía y de predominio de los “bienes”, de democracia a menudo jaqueada por los mercados y de paganización, es el elemento romano, manifestado en la propiedad privada y la libertad de contratación. Incluso se produce el fenómeno de “privatización”, en que el Derecho Privado no sólo recupera espacios que quizás le correspondían, sino llega a marginar al Derecho Público, desnaturalizándose con la ruptura del equilibrio que los ha caracterizado históricamente.- El propio Derecho de Familia es concebido de modo creciente con el paradigma del contrato. Se vive una época de privatización, pero en especial de cierta contractualización.-

El tiempo moderno está signado por la crisis de los Estados nacionales y de predominio de las empresas, por el paso del tiempo de la ley al tiempo del contrato e incluso por un permanente “presente” negocial, desprovisto de proyecciones fuertes

del pasado y de porvenir que significarían cierta carga institucional.- Entre las expresiones del permanente presente de la postmodernidad se encuentran la escasa vocación por el esfuerzo para construir el porvenir, etc. Incluso es relevante considerar que se nombra a la nueva edad histórica con un “post” que no indica rasgos de futuro propios.-

El desarrollo de la “Teoría General del Derecho” como “sistema jurídico-científico” ha de comprender una realidad integrada del Derecho en todas sus ramas como “sistema jurídico-real” (que hemos llamado “Derecho de la Cultura” en sentido amplio) y puede brindar grandes beneficios adicionales, entre los que se encuentran las posibilidades de apreciar el actual despliegue desbordante de la realidad del Derecho Comercial, que en el desenvolvimiento presente del capitalismo tiende a penetrar incluso absorber a las otras ramas (internacionales, constitucionales, civiles, procesales, etc.) y de reconocer nuevas ramas jurídicas, por realidades nuevas o como comprensiones nuevas (de sentido “transversal”) de las realidades ya existentes (v.gr. el Bioderecho y el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, etc.).- Es posible que la Teoría General del Derecho se oponga a las apariencias fracturadas con que se presenta la postmodernidad, pero urge elaborarla no sólo para comprender la unidad de lo jurídico, sino para apreciar el a menudo mundo asfixiante predominio de la economía sobre el resto de las manifestaciones de nuestra existencia.-

En cuanto oculta la unidad de lo jurídico, la Teoría fracturada del Derecho reinante en nuestros días es una ideología. El despliegue de la Teoría General del Derecho en sentido doblemente “general”, por el alcance y por la superación (no marginación) de las particularidades es, a nuestro parecer, una impostergable necesidad del pensamiento jurídico “occidental”.-

### **JURISPRUDENCIA RELEVANTE**

*COSTAS. SELLADO JUDICIAL. Obligatoriedad del pago. Oportunidad*

Debe diferenciarse claramente el Impuesto de Sello, aunque tenga una modalidad especial de pago, de las tasas retributivas de servicios judiciales -tasa de justicia y tasa proporcional de justicia-, también denominadas sellado de justicia y que abarcan una serie de hipótesis imponibles que ninguna relación guardan con las contempladas en materia de Impuesto de Sello.

Solamente la obligación de pagar las tasas retributivas de servicios judiciales posee aptitud para transformar al poder judicial en custodia de la recaudación fiscal, dado que el poder administrador tiene suficientes medios propios rápidos -apremio fiscal-, para perseguir el cobro de sus acreencias. Se identifica al débito del Impuesto de Sellos en documentos y contratos como una situación que no puede ser motivo de un obstáculo fiscal para la iniciación o prosecución de causas judiciales.

*C. Civ. y C. Rosario, Sala 4ª Integr. 14/8/09. Aguirre, Antonio y ot. c/Juri, Manuel s/ Escrituración.-*

A la cuestión si es nula la sentencia recurrida, dijo el Dr. Baracat: Que contra la sentencia dictada por el a quo que, fallara: "...1) haciendo lugar a la demanda instaurada, y, en consecuencia, condenando a la demandada a otorgar a la actora la respectiva escritura traslativa del dominio del inmueble precedentemente descrito, por ante el Escribano que oportunamente se designará, dentro del término de 15 días y bajo apercibimientos de que si así no lo hiciera será efectuada por el Tribunal a su nombre y a su costa, en la medida en que ello fuere registralmente posible. 2) Costas a la demandada...", articula apelación y conjunta nulidad la parte demandada vencida en el pleito. El recurso de nulidad incoado por la impugnante- no ha sido mantenido en esta Alzada, pero en todo caso, pudiendo los agravios que le servirían de base ser tratados al considerarse la apelación (absorción de la nulidad por la apelación), y no existiendo tampoco omisiones y/o irregularidades procedimentales que habiliten la declaración oficiosa de nulidad, corresponde que dicha nulidad sea rechazada. Así voto. A la misma cuestión dijo el Dr. Peyrano: De acuerdo con el Juez preopinante, voto por la negativa. A la cuestión si es justa la sentencia apelada, continuó diciendo el Dr. Baracat: Ya en el plano apelatorio la demandada apelante expresa agravios contra la sentencia dictada por el Juez a quo, mediante memorial que ha sido glosado a fs. 74/76 vto., y corrido el pertinente traslado a la parte actora los responde por pieza agregada a fs. 78 y vto. En esta causa judicial, los actores inician demanda de escrituración contra Manuel Juri y María T. Colombaroli y/o herederos, pidiendo el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio de un departamento ubicado en calle Presidente Perón N° 3795, primer piso, C, unidad 9, Rosario. Dicen que en fecha 14/10/97 suscriben boleto de compraventa, mediante el cual los demandados venden a los actores el inmueble de referencia. Añaden que el precio fue abonado. La sentencia de Primera Instancia contiene la versión de los hechos narrada por los actores, a los que me remito en homenaje a la brevedad, a fin de evitar repeticiones inútiles. Citada y emplazada la parte demandada, no comparece a estar a derecho, se le decreta la rebeldía y continúa el juicio sin otorgársele representación. La rebeldía fue notificada (ver cédula fs. 28) y ha quedado firme. Se ordenó el traslado de la demanda, pero la misma no resulta respondida conforme constancia de autos. El Juez a quo dicta sentencia, haciendo lugar a la demanda de escrituración, en los términos que se extraen de la parte resolutive pre-transcripta. Las plurales

críticas -adelanto- que la parte de-man-dada formula respecto de la sentencia del Juez a quo, cuya lectura hemos procedido a efectuar, además- de compulsar los restantes elementos de juicio obrantes en estas actuaciones, no pueden tener acogida favorable. En consecuencia, debe ser confirmado el veredicto emitido por el Juez apelado, conforme a lo que paso a señalar. En relación a que se aceptó la iniciación del juego- mediante un boleto de compraventa que adolecía del sellado fiscal obligatorio requerido por la AFIP, ya sentó esta Sala criterio en torno a los efectos que produce tal anomalía. Se tiene posición tomada en torno a que, debe diferenciarse netamente el Impuesto de Sello (que es un impuesto, aunque tenga una modalidad especial de pago), de las tasas retributivas- de servicios judiciales (tasa de justicia y tasa proporcional de justicia) (González Urquiaga, Oscar: "Estudio teórico práctico del Código Fiscal de la provincia de Santa Fe", Santa Fe, 1968, Ed. A., págs. 118/126). Estas últimas, también son denominadas "sellado de justicia" y abarcan una serie de hipótesis- imponibles que ninguna relación guardan con las contempladas en materia de Impuesto de Sellos (Tanzi, Héctor: "El sellado de justicia como requisito para el progreso de la acción civil", E.D., T. 47, pág. 930 y ss.). Solamente la obligación de pagar las tasas retri-bu-tivas de servicios judiciales, posee aptitud para transformar al poder judicial en custodia de la recaudación fiscal (Barrios, Eduardo y Marquín Merlín, Víctor: "La acción civil y los obstáculos fiscales", en "Revista de Estudios Procesales", N° 15, pág. 29), dado que el Poder Administrador tiene suficientes medios propios y rápidos (el apremio fiscal), para perseguir el cobro de sus acreencias. Precisamente, se ha identificado al débito del Impuesto de Sellos en documentos y contratos como una situación que no puede ser motivo de un obstáculo fiscal para la iniciación o prosecución de causas judiciales (Barrios y Martínez Merlín: Op. cit., pág. 30) (ver Protocolo Sala IV de Autos N° 249, del 25/6/07, "BASF Argentina SA c/ Pucciariello, Gustavo"; ídem, Acuer-do- in re "Hotel Pinares del Cerro SRL c/Alba Compañía de Seguros s/Cobro de pesos", Expte. N° 234/08). Dice -de modo tardío- la apelante, que según reza el boleto glosado en autos, quien vende a los actores- fue sólo Manuel Juri (cláusula 1ª), añadiendo la recurrente: a) la codemandada Colombaroli ha sido mal imputada como sujeto pasivo de la obligación cuyo cumplimiento se reclama en esta sede; b) la nombrada no tiene responsabilidad alguna en la presunta falta de escrituración del inmueble adquirido y no le resulta exigible la eventual carga de entregar el Reglamento de Copropiedad y/o plano de Mensura y/o los Libres Deudas de Impuestos, etc. Estas críticas no pueden ser aceptadas por las siguientes circunstancias fácticas y jurídicas: a) en el sub examen la nombrada Colombaroli no respondió- la demanda, y dicha incontestación por la emplazada trae como consecuencia el reconocimiento por su parte de los hechos articulados por el actor (Cfr. C. Civ. y Com., Santa Fe, Sala 3ª, 21/7/88, Rep. Ed. Zeus, T. 8, pág. 492; C. Civ. y Com., Santa Fe, Sala 2ª, Rep. Ed. Zeus, T. 9, pág. 423); b) la defensa u oposición traída ahora no ha sido articulada en el estadio procesal pertinente, y una defensa no invocada en sede inferior- no puede ser introducida en la Alzada, que es instancia de revisión y no de creación (Cfr. C. Civ. y Com., Sala 1ª, 24/10/91, Rep. Ed. Zeus, T. 10, pág. 9879); esto es, para que la Alzada pueda

**JURISPRUDENCIA RELEVANTE**

pronunciarse es necesario que los capítulos de debate hayan sido propuestos a la decisión del Juez de Primera Instancia, es decir, en los escritos introductorios que son las etapas adecuadas para lograr el pronunciamiento del a quo (Cfr. C. Civ. y Com., Rosario, Sala 4ª, 4/5/93, Rep. Ed. Zeus, T. 10, pág. 974). A ello cabe añadir: a) los actores al demandar dicen "...en fecha 14/10/97 se suscribe Boleto de Compraventa por el cual los hoy demandados venden a Antonio Aguirre y Verónica Matos un departamento...", y no obra en la causa levantada la carga probatoria que permita dejar sin efecto la presunción derivada del art. 143 del Código Procesal Civil y Comercial; b) la intimación extrajudicial que se les cursó a los demandados antes de la iniciación del juicio (ver fs. 9), se encuentra dirigida también a M. Teresa Co-lom-baroli, no existiendo agregado a la causa elemento- de juicio que permita aseverar que ella ha sido rechazada. Más allá de lo señalado, es posible extraer indiciariamente (presunción homini), lo siguiente: a) que atento a la naturaleza de la unidad vendida, la venta pudo haber sido realizada por ambos codemandados, puesto que si bien -según el boleto de compraventa adjuntado por la actora- el vendedor es Manuel- Juri, el nombrado aparece casado en primeras nupcias con María T. Colombaroli; b) que la demanda contra esta última pudo obedecer a la exigencia del consentimiento conyugal dispuesta por el art. 1.277 del Código Civil. Las críticas que formula la recurrente -impropiamente dirigidas a la intimación cursada por la actora y agregada al expediente a fs. 9-, resultan no com-pu-tables, por tratarse de una defensa igualmente no articulada en la ocasión oportuna y por cuanto de los elementos de juicio obrantes en la causa, no pue-de- extraerse que los impuestos, tasas y contribucio-nes-sean de exclusivo cargo de los compradores. La cláusula 3ª del boleto de compraventa adjuntado (ver fs. 10 vto.), reza en relación a este ítem, "serán a cargo del vendedor hasta la entrega de la propiedad, a partir de allí empiezan a correr por cuenta de los compradores". Conforme al citado convenio, enton-ces,- existen dos períodos perfectamente diferenciados en cuanto a la responsabilidad por dichos rubros: a) hasta el momento de entrega de la propiedad, a cargo de los vendedores; b) con posterioridad a la toma de posesión a cargo de los compradores.- Contextualmente dicha intimación se formalizó "de conformidad al boleto de compraventa suscripto", y por tanto, no puede extraerse de ella que los actores reclamaran el pago de estos conceptos con posterioridad a la entrega de la unidad. Inclusive en relación a estas críticas, los actores apelados responden en su memorial (ver fs. 78) respecto de esa obligación a su cargo y desde la posesión, con cierto grado de probabilidad en cuanto a su "verosimilitud"; "dicha carga es de absoluta impo-sibilidad por parte de mis instituyentes ya que el Edificio -titularidad dominial de Juri y Colombaroli- carece de final de obra, carece de plano de mensura y deslinde de partes comunes y exclusivas, no ha sido sometido al Régimen de Propiedad Hori-

zontal, por ende carece de Reglamento de Copropiedad y Administración, estando todo el inmueble en situación precaria e irregular aunque ventajosa para quienes pretenden evadir cargas impositivas...". Otro agravio no atendible es el referido al abuso del derecho (art. 1.071 del Código Civil), no propuesto por la parte demandada en su escrito de responde, que según se lleva reiterado omitió contestar la demanda e ignorando que la Alzada es simplemente instancia de revisión. Empero respecto de esta crítica,- cabe añadir que la presunta existencia de abuso de derecho en el caso, carece de total y absoluto respaldo en las constancias de la causa. El boleto de compraventa fue suscripto en el mes de octubre de 1997, y a pesar de que han transcurrido desde entonces casi 12 (doce) años, los compradores no han obtenido aún la escritura traslativa de dominio, a pesar que en fecha 18/2/01, quedó cancelado el valor del departamento (ver nota al pie del boleto, fs. 11). Por otro costado, no se individualiza elemento relevante del que pudiera extraerse, un ejercicio irregular o antifuncional del derecho por la actora. Finalmente, los reproches "genéricos" dirigidos al sentenciante en el sentido de que debió atenerse a lo dispuesto en la ley y que debió aun de oficio hacer una prolija revisión de todos los elementos jurídicos, no cumplen con el recaudo exigido por el art. 365 del Código Procesal Civil y Comercial, a fin de que ellos puedan ser considerados verdaderos agravios. La fundamentación de la apelación debe contener una crítica de cada uno de los puntos en donde el Juez habría errado en su análisis, sea por una interpretación equivocada de los hechos de la causa, o bien por la aplicación errónea del derecho, señalándose el modo en que debió resolverse la cuestión, de manera tal que quede demostrado, a través de un razonamiento "claro", el fundamento de la impugnación que se sustenta, pues ello constituirá lo que se denomina la personalidad de la apelación, a través de la cual se delimitará el conocimiento de la Alzada (Cfr. Falcón, Enrique M. y Rojas, Jorge A.: "Cómo se hace una apelación", Ed. A.P., Buenos Aires, 1998, pág. 70 y ss.). Respecto a los aludidos agravios la impugnante no ha cumplido la carga como debía. Si una expresión de agravios no expresa con "claridad", de manera ordenada y concisa, por qué la sentencia no es justa, cuáles son los motivos de la disconformidad, cómo el Juez ha aplicado mal la ley, en qué consiste el error del pronunciamiento o cuál es el defecto que contiene el proceso mental y lógico exteriorizado al dictar la resolución, no ha efectuado la recurrente una articulación seria, fundada, concreta- y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto y una demostración de los mismos para considerar que ella es errónea (Cfr. C. Civ. y Com. Santa Fe, Sala 1ª, 11/9/90, "V. J. M. c/B. I. s/ Medidas de aseguramiento de pruebas", Ed. Zeus, T. 56, R-52).

En síntesis por las argumentaciones precedentes,- concluyo que debe ser rechazada la apelación de la parte demandada y confirmada la sentencia dictada por el a quo. Con costas a cargo de la apelante (art. 251 del Código Procesal Civil y Comercial). Así voto. A la misma cuestión dijo el Dr. Peyrano: Por las mismas razones adhiero al voto del Dr. Baracat. A la cuestión qué pronunciamiento corresponde dictar, continuó diciendo el Dr. Baracat: Corresponde dictar pronunciamiento: a) rechazar el recurso de nulidad articulado por la parte accionada; b) rechazar el recurso de apelación deducido por esta última parte y confirmar la sentencia N°

1709 de fecha 6/6/06 dictada por el Juez a quo. Con costas a cargo de la recurrente (art. 251 del Código Procesal Civil y Comercial). Los honorarios por los trabajos desplegados en la Alzada se fijan en el 50% de los que se regulan por las tareas cumplidas en Primera Instancia. Así voto. A la misma cuestión dijo el Dr. Peyrano: Por las mismas razones adhiero al voto del Dr. Baracat. En tal sentido doy mi voto. Se resuelve: a) Rechazar el recurso de nulidad articulado por la parte accionada; b) Rechazar el recurso de apelación deducido por esta última parte y confirmar la sentencia N° 1709 de fecha 6/6/06 dictada por el Juez a quo. Con costas a cargo de la recurrente (art. 251 del Código Procesal Civil y Comercial). Los honorarios por los trabajos desplegados en la Alzada se fijan en el 50% de los que se regulen por las tareas cumplidas en Primera Instancia. El Juez Dr. Rodil habiendo tomado conocimiento de los autos, invoca la aplicabilidad al caso de lo dispuesto por el art. 26, primera parte, de la Ley 10.160. Baracat. Peyrano. Rodil (art. 26 de la Ley 10.160).

#### CORTE SUPREMA. *Unidad de análisis económico*

Esta Corte como Máximo Tribunal del Poder Judicial de la Nación y en ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales que le confieren los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional debe adoptar, en los casos que llegan a su conocimiento y resolución, decisiones que tienen gravitación en el desenvolvimiento de las actividades económicas que se realizan en el país; se expresa la necesidad de contar con una unidad técnica a la cual se le pueda solicitar una opinión fundada acerca de los efectos macroeconómicos, que derivarían de decisiones que eventualmente puedan adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal.

*CSJN, 9/9/09, Acordada 36/09.*

Consideraron: 1. Que esta Corte como Máximo Tribunal del Poder Judicial de la Nación y en ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales que le confieren los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, debe adoptar, en los casos que llegan a su conocimiento y resolución, decisiones que tienen gravitación en el desenvolvimiento de las actividades económicas que se realizan en el país. 2. Que al precisar en los casos concretos los alcances jurídicos de normas constitucionales que aluden a: "contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General" (art. 4 de la Constitución Nacional; "retribución justa"; "salario mínimo vital móvil"; "participación en las ganancias de las empresas"; "jubilaciones y pensiones móviles"; "compensación económica familiar" (art. 14 bis de la Constitución Nacional); "desarrollo humano"; "actividades productivas" (art. 41 de la Constitución Nacional); "intereses económicos";- "defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los Mercados"; "control de los monopolios naturales y legales"; "calidad y eficiencia de los servicios públicos" (art. 41 de la Constitución Nacional); "criterios objetivos de reparto"; "grado equitativo de desarrollo, calidad de vida e

igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional" (art. 75, inc. 2, de la Constitución Nacional); "prosperidad del país"; "adelanto y bienestar de todas las provincias" (art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional); "progreso económico con justicia social"; "productividad de la economía nacional"; "generación de empleo"; "defensa del valor de la moneda"; "crecimiento armónico de la Nación"; "políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones" (art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional); es decir, a contenidos directamente referidos a cuestiones de naturaleza económica, las resoluciones de este Tribunal constituyen también un dato relevante para quienes actúan en la producción, intercambio y consumo de bienes y en la prestación de servicios y para quienes, en función del bienestar general y la equidad, regulan y controlan la realización de esas actividades. 3. Que la importancia de las cuestiones reseñadas precedentemente justifica que sobre ellas se efectúe un razonable juicio de ponderación en el cual "no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma" (Fallos: 302:1284). 4. Que las razones expuestas llevan a sostener la necesidad de contar con una unidad técnica a la cual se le pueda solicitar una opinión fundada acerca de los efectos macroeconómicos, que derivarían de decisiones que eventualmente puedan adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal. 5) Que dicha unidad funcionará en el ámbito de la Secretaría General de Administración. Acordaron: 1) Crear la "Unidad de Análisis Económico", que actuará en la órbita de la Secretaría General de Administración. 2) Dicha unidad tendrá a su cargo: a) Realizar, por indicación de la Presidencia, los estudios de índole económico necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal. b) Suministrar los informes derivados de los estudios y evaluaciones respecto de cuestiones económicas. c) Solicitar a los organismos competentes en la materia los informes que se estimen necesarios para el cumplimiento de sus funciones. d) Asistir, en la órbita de sus funciones, al Secretario General de Administración en las solicitudes que dicho funcionario le formule. 3) Los Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación informarán al Presidente acerca de la existencia de causas en que sea de interés realizar estos estudios. Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando que se comunicase en la página web del Tribunal y en la página [www.cij.csjn.gov.ar](http://www.cij.csjn.gov.ar). Lorenzetti. Highton de Nolasco. Maqueda. Fayt. Argibay. Petracchi..