

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA EPOCA
AÑO LVI - NUMERO 49
2011



LA LEY

BUENOS AIRES

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva
responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la
opinión de dicha publicación, ni de la Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
Todos los derechos reservados
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina

I.S.S.N. EN TRAMITE

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.
- CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 49

SERIE II - OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho* - 1925.
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).

- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*.
- 31.- *El derecho de la salud, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*.
- 34.- *Protección jurídica del consumidor, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - N° 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil*.
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación*.
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil*.
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental*.
- 5.- *Estudios sobre daño moral*.
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999*.
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998*.
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928*.
- 9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica*.
- 10.- *Los vicios de la voluntad*.
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II*.
- 12.- *Capacidad civil de las personas*.
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario*.
- 14.- *Sociedad Conyugal*.
- 15.- *Teoría y práctica de los contratos*.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial,*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Róterdam.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Gregorio Badeni

Secretarios

Académico Dr. Jorge H. Alterini
Académico Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia

Tesorero

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Nota: El doctor Eduardo Aguirre Obarrio ejerció la presidencia de la Academia hasta el día de su deceso, ocurrido el 28 de septiembre de 2011. Lo sucedió el doctor Gregorio Badeni.

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	Nombre del sitial	Fecha
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 septiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María Bidegain	10 septiembre 2009
Dr. Julio César Otaegui	8 septiembre 2011

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		Fecha
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010

		Fecha
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo

Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Ibaguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma

Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)

Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

PSICOLOGIA JURIDICA DEL DAÑO MORAL

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

I. Delimitaciones del tema propuesto. - II. Ciencia jurídica y psicología. - III. Ciencia jurídica y equivalencia de conceptos psicológicos. - IV. Acerca del daño moral.

I. Delimitaciones del tema propuesto

El Derecho Civil tutela determinados bienes fundamentales de la persona y de su patrimonio, y al asignarles la calificación de bienes jurídicos, crea un sistema legal conferido al individuo para su eficaz defensa; lo que resulta el aspecto positivo del orden jurídico.

La convivencia humana, sin embargo, determina, a veces, la lesión de estos bienes personales o patrimoniales, motivando una reacción negativa que se traduce en una sanción que puede resultar una pena o bien en una reparación de daños e intereses, transformando el contenido de la obligación, en una prestación de carácter económico.

En este breve introito queda expuesto el rol, que es protagónico, del comportamiento humano, que a lo largo de la historia cultural de Occidente denota una compleja variedad de facetas que de manera permanente nos llaman la atención.

En la presente comunicación es nuestra intención delinear un estado actual de la figura jurídica del daño moral en su aplicación al ser humano, trazando alguna vinculación entre la ciencia jurídica y el instituto

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 14 de abril de 2011.

referido y, la disciplina de la psicología jurídica, considerada como un análisis del comportamiento individual de la persona. En suma, se pretende plantear la afección a la persona de existencia visible, persona física o bien persona humana que bien fuera precisada por el académico Alberto Rodríguez Varela, (1) al decir que esta última es sustancia de valor espiritual inmensurable, con vocación de eternidad y fines propios que trascienden el orden temporal.

Antes quisiera expresar ciertas aclaraciones: la psicología jurídica, por múltiples motivos que exceden el presente es una disciplina todavía por hacer, pues es razonable que el jurista sienta una caparazón y hasta rechazo hacia el tema; y no es menor, por otra parte, el poco o vano esfuerzo que la incipiente disciplina y sus cultores han ofrecido al jurista.

Sin embargo, ambas materias centran su atención sustancial en la persona física.

II. Ciencia jurídica y psicología

El Derecho no es cosa metafísica sino un asunto eminentemente humano, de sentimientos e intereses, antes que de fórmulas; menos de materia que de espíritu, y en permanente evolución, bien por encima de las categorías que pretenden cristalizarlo, y como parte integrante de la relatividad y de la vida que le dan sentido y a las cuales deben responder.

Por lo demás, las relaciones entre derecho (ciencia jurídica) y psicología pueden adoptar dos formas características:

A) El derecho delimita los contenidos a los que se puede llamar jurídicos. En todos los casos, dicho contenido es una actividad humana que se prescribe a una persona o a clases de personas (por caso, a quienes la norma está dirigida).

B) La psicología investiga las condiciones que permiten la concurrencia en omisión de una conducta particular, indicando, además, los efectos empíricos que pueden seguirse de las consecuencias previstas por el orden jurídico, para el caso en donde concurra una forma de comportamiento considerada como hecho ilícito, permitiendo, de esta manera, confrontar la consistencia empírica de los objetivos jurídicos y de las técnicas empleadas para su construcción.

(1) "El derecho a la vida", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1994.

Desde el punto de vista imperativo, la norma jurídica equivale a un estímulo verbal, compenetrada de fuertes connotaciones; y en este sentido, como cualquier otro estímulo, entra de lleno en el dominio de la psicología, cuya incidencia será aquí esencialmente cualitativa. Esto es, la forma como se expresa y traduce el mandato verbal, influyendo sobre la respuesta —comportamiento— que se espera del mismo. A estas circunstancias, se les denomina cualidad pragmática del lenguaje jurídico, relacionada con muchos problemas de psicología del derecho. (2)

Téngase también en cuenta que la norma jurídica —y ello es relevante destacar— que aquélla tiene componentes necesarios que afectan a su propia esencia normativa y otros contingentes que afectan a su función o dinámica.

Una reconducción de esos aspectos permitirá deducir que la lingüística, la sociología, la psicología, a veces la economía están presentes en todo precepto jurídico.

Si lo dicho lo trasladamos a un concepto jurídico, por caso, la “intención”, tal la previsión de los arts. 427 y 439 del Código Civil, traducen una conducta activa que se exterioriza en una acción voluntaria; o bien el art. 2373, Cód. cit., cuando dispone que la posesión se adquiere por la aprehensión de la cosa con la intención de tenerla como suya. O cuando el art. 2450 nos dice que mientras haya esperanza probable de encontrar una cosa perdida, la posesión se conserva por la simple voluntad.

A esta altura de la exposición, cabe un interrogante: ¿existe la psicología jurídica? La respuesta afirmativa se impone desde lo fáctico: se trata de una existencia ontológica, basada en la realidad de los hechos. En la mayoría de las ocasiones la psicología jurídica no es sino “aplicaciones de la psicología al mundo del Derecho; sólo un campo de estudio que nace de la psicología se desarrolla dentro de la psicología y se refiere a un campo concreto que es el jurídico.

III. Ciencia jurídica y equivalencia de conceptos psicológicos

Recasens Siches (3) distingue tres clases funcionales del Derecho: a) seguridad; b) resolución de los conflictos de intereses y c) organización, legitimación y restricción del poder político.

(2) Cfr. KALINOWSKI, G., “Introducción a la lógica jurídica”, Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 54.

(3) “Introducción al estudio del Derecho”, México, Porrúa, 1970, p. 111 y ss.

El hombre, escribe este autor, siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación a los demás: de saber cómo se comportan ellos con él y de saber qué es lo que él debe y puede hacer frente a ellos. Y precisa no sólo saber a qué atenerse sobre lo que deba suceder, sino saber que esto sucederá forzosamente; es decir, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero además de la seguridad de que la regla será cumplida, de que estará poderosamente garantizada.

Pero ya que las necesidades humanas son superiores a los medios con que se cuenta para satisfacerlas, es inevitable que los hombres entren en colisión. Bajo este punto de vista, el derecho cumple una segunda función resolviendo estos conflictos de intereses, no de un modo teórico, sino de una manera práctica, eficaz, ejecutiva, es decir, de modo que la solución que él da de tales conflictos sea cumplida necesariamente, forzosamente, y llegado el caso impone sus soluciones de un modo inexorable, sin admitir la posibilidad de rebeldía.

Por último, el derecho debe organizar la serie de órganos competentes que hablen y actúen en su nombre, dotando al poder de mayor estabilidad y regularidad, limitando a la vez su alcance.

La adecuación del derecho a estos fines requiere de lo que Ihering denominaba practicabilidad y Gény llama realizabilidad. (4) Y el derecho debe procurar y exigir la aplicación de los preceptos; debe ser practicable y construido con miras a tal practicabilidad. Dabin, (5) con miras a tal practicabilidad, alude a tres factores: la definición conceptual, la aptitud probatoria y la concentración de la materia jurídica.

Y la practicabilidad del derecho, en términos científicos o bien prácticos, requiere de la ya citada definición. (6)

La cuestión a los fines de esta exposición y en un esquema explicativo de correlación entre derecho y psicología jurídica es precisar cómo se logra y estructura la referida definición.

Es que todo investigador debe ser capaz de traducir los hechos físicos que observa a palabras que posean tales características y claridad; que otro in-

(4) GENY, F., "Science et Technique en Droit privé positif", Paris, Sirey, III, p. 35.

(5) "Teoría General del Derecho, Revista de Derecho Privado", Madrid, 1955, p. 256 y ss.

(6) MUÑOZ SABATE, Luis, "Método y elementos para una Psicología jurídica, Sociología y Psicología jurídicas", Anuario, 1975, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, 1975, p. 14.

investigador que sólo disponga de ellas y nunca haya presenciado el fenómeno que se describe pueda traducirlas de nuevo, sin dudas ni vacilaciones, en los mismos hechos de que proceden. Se trata, pues, de una técnica definitoria.

Es el mismo Dabin (7) quien se ocupa de recordarnos que el jurista tiene el deber de perfeccionar sin cesar su instrumental de conceptos y a la luz de la ciencia y de la experiencia buscar la fórmula que se adecue lo más posible a la verdad y, asimismo, ofrezca el máximo de practicabilidad. Destaca, además, Dabin, (8) la importancia que tiene el acercamiento del derecho a la psicología jurídica, como un paso gravitante para comprender y aprehender el comportamiento humano.

Si desde un punto de vista lingüístico analizamos el contenido, definiciones y condiciones de una norma jurídica, veremos que está compuesta de descripciones. Nos referimos a la necesidad inevitable de que todo precepto debe ser argumentado y explicitado en términos descriptivos.

La norma jurídica, por ejemplo, habla de “casa”, “buque”, “dinero”, “animales domésticos”, etc., expresiones que se corresponden con hechos de la realidad directamente observables. Por supuesto, no es misión del derecho describir lo que es una “casa” o un “buque”, pues tales palabras pertenecen al lenguaje común. Sin embargo, es en las descripciones que figuran en las proposiciones jurídicas donde se produce la inserción del vocabulario del lenguaje natural en el lenguaje legal, y es por consiguiente respecto de las expresiones que forman esas descripciones donde puede hablarse de vaguedad conceptual y ambigüedad sintáctica procedentes del lenguaje natural. (9)

Es una evidencia que no necesita de mayor explicación, que tanto el aspecto descriptivo como el imperativo de un precepto jurídico se hallan dotados de fuertes componentes psicológicos. Es decir, gran cantidad de términos jurídicos utilizados por dispositivos jurídicos tienen o guardan su equivalencia con conceptos psicológicos. A mero título de ejemplo, citamos: adaptación, arbitrariedad, capacidad, capricho, castigo, causa, celos, conducta, ficción, hábito, libertad, memoria, percepción, moral, daño, seguridad, sentido, sujeto, voluntad, etcétera. (10)

(7) Ob. cit., p. 270.

(8) Ob. cit., p. 279.

(9) CAPELLA, “El derecho como lenguaje”, Ariel, Barcelona, 1968, p. 247.

(10) FUEYO LANARI, Fernando, “Catalogación de conceptos de Derecho privado”, Montecorvo, Madrid, 1968.

De manera que la abundancia de estos conceptos psicológicos antes nombrados y otros tantos más que utiliza la norma jurídica son uno de los justificativos de la existencia de la disciplina de la psicología jurídica. (11)

IV. Acerca del daño moral

Digamos que la reforma de la ley 17.711 en lo que se relaciona con el daño moral fue categórica: es un rubro que justifica la compensación dineraria en casos de infracción contractual cuanto extracontractual, concluyendo así una controversia de muchos años.

Si se repasan los preceptos que tratan la cuestión —arts. 1078 y 522 del Código Civil— se advertirá que la enmienda superó la definición legislativa que adoptaba el antiguo art. 1078, en su texto primitivo.

Desde un punto de vista de técnica legislativa la reforma, al rehusar una definición legislativa, es altamente positiva, pues es coherente con el criterio de Vélez Sarsfield expuesto en la nota del art. 495, quien siguiendo a Freitas dice “...las definiciones son impropias de un Código de Leyes, y no porque haya peligro en hacerlo...”

Sin embargo, en lo que atañe a nuestro propósito central la eliminación de ciertas nociones jurídicas del art. 1078 cit., cito textual “...que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”, concluye la cita, son sólo observables en lo que significa dejar de ser ley vigente. Con el respeto a mis colegas juspublicistas, no postulo una ultraactividad de la ley, sino, por el contrario, en varias ocasiones las descripciones antes realizadas en muchas ocasiones abren sendas en el enmarañado campo de las acciones humanas, cuando distintos hechos y nuevas relaciones no previstas por la ley obligan a los individuos a establecer nuevos modos de conducta.

Y no se duda que si el daño moral desde la vigencia del Código Civil hasta la sanción de la ley 17.711, en su esfera comprendía los citados “descriptores jurídicos”, los mismos, no obstante, proyectan su existencia en la vasta noción del continente legal, daño moral.

Daño moral es, por exclusión, el daño no patrimonial, es el daño que no recae directamente sobre el patrimonio de una persona, o que cayendo sobre bienes objetivos, ocasione o no lesión material en los mismos, causa una perturbación anímica en su titular, cualquiera que sea el derecho que sobre ellos se ostente.

(11) MUÑOZ SABATE, ob. cit., p. 15.

El daño moral es, pues, daño espiritual, daño inferido en derechos de la estricta personalidad, o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la materialidad económica. El daño moral es la lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona, o la repercusión afectiva desfavorable producida por los daños materiales. Es decir: no se excluye la circunstancia de que el daño moral pueda originarse, y de hecho se origina en multitud de ocasiones, miedo o como consecuencia de ofensas o daños causados en los bienes patrimoniales o económicos del ofendido, pero cuidando de distinguir en todo caso los unos de los otros.

Según esto, el daño moral puede afectar a una amplísima esfera de valores, muchas veces indefinidos e indefinibles.

Es que el patrimonio moral de la persona física se integra y desarrolla en el reducido escenario de su cuerpo y le acompaña en todas las facetas de su vida. Es que el mundo de relaciones que el ser humano entreteje a lo largo de sus actividades le hace partícipe de la pequeña o grande historia que contempla pasivamente o protagoniza activamente. Porque el ser humano es único e irrepetible, y la compulsión que puede sufrir por los distintos avatares de la vida afectan su personalidad y su conducta incidiendo en sus actitudes. (12)

Ello es el daño moral, que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.); es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorpóreos cuya tutela cobijamos bajo la categoría jurídica de los denominados derechos de la personalidad.

Porque la base de toda convivencia civilizada es el respeto mutuo y consideración a los semejantes: la aflicción —entre otros pesares— es el resultado del comportamiento de otro sujeto y genera un sufrimiento o padecimiento que conlleva un deber pecuniario de reparar.

Ello es así, pues el mundo del pensamiento jurídico no es un mundo irreal, fuera del tiempo o incluso puramente imaginario; por el contrario, el orden jurídico es algo vivo, pues lo real no son sólo las cosas de la vida espacial y temporal, sino también las sensaciones anímicas, sustancias eficaces del espíritu objetivo, reconocidas en las relaciones de convivencia. (13)

(12) ROGERS, Carl R., "Terapia, personalidad y relaciones interpersonales", Buenos Aires, 1998, p. 49.

(13) LARENZ, Karl, "Derecho de las obligaciones", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 37.

La vasta materia que conforma el daño moral está inserta en el derecho de daños, cada día más explicitado y profundizado, ya que la esencia del tema, precisamente, radica en lograr a través de su aplicación una tutela real y efectiva de la persona humana en su total naturalidad y dignidad.

Al estar el ser humano dotado de espíritu, y ser éste el sujeto donde impacta el agravio moral, destacamos que el avance de las ciencias y la necesidad imperiosa de adecuadas soluciones nos reconducen a aplicar una determinada psicología al derecho. (14)

Es que la razón, experiencia e insobornable realidad, sembraron dudas ante los dogmas tradicionales y por ello prevalecieron tendencias objetables, no por irreales, sino por la ausencia de aplicaciones interdisciplinarias.

Los llamados “descriptores jurídicos” se constituyeron en un lenguaje jurídico de cierta frecuencia (15) y utilización forense, más allá de sus connotaciones científicas. Entre ellos, por mera referencia, citamos: lesión de la parte afectiva, repercusión psíquica del ilícito, ansiedades, padecimientos, sufrimientos, emociones, afrenta, aflicción física o moral, perturbación anímica, disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de la satisfacción de vivir, etcétera.

Cabe, asimismo, agregar la fama, honra, prestigio, dignidad, decoro, y todas aquellas formas de excelsitud, que no están en el espacio sino en el espíritu; que no se inscriben en el tiempo sino en la eternidad de cada individuo. Ello, teniendo en cuenta que los grandes de la historia no son siempre los mejores. La historicidad no es necesariamente sinónimo de ejemplaridad.

Por esto, el hombre forja su propio ideario, mas no por ello puede ser avasallado en su vida social de manera gratuita y desmedida.

La vida armoniosa no puede mancillarse ni afectarse con un estruendo personal y lesivo, impropio, apelando a mendacidades u obrando de manera desaprensiva, mediando relaciones jurídicas.

La comunidad civilizada y las vinculaciones sociales que llevan al ser humano a comportarse de determinada manera no admiten las referidas contravenciones.

El derecho es pues una ordenación al servicio del individuo y no viceversa, y por tanto tiene toda su vigencia el principio de legalidad por el que

(14) LERSCH, Philipp, “El hombre en la actualidad”, Gredos, Madrid, 1982, 2ª ed.

(15) MUÑOZ SABATE, Luis, “Psicología del daño moral contractual”, Revista Jurídica de Cataluña, Nº 1, Barcelona, 1978, p. 317.

nadie puede dañar a otro y aquella otra proposición que reclama no dejar al daño solo frente al daño.

Porque el derecho versa sobre la conducta humana, es ordenación de actitudes, concierne al comportamiento del hombre.

Cuando se lesiona —cualquiera que fuere— un derecho inherente a la personalidad se originará un daño de índole extrapatrimonial o moral. Así, en este orden de ideas, (16) se explicita que los dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos con que habitualmente suele identificarse el daño moral, no son sino estados del espíritu que obran como consecuencias del daño. Bien se ha destacado que en el ánimo de desentrañar la verdadera esencia del daño moral, cobra especial importancia su espiritualidad, sus aspectos psicológicos (17) y distintos matices a través de los cuales aquél se presenta.

Sobre el particular, no es novedoso sino de significativa utilidad justipreciar las implicancias que tiene una psicología para el Derecho. Tratando este tópico, Luis Muñoz Sabaté (18) aclara que *psicología jurídica* es la aplicada al mejor ejercicio del Derecho, lo que no impedirá, sin embargo, el proporcionar datos que colateralmente pueden ser interpretados por los juristas como una muestra de la disfuncionalidad de ciertos objetivos. Y agrega el profesor barcelonés (19) que el campo específico de una psicología para el Derecho, susceptible de incorporación metodológica dentro de una psicología jurídica, sólo se denota en el área de interpretación del hecho jurídico concreto en la medida en que aquélla pueda aplicar sus técnicas a la prueba de los hechos.

Claro que es posible que el jurista tienda a valorar mucho más el padecimiento derivado de la fractura de un hueso que el de una frustración, siendo incontrovertible que no hay dolor que pueda producir mayor sufrimiento que aquel que daña a los sentidos éticos, prescindiendo inclusive de su somatización. (20)

(16) ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 234.

(17) ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Pautas y criterios para la evaluación del daño a la persona", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, N° 32, pp. 312 y ss.

(18) "Introducción a la psicología jurídica", Trillas, México, 1980, p. 20.

(19) MUÑOZ SABATE, Luis, "Introducción a la psicología jurídica", cit., p. 19.

(20) BUYTENDJIK, "Teoría del dolor", Troquel, Barcelona, 1965, p. 161.

De acuerdo con nuestras consideraciones y lo que sostiene destacada doctrina, el agravio moral a los derechos personalísimos, con sus singularidades inevitables, abarca una variedad de situaciones (21) y su reparación integradora debe ser completa. (22)

La precedente afirmación no soslaya la heterogeneidad y multiplicidad de supuestos o hipótesis que abarca el daño moral, los que por otro lado tienen la característica de renovarse constantemente de manera jurisprudencial y dogmática. De allí pues que deba aprehenderse la noción de daño moral relacionándolo con una variedad de contenido y, tal como lo indica desde antiguo Giorgi, (23) con un sentido elástico.

Porque la diversidad de manifestaciones que puede asumir el daño moral es indescriptible, tantas como sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano.

Ponderando el agravio moral, existe un aspecto social que nace de las relaciones de la persona agraviada, en función de su medio ambiente donde convive y se desempeña, relevante para la estima y apreciación de terceros que contribuyen al buen nombre o fama cuya lesión incide en la propia dignidad. (24)

El daño moral, asimismo, debe atenderse según su permanencia, intensidad y prolongación en el tiempo respecto del ofendido, distinción que refleja las consecuencias afines de la determinación de la cuantía de la indemnización, (25) lo que puede exteriorizarse bajo distintos síntomas.

Algunas de las exteriorizaciones del daño moral pueden así enumerarse: ataques contra el honor, la excelencia, la reputación, el prestigio, la trayec-

(21) Cfr. CASIELLO, Juan José, "Sobre el daño moral y otros pretendidos daños", LA LEY, 1997-A, 1979; TOBÍAS, José W., "Hacia un replanteo del concepto o contenido del daño moral", LA LEY, 1993-E, 1226, para quien no existen otras categorías de daños fuera del patrimonial y moral.

(22) CIFUENTES, Santos, en "La responsabilidad, Homenaje al doctor Isidoro Goldenberg", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 113.

(23) "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno", Reus, Madrid, 1929, 2ª ed., Vol. V, p. 255.

(24) "Precio del honor, Homenaje a Antonio Hernández Gil", Centro de Estudios Ramón Areas, Madrid, 2001, Vol. I, p. 574.

(25) FISCHER, R., "Los daños civiles", Madrid, 1928, p. 251.

toria, la fama, el crédito; pero además hay otra parte afectiva, que se halla configurada por los trastornos íntimos, todo lo que gira en derredor de la faz psicológica de una persona. (26) Esfera ésta que es un ámbito inmensamente vasto y complejo, y que a raíz de factores externos se demuestra en una variedad de estados de ánimo básicos y vitales (tristeza, melancolía, angustia, pesadumbre), no precisamente alegres (eufóricos o joviales), o bien configurándose bajo distintas formas emocionales (irritación, susto, temor, angustia, aflicción, fastidio).

Hoy, dado el avance de la ciencia, los estados del espíritu resultan más fáciles de diagnosticar o cuando menos posibilitan su percepción. Mas, como fuere, son padecimientos del ser humano cuya causa eficiente no es de difícil comprobación.

Son lesiones inmateriales que tienen su raíz en lo cotidiano.

Y como la vida de relación social es de la esencia misma de la persona humana, la realidad vivenciada de la vida psíquica nos demuestra cómo los distintos acontecimientos comentados influyen en la personalidad. (27)

Aludimos, asimismo, a la angustia que incide en el sentimiento de vitalidad, manifestándose en la intranquilidad, evidenciable en lo corporal y en el ánimo; aflicción, en cuanto afecta a la propia existencia del ser humano con una vivencia de dolor, una de cuyas manifestaciones virtuales es un encerrarse en sí y apartarse de sus semejantes; temor, configurado por la sensación permanente e insuperable de que algo externo parece poner en peligro la propia conservación del individuo, todo lo que es el reverso de la esperanza; algo similar a estar sumido en un sinfín de dilemas de salida imposible o sensación de que la vida se convierte en una penumbra, desesperación, donde no existe en el ser humano reflexión ni decisión que puedan liberarlo y el horizonte del futuro aparece como un muro tras el cual el hombre con desesperanza, encerrado y obstruido psíquicamente, sin el sabor de la vida, se siente aprisionado y lucha vanamente con denuevo; pesadumbre, donde se siente en un mundo vacío de sentido con una profunda tristeza que gravita pesadamente y empuja a quien la padece hacia la profundidad de la nada y la depresión, que consiste en una vivencia de íntima oscuridad, abatimiento, desaliento y desazón, una de cuyas manifestaciones está en la expresión corporal, como si la carga del propio

(26) BUSSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 13, ap. 75.

(27) Puede verse: LERSCH, Philipp, "La estructura de la personalidad", Scientia, Barcelona, 1971, 8ª ed.

cuerpo se diese a conocer en todos sus movimientos, y la pesadez aludida arrastrase al individuo por la tierra.

Estas dolencias, en cualquiera de sus versiones, requieren de quien las padece una cuota ilimitada de resignación, toda vez que la entidad de las mortificaciones se proyecta en el tiempo. Estas no son fugaces ni efímeras.

Aclárese que la intensidad del agravio moral —en esta consideración psíquica con variedad de síntomas y padecimientos— no guarda una exacta proporción con su fuente productora.

Nazca de un acto ilícito o de fuente contractual en nada variará: un hecho de menor gravedad suele ocasionar un dolor más profundo que otro cuya gravedad puede ser mayor.

Los ejemplos abundan y sería aquí baladí citarlos. Mas nadie medianamente sensato puede dudar del estado de malestar, inconveniente y perturbador que puede irrogar un agravio moral, cualquiera que fuere su contenido.

Y qué decir de los disgustos, inquietudes o padecimientos generadores del hecho perjudicial. Porque cuando los trastornos son reiterativos, el acostumbramiento al desagrado no es un síntoma de superación de una dolencia. Todo lo contrario. Es que el agravio moral no se predica en razón de la frustración de medios, sino por el menoscabo a la persona que es, como tal, un fin en sí misma.

Las perturbaciones del sistema vegetativo y del sistema nervioso central (taquicardia, disneas, arritmias, extrasistolia, alteraciones vasculares o trastornos de los procesos metabólicos, etc.) (28) son de las tantas manifestaciones causadas por una circunstancia frustrante, generadora del agravio moral.

(28) MUÑOZ SABATE, Luis, "Psicología del daño moral contractual", cit., p. 48.

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO PUBLICO

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

I. El abuso del derecho en el derecho privado. II. El abuso del derecho en el derecho público.

I. El abuso del derecho en el derecho privado

El vocablo “abuso” significa en su sentido literal un uso contrario o mal uso, o también un obrar excesivo o anormal (Trigo Represas) (1)

Borda dice: “Sentada la necesidad de afirmar enérgicamente la existencia de los derechos subjetivos, es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos. Porque si bien la ley los reconoce con un fin útil y justo, suele ocurrir que las circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias. Y si es legítimo usar de los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos” (2)

El mismo autor expresa, a continuación de la nota antes citada, que “El derecho cesa donde el abuso comienza, porque *abuso e ilicitud deben considerarse sinónimos...*” Comparto este criterio si se refiere a la ilicitud en sentido amplio o al ilícito civil en particular, pero no puede extenderse al ilícito penal, porque éste, conforme a la definición de Soler, es una ac-

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 28 de abril de 2011.

(1) TRIGO REPRESAS, LOPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, 2004, t. 1 p. 258.

(2) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil argentino”, Editorial Perrot, 5ª edición, 1970, t. 1, p. 40.

ción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal”, es decir, prevista en la legislación (Derecho Penal Argentino, Ed. TEA, 1983, t. 1, p. 208). Agrega Borda que “Habría abuso del derecho cuando éste es ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó”.

El perjuicio de terceros no basta para admitir el abuso, porque casi siempre el ejercicio de un derecho, sobre todo en materia patrimonial, supone un perjuicio de la contraparte. Debe existir siempre un ejercicio anormal, intrínsecamente injusto, que evidencie la intención de dañar, la ausencia de interés, que el perjuicio ocasionado sea anormal o excesivo, que la conducta sea contraria a las buenas costumbres, o que resulte irrazonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca.

II. El abuso del derecho en el derecho público

Los tratadistas tradicionales del derecho constitucional (González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos) y del derecho administrativo (Villegas Basavilbaso, Bielsa, Marienhoff, Cassagne) se han ocupado poco del tratamiento del tema, por lo que creo conveniente incursionar en él.

Orientándome en los principios generales del derecho, en la máxima *uno universo juris* y teniendo en cuenta que en esta rama del derecho el abuso proviene tanto de una como de otra de las partes en la relación jurídica (Estado y administrados), y la multiplicidad de supuestos en los que el abuso puede ocurrir y ocurre en la realidad, se hace difícil y casi imposible una enunciación taxativa de los supuestos en que él pueda darse; no obstante trataremos de mencionar los que ocurren con más frecuencia. La extralimitación del Estado puede ocurrir, sea actuando como persona jurídica de derecho público en el ejercicio del *jure imperi* o como persona de derecho privado.

En aquel carácter se verifican los abusos en el ejercicio del poder de policía, del poder fiscal y del poder dominial sobre sus bienes públicos y privados. Cuando el Estado en el ejercicio de su potestad pública vulnera los derechos de los administrados, haya o no perjuicios para éstos, el particular en virtud de su derecho de defensa podrá interponer los recursos que las leyes de procedimientos administrativos le reconocen, quedándole siempre abierta la instancia judicial para revisar las decisiones administrativas finales. Aclaro que, atento a que el interés es la medida de las acciones, el particular no podrá accionar si no invoca y prueba un perjuicio concreto (dejo aparte el caso de los intereses difusos).

Cuando el Estado actúa como persona de derecho privado en el ámbito de sus relaciones contractuales e incumple sus obligaciones o afecta el

ejercicio de los derechos de los particulares derivados de tales contratos, se verifican los casos que la doctrina califica como *exceso de poder* o *desviación de poder*. La doctrina italiana considera que el primer caso ocurre cuando el órgano actúa sin competencia, porque va más allá de su límite y la desviación de poder, cuando dentro de la competencia conferida para un fin, se persigue otro. Considero que la diferencia entre uno y otro caso es más formal o ritual que sustancial, porque en ambos ocurre el mismo presupuesto de hecho: se actúa sin competencia. Algunos autores consideran que hay fin desviado cuando el acto, no obstante tener la causa jurídica que corresponde a su categoría, tiene vicio en el motivo subjetivo (Hauriou); por ejemplo, si una ordenanza concede al intendente municipal la facultad de demoler los edificios ruinosos que ofrecen peligro, el intendente ordena derribar uno que realmente hace peligrar la seguridad, pero lo hace no con ese fin, sino para perseguir al propietario por razones políticas. Coincidiendo con Bidart Campos cuando comenta el supuesto, discrepo con su tesis, pues cuando el acto encuadra en el fin indicado en la norma, no interesa el motivo subjetivo que persigue; no hay desviación de poder. El exceso de poder y la desviación de poder por fin distinto, que en el derecho administrativo son corregidos por el recurso de anulación, implican formas de ejercicio irrazonable del arbitrio estatal y, por ende, inconstitucional. El control de razonabilidad es, a la vez, control de constitucionalidad. Cada vez que el Estado no guarda la adecuada relación entre el medio empleado y el fin buscado, viola la fórmula de razonabilidad. Es lo que ocurre cuando excede o tuerce su poder, formas también de inconstitucionalidad (Bidart Campos).

La actividad de la Administración encuentra límites fundados en interés público y/o en interés privado, dados en ambos casos por normas jurídicas y normas no jurídicas. Respecto de las normas no jurídicas, Marienhoff dice lo siguiente: “La administración desarrolla otra actividad, la discrecional, cuyo ejercicio depende y tiene como límites la finalidad del acto respectivo, pero no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que regulen toda la actividad administrativa. Sólo existen dos de los tipos de normas no jurídicas: los relacionados con la organización y el procedimiento, pues al respecto incluso la actividad discrecional debe responder a ciertos principios legales permanentes. Así, por ejemplo, por más discrecional que sea la actividad ejercida, ésta debe ser cumplida respetando los principios sobre competencia y forma del acto; de modo que las normas legales relativas a ‘competencia’ y ‘forma’ también rigen en materia de actividad discrecional. Pero no ocurre lo mismo con el conjunto de normas relacionadas con el ‘contenido’ del acto. En este último orden de ideas, la actividad de la Administración ya no está regulada por normas legales prefijadas, sino únicamente por la finalidad del acto respectivo; el límite primordial puesto a la Administración en materia de actividad discrecional está representa-

do por el ‘fin.’ Respecto del ‘contenido’ de la actividad administrativa, la Administración se guía por cánones y criterios de diversa naturaleza, pero no legislativos” (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, 1995, t. I, ps. 76 a 82).

La Administración no se desenvuelve con libertad absoluta, es decir, con prescindencia de todo ordenamiento jurídico; por el contrario, debe actuar con sujeción a dicho ordenamiento, de modo tal que su actividad está limitada. En otros términos, la Administración actúa *secundum legem*; es una actividad estatal sublegal, pues incluso en el ejercicio de su actividad discrecional debe desenvolverse *infra legem*, o sea mantenerse dentro del marco de la ley, cuya finalidad debe ser rigurosamente observada. El interés público es la finalidad esencial de toda la actividad administrativa; su desconocimiento puede viciar el respectivo acto, incurriéndose en *desviación de poder*, que es una forma de ilegitimidad. No obstante, el principio de legalidad al que debe atenerse la Administración, no excluye la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, dicho principio sea soslayado y se adopten válidamente resoluciones *contra legem* (v.g. reglamentos de necesidad y urgencia).

Los límites a la actividad de la Administración pueden ser puestos, siempre por normas jurídicas, en protección de intereses públicos y también de intereses privados. El administrado tiene derechos que deben ser respetados por el Estado en el ejercicio de su actividad; si esto no ocurre y la Administración invade el ámbito jurídico del individuo, el acto respectivo será un acto contra derecho, o sea, un acto ilícito. Guicciardi (citado por Marienhoff, ob. cit., t. I, pp. 76 a 83) clasifica en tres grupos las normas que regulan la actividad administrativa: 1) normas de organización (se refieren a la creación de los órganos administrativos y a su competencia); su desconocimiento da lugar a que el acto sea viciado de incompetencia; 2) normas atinentes al contenido del acto que se refieren a la voluntad administrativa expresada y contenida en él; su violación daría lugar a que el acto esté afectado de exceso de poder, de desviación de poder, de error, dolo o fraude; 3) normas relacionadas con el procedimiento que comprenden todo lo vinculado a las formas del acto, especialmente aquéllas relativas a los derechos subjetivos del administrado, pues de lo contrario se afectaría una garantía esencial, que viciaría al acto de “ilegitimidad”.

Cierta doctrina considera que para que se configure la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos ilegítimos en el ámbito extracontractual, es necesaria la concurrencia de ciertos presupuestos que condicionan esa responsabilidad, tales como: a) imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio o en ocasión de sus funciones; b) falta de servicio por

cumplir de manera irregular las obligaciones impuestas por la Constitución nacional, la ley o el reglamento o por funcionamiento defectuoso del servicio; c) existencia de un daño concreto en los derechos del administrado y d) relación causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado (Cassagne, "Derecho Administrativo", Lexis Nexis, 2006, t. I, pp. 488/490).

En el primer supuesto, se trata de una imputación objetiva que prescinde del requisito de voluntariedad, apartándose del Código Civil que preceptúa que "los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna" (art. 900, Cód.Civil). Es un caso de responsabilidad objetiva, tan cuestionada por apartarse del principio que no hay responsabilidad sin culpa, pero que ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia en numerosos casos. El Estado responderá siempre que exista una falta de servicio originada por no cumplir regularmente las obligaciones impuestas a los órganos del Estado.

En el segundo supuesto, que prescinde de la noción de culpa y que se encuadra en los cuasidelitos a los que se refiere el art. 1112 del Cód. Civil, su fundamento es el principio que exige "afianzar la justicia" para restablecer la igualdad alterada por el daño ocasionado al particular por un acto o hecho administrativo.

El tercer supuesto para determinar la responsabilidad del Estado, según la opinión de Cassagne, consiste en que el daño ocasionado debe reunir ciertos caracteres: 1) ser cierto, pudiendo ser actual o futuro, excluyéndose los daños eventuales; 2) estar individualizado, es decir, no afectar por igual a todos los administrados; 3) el derecho afectado puede ser un derecho subjetivo como un interés legítimo, pero siempre debe tratarse de un perjuicio apreciable en dinero, que comprenda tanto al daño patrimonial como al daño moral.

El cuarto supuesto trata de indagar la causa eficiente que origina el daño (principio de razón suficiente), buscando determinar si las consecuencias dañosas de ese hecho o acto derivan necesariamente de éstos u obedecen a otra causa, relación también conocida como *principio de causalidad*. Este principio de tan estricta y ajustada aplicación e interpretación en el derecho penal y en el derecho tributario, atento a que el hecho punible tanto como el hecho imponible sólo pueden tener como fuente la ley formal y sustancial, admite una consideración elástica o extensiva en el ámbito de otras ramas del derecho público. La relación de causalidad es la vinculación externa y material que enlaza el evento dañoso con el hecho de la persona o de la cosa (Trigo Represas, ob. cit., t. I, p. 580).

Explicados como antecede los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado en la hipótesis del abuso del derecho por parte de éste, doy por concluida esta comunicación.

LA “CONOCIBILIDAD” DEL DERECHO

POR ROBERTO E. LUQUI (*)

§ 1. Una falsa presunción. Existe en nuestro derecho y en el de la mayoría de los países una regla cuyo origen no se conoce con exactitud, según la cual la ignorancia de la ley no excusa su aplicación y cumplimiento (*ignorantia legis non excusat; nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat*). A esta regla se agrega el deber correlativo que tiene el Estado de hacerla conocible, de difundirla por los medios idóneos existentes al tiempo de su dictado, porque es un principio apoyado en la ética y en la razón que toda norma jurídica se debe exteriorizar, ser informada, para que tengan posibilidad de conocerla los individuos que directa o potencialmente esté alcanzados por ella. La vinculación entre la obligatoriedad de la norma y el deber de hacerla conocible la podemos encontrar en la primera ley dictada sobre la tierra: “Tomó, pues, el Señor Dios al hombre y púsole en el paraíso de las delicias, para que le cultivase y guardase. Diole también este precepto diciéndole: come si quieres del fruto de todos los árboles del paraíso. Mas, del fruto del árbol de la ciencia del bien y del mal no comas, porque en cualquier día que comieras de él, infaliblemente morirás” (Génesis; 2, 15, 16 y 17). Dios impuso al hombre, como norma, la prohibición de comer el fruto de un árbol, señalándole la sanción que caería sobre él si la infringía, para que conociese la conducta que debía seguir y sus consecuencias.

Entre la difusión del derecho y su obligatoriedad existe una relación tan estrecha que resulta imposible concebir una sin la otra. Está basada en razones no sólo éticas, sino también prácticas, porque, si bien sería injusto obligar a alguien a seguir una conducta determinada sin que antes haya tenido la posibilidad de conocer la norma que la impone, menos aún sería eficaz pretender que exista un orden social donde los individuos carecen de la posibilidad de conocer las reglas a las cuales están sometidos. De ahí que sea bastante común leer en artículos, libros, sentencias y aún en

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 12 de mayo de 2011.

algunas normas, que las leyes “se presumen conocidas después de su publicación,” principio que constituiría una presunción *juris et de jure*.

En las primeras comunidades, pequeñas en extensión, de población reducida y con pocas leyes, era comprensible que bastara con exteriorizarlas por los medios que estaban al alcance de las autoridades, tales como bandos, edictos, anuncios en los mercados o en los lugares de mayor concurrencia de gente, etc. (1) Así los individuos tenían la posibilidad de enterarse de sus disposiciones, con lo cual se debilitaba significativamente la excusa de la ignorancia para estar obligados a cumplirlas. En ese marco la correspondencia entre la información y el conocimiento de la norma era razonable descartar como excusa la ignorancia de la ley, sin olvidar que muchos conflictos se resolvían según el derecho consuetudinario y la equidad.

Por eso en el derecho antiguo se consideró una negligencia ignorar la ley. Para Aristóteles “se castiga a los que ignoran alguna de las cosas que las leyes establecen y que se debe conocer y no son arduas. Y lo mismo en todas las demás cosas que se considera que se ignoran por negligencia, y eso porque se supone que depende de ellos no ignorarlas, eso pues son dueños de poner atención”.(2) En el derecho romano, el Código de Teodosio, promulgado en el año 438 d.C, recoge un edicto dado por los emperadores Valentiniano y Teodosio en mayo de 381 d.C que expresa: “No permitiremos que nadie ignore o disimule las constituciones diligentemente examinadas con larga deliberación de Nuestra Serenidad (C.T. 1.1.2.)”. Este principio se constituyó en regla en la recopilación justiniana con la máxima que el jurisconsulto Paulo tomó del Digesto: “*regula est iu-*

(1) Dice Bermejo Vera: “Desde la formulación de las leyes en forma rítmica o en verso que hacían los tartesios y turdetanos , con el fin de facilitar el aprendizaje y recitación y asegurar su transmisión, el grabado de tablas expuestas durante tres días consecutivos de mercado o los edictos en las plazas públicas, que solían hacer los romanos, la fijación de los carteles en las ciudades del distrito a que van destinadas, que hacían los visigodos, la lectura pública en las plazas voz de pregonero, sistema que se practicó desde la baja edad media en los países europeos, hasta, finalmente el procedimiento de l'enregistrement francés tras la creación del Parlamento de París y sus consecuencias de cara a la lectura pública y transcripción de las leyes registradas –sistema de publicación que, obviamente, resultaba insuficiente- son variadísimos los procedimientos empleados para dar cumplimiento a la inexcusable exigencia de publicidad normativa” (José Bermejo Vera, La publicación de la norma jurídica, Cuadernos de Administración Pública, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 45 y s.)

(2) Aristóteles “Ética Nicomaquea”, trad. de E. Sinnott, ed. Colihue Clásica, Buenos Aires, 2007, Libro III, cap. V, p. 95.

ris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantium non nocere (es regla que a cualquiera perjudica la ignorancia del derecho, y no la de hecho. D. 22.6.9). Para algunos esta es la fuente de la regla *ignorantia lex non excusat*. El Codex contiene un edicto por el cual “no es lícito ignorar ni disimular las constituciones de los príncipes.” C. 1.18.13). (3)

En realidad los romanos no necesitaron recurrir a ficción alguna porque consideraban que no conocer la ley era una negligencia de los buenos ciudadanos que viven y actúan en la sociedad, exceptuando solamente a aquellos a los cuales se les podía justificar la ignorancia, entre quienes estaban los labriegos, las mujeres y los militares. Sostenían que si un ciudadano tenía duda o quería conocer cuál era la ley aplicable, podría recurrir a un jurisconsulto. De ahí que hayan existido varias excepciones a ese principio, basadas fundamentalmente en la dificultad del tema o en la calidad del sujeto, por carecer de una cultura suficiente para conocer el derecho, circunstancias que descartaban la existencia de una conducta negligente.

La contrapartida lógica de considerar al conocimiento de la ley como un deber y a su ignorancia una negligencia, era la obligación del legislador de exteriorizar las normas de forma tal que puedan ser conocidas por el ciudadano común. Por eso los códigos españoles antiguos exigían, no sólo por el modo en que se difundían, sino también por el lenguaje empleado, que las leyes sean manifiestas y comprensibles, para que ninguno pueda ser engañado. (4)

Como vemos, el principio *ignorantia lex non excusat* se apoyó en tres presupuestos: el primero, que las leyes deben ser claras y redactadas de modo tal que un ciudadano común las pueda entender; el segundo, que se debían exteriorizar debidamente, pues sólo en ese caso era posible que los individuos las conozcan; y tercero, que la ignorancia de la ley constituía una negligencia, salvo para aquellos de poca cultura o cuando era

(3) CORRAL TALCIANI, Hernán Felipe, “De la ignorancia de la ley”, Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1987, p. 16 y s.

(4) Cito los siguientes códigos: Fuero Juzgo 1.2.4.: “La ley debe ser manifiesta, é non debe seer engannado por ella (F.J. 1.2.4); Fuero Real 1.6.2.: “la ley debe ser manifiesta, que todo homme la pueda entender y que ninguno sea engañado por ella..”; las Partidas 1.1.8.”las leyes deben ser buenas é llanas é paladinas, de manera que todo hombre las pueda entender é retener; Novísima Recopilación 3.2.12: “toda regla de derecho debe ser debidamente publicada o intimada, para que todos puedan tomar conocimiento de lo preceptuado en ellas”. (Hernán Felipe Corral Talciani, op. cit. p. 47 y s.)

dudosa la inteligencia de la ley. Hasta entonces nunca se sostuvo que la publicación de la ley producía como efecto la presunción *iuris et de iure* de su conocimiento. El conocimiento de la ley era un deber autónomo, una vez difundida.

Posteriormente la doctrina y algunas legislaciones transformaron ese deber jurídico en una presunción *iuris et de jure*. (5) Aun cuando los artículos 2 y 923 del Código Civil argentino establecen acertadamente que las leyes son obligatorias a partir de su publicación, sin hacer referencia alguna a la supuesta presunción de conocimiento, en la nota a este último artículo Vélez Sarsfield, después de reconocer que la obra de Savigny es “el más ilustrado tratado que puede estudiarse sobre la ignorancia y el error de derecho,” transcribe un párrafo de M. Pochannet que dice: “La ley, el derecho, *se suponen sabidos desde que son promulgados*, y esta disposición, base del ordenamiento jurídico, no puede admitir que a cada individuo le sea permitido probar que ignoraba la ley” (Revista Crítica, t. 8, p. 177 y t. 9, p. 178).

Pero, Savigny no consideró que existía una presunción de conocimiento del derecho, sino que desconocerlo constituía una negligencia, sólo excusable en casos especiales. Después de sostener que “la apreciación jurídica de ambos estados del espíritu (la ignorancia y el error de dere-

(5) El Francia, los actos legislativos se insertaban en el *Bulletin de Lois* fundado por decreto de la Convención del 14 de Frumario, año II (4 de diciembre de 1793), sección I, art. 1°. Luego, por ordenanza del 27 de 1816 y por decreto del 5 de noviembre de 1870 se dispuso que la publicación resultaría de la inserción en el Boletín de las Leyes y que la ley se *reputar* conocida a partir de determinado plazo, como lo establece el art. 1 del Código Civil. (A. Colin y H. Capitant “Curso elemental de derecho civil”, trad. esp. de la 2ª. ed. por E. Debuen, ed. Reus, Madrid 1922, tº 1, p. 107 y s). Laurent sostiene que “desde que la ley es publicada se presume conocida” (F. Laurent, “Principes de Droit Civil Français”, 5ª ed. Bruylant Christophe, Bruxelles Paris, 1893, tº I, nº 23, p. 62). Salvat, no obstante reconocer que nadie lee el Boletín Oficial, también dice que que “una vez publicada la ley se reputa conocida por todos”. En la adición de López Olaciregui, señala que la ley se presume conocida después de publicada, pero aclara que se trata de una ficción “que no por serlo es criticable, porque no es dado criticar lo necesario. Cita a Portalís cuando expresa que “ante la imposibilidad de notificar las leyes personalmente a cada individuo es menester concretarse con una suerte de publicidad relativa, por la cual, si bien no se logra que cada individuo conozca a su debido tiempo la existencia y contenido de la ley, se consigue el menos prevenir toda posible arbitrariedad acerca del momento en que ha de comenzar a regir” (*Discours preliminaire*). (Raymundo M. Salvat. “Tratado de derecho civil argentino” Parte General, ed actualizada por José María López Olaciregui, ed. TEA, Buenos Aires, tº I, p. 226 y s.).

cho) es idéntica en absoluto y podemos emplear una y otra frase,” rechaza la justificación del error de derecho, porque “las reglas de derecho son claras y ciertas y cada uno puede aprenderlas directamente ó recibir este conocimiento de labios de los jurisconsultos”. (6)

Si bien la obligatoriedad de la ley a partir de su publicación como regla funcional del derecho y la presunción de su conocimiento como fundamento para rechazar la excusa de su ignorancia producen efectos similares, tienen una sustancia jurídica diferente, pues el deber jurídico se apoya en un sustento lógico, mientras que la presunción legal de algo que es intrínsecamente falso constituye una ficción que carece de sentido, incompatible con un sistema jurídico con fundamento ético.

La regla *ignorantia lex non excusat* fue severamente criticada por el jurista y político aragonés Joaquín Costa –defensor del derecho consuetudinario y crítico del auge que tuvo en esa época el derecho positivo–, quien en un discurso que pronunció en 1901 en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, la consideró “un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia,” porque tal presunción “se mantiene a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad, a sabiendas, primero, de que nadie conoce todo el derecho, de que sólo una minoría insignificante de hombres sabe una parte, no grande, de las leyes vigentes en un momento dado, segundo, de que es imposible que la mayoría, y aún una minoría misma, las conozca todas. Y, tercero, de que la presunción conforme a la verdad de los hechos, conforme, por tanto, a la razón, a la justicia y a la lógica sería cabalmente la inversa, que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario”. Más adelante agrega: “y es maravilla no se les ocurriese que la promulgación por escrito donde la mayoría no sabe leer, es tan incongruente como lo sería pregonar las leyes en un pueblo de sordos o fijar en las esquinas los bandos a que debiera atemperar su conducta una nación de ciegos.” (7)

La obligatoriedad de las leyes a partir de su publicación no se basa en la presunción de que todos los individuos las conocen desde ese momento, porque el derecho no puede establecer presunciones que son radicalmen-

(6) M.F.C. de Savigny, “Sistema del derecho romano actual”, trad de J. Mesía y M. Poley, ed. Centro Editorial Góngora, 2ª. ed. Madrid, apéndice VIII (§ CXV), tº II, p. 371.

(7) JOAQUIN COSTA, “El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre”, ed. EJEA, Buenos Aires, 1957, p. 13 y s.

te contrarias a la realidad. Como dice Capitant la presunción es la “consecuencia que la ley o el magistrado extraen de un hecho conocido para otro desconocido,” (8) y nadie seriamente puede considerar como un hecho verdadero que la publicación en el boletín oficial produzca como efecto natural su conocimiento por parte de los individuos.

La razón por la cual la ley establece que las leyes son obligatorias luego de publicadas se funda en otra razón, que es la realización del orden jurídico. (9) El Estado tiene la potestad de crear reglas que atañen a su funcionamiento, para que el derecho pueda cumplir con su finalidad de ordenar la convivencia social. Si para aplicar una ley o para resolver un pleito o para sancionar a un delincuente fuese necesario probar antes que los sujetos pasivos conocían el derecho y, de no ser así, las normas carecieran de eficacia, no podría existir ningún ordenamiento jurídico y la vida social sería un caos. No habría seguridad jurídica, ni paz social,

(8) CAPITANT, Henri, “Vocabulario jurídico”, trad. de Aquiles H. Guaglianone, ed. Depalma, Buenos Aires 1961, p. 441.

(9) Explica Zanobini: “La ignorancia de la ley no exonera de las obligaciones que eventualmente imponga a los particulares ni de la observancia de las formas y condiciones que establezca para la realización de los actos jurídicos y de los de la administración pública. El principio no tiene por fundamento, como se consideró otrora, una presunción de conocimiento general de la ley (presunción que, al menos respecto de los ciudadanos, sería contraria a la realidad) ni una ficción de ese conocimiento, ni tampoco una obligación general para todos de conocer la ley. Trátase de un principio positivo, común a todos los ordenamientos, que responde a la necesidad de que la eficacia del derecho y su realización del orden jurídico no estén subordinados a particulares condiciones subjetivas de quienes le están sometido” (Guido Zanobini, “Curso de derecho administrativo”, trad. esp. ed. la 5ª por H. Masnatta, ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, tº 1, p. 136). En el mismo sentido dice Mans Puigarnau: “Sin descender, pues a la regulación detallista de las instituciones concretas, en la misma esfera de las fuentes del Derecho, encontramos ya, por vía de ficción, un postulado de derecho positivo que interfiere la órbita del correspondiente derecho natural. Para conciliar ambos principios -lógico y práctico- el Derecho ha ideado un expediente; el requisito legal de la promulgación, por virtud del cual se ofrece la posibilidad, pero no se establece la necesidad del previo conocimiento legal. El Derecho, pues, ha justificado extrínseca y formalmente la sanción del precepto, pero no intrínseca y fundamentalmente, puesto que nunca podrá ser justo que un precepto obligue a quien no lo conoce; pero prácticamente es necesario, y esto basta. Huelga decir que este tema está en íntima conexión con la plenitud hermética y la certeza del Derecho.” Jaime M. Mans Puigarnau, “Hacia una ciencia general del Derecho. Meditaciones ante el panorama jurídico.” 2da. edición. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1962, p. 59.

ni justicia. (10) La realidad es que las leyes son obligatorias con prescindencia del conocimiento que puedan tener de ellas los individuos, porque esta es una exigencia de la seguridad jurídica, es una regla que no obstante los reparos éticos que se le puedan formular, constituye un presupuesto funcional ineludible de todo sistema jurídico.

Pero, el hecho de que la regla “*ignorantia lex non excusat*” tenga un valor casi absoluto –pues existen algunas excepciones– y sea independiente del conocimiento que puedan tener los individuos de la ley, no habilita al Estado a ejercer su potestad normativa con total despreocupación sobre la eficacia de los métodos utilizados para informarla y difundirla, y respecto a la posibilidad que tienen los individuos para conocer el derecho positivo. Y no creo que se pueda afirmar seriamente que la publicación por un día en el Boletín Oficial sea un medio que satisfaga esa exigencia. De ahí que si bien por una disposición legal las leyes son obligatorias a partir de su publicación, la razón y la ética indican que actualmente no constituye, ni por asomo, un medio aceptable para que el derecho sea conocible.

§ 2. La publicación de la ley como requisito para su vigencia. El principio *ignorantia lex non excusat* no se sustenta en la presunción de que por el hecho de publicarla todos individuos las conocen. Es verdad que originariamente se consideró una negligencia no conocer las leyes, sólo excusable en casos especiales, pero una presunción legal sólo se puede apoyar en una lógica realista y no en ficciones. Si las leyes son obligatorias luego de publicadas y si la ignorancia de ellas no excusa su incumplimiento, es porque existe una razón de seguridad que obliga a proceder de esta manera. No habría certeza sobre su situación legal y el derecho no podría funcionar como elemento de justicia objetiva y de seguridad. (11)

(10) Dice LEGAZ y LACAMBRA, “no hace falta ni adhesión, ni aceptación, ni reconocimiento, ni conocimiento de la norma para que ésta posea validez, ya que dicha validez se la presta su inserción en el sistema jurídico, el cual, no obstante, en su conjunto, sí que requiere una base social siquiera mínima, un ‘minimum de eficacia’ para no evaporarse o diluirse en una validez ideal que no sería ‘moral’ por no responder necesariamente a una justificación ética y que dejaría de ser jurídica desde el momento que dejara de ser regulación efectiva de la vida social”. (Luis Legaz y Lacambra “Derecho y libertad”, ed. Abeledo, Buenos Aires, 1952, p. 152).

(11) Como sostiene LEGAZ y LACAMBRA, “el derecho nace como válido y esta pretensión no está condicionada por ninguna aceptación, por ninguna vigencia efectiva del Derecho por parte de los particulares y de la Sociedad. El derecho que existe como efectividad social, existe como normatividad social que se impone sobre el arbitrio individual.” (Luis Legaz y Lacambra, “Filosofía del derecho”, 2ª ed Bosch, Barcelona, 1961, p. 597).

Este es uno de los casos en que la seguridad jurídica tiene un valor superior a la justicia. Hay otros supuestos donde también el valor seguridad está por encima del valor justicia, tales como la prescripción, la cosa juzgada, la caducidad en materia administrativa, para citar sólo algunos. ¿Existe algo más injusto que la prescripción adquisitiva, en la cual el usurpador se convierte en propietario o el delincuente no purga su crimen, en ambos casos por el paso del tiempo?, ¿no es injusto que por la fuerza de verdad legal que confiere la cosa juzgada a la sentencia después de quedar firme, no se admita un nuevo análisis del caso si luego se comprueba que la decisión fue errónea?, ¿es justo que los actos administrativos nulos, de nulidad absoluta –que son imprescriptibles– no puedan ser impugnados por el agraviado después de transcurrido el plazo de caducidad? No obstante lo injusto de estas regulaciones, son necesarias porque así lo exige la seguridad jurídica, la cual es, a la postre, un presupuesto necesario para evitar la injusticia.

Lo que sustenta la obligación de publicar las leyes es un imperativo de seguridad y de certeza, para que los individuos sepan a qué atenerse, tanto en sus relaciones con los semejantes, cuanto en su vinculación con el Estado. Como lo señala Recaséns Siches, “el derecho nace a la vida humana para colmar una urgencia de seguridad y certeza en las relaciones sociales”, (12) afirmación que se corrobora con sólo observar el comportamiento de los individuos frente a la incertidumbre que plantea la vida, donde alcanzar la propia seguridad aparece como un móvil permanente, sea ésta relativa a su patrimonio, a su familia, a su salud, o a todos los demás bienes que considere como tales.

Es verdad que la justicia constituye el valor supremo del derecho o, para Radbruch, “la pauta axiológica del derecho positivo y meta del legislador”, (13) pero, la seguridad es el valor funcional, un valor cuya importancia va aún más allá de la idea que la mera funcionalidad sugiere, debido a que de por sí posee un valor autónomo. La consideración de lo justo y de lo injusto resulta a veces de una valorización subjetiva; por ello, un derecho perfecto es aquél que consigue la seguridad, pero en pautas de justicia. (14) Tan importante es el valor seguridad en el derecho que un derecho

(12) RECASENS SICHES, Luis, “Nueva filosofía de la interpretación del Derecho,” Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 274.

(13) RADBRUCH, Gustav, “Introducción a la filosofía del derecho,” Breviarios del Fondo de Cultura Económica, traducción de Wenceslao Roces, México, 1951, p.

(14) RECASENS SICHES, Luis, “Nueva filosofía de la interpretación del Derecho,” Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 271 y s.

injusto conocido cumple con sus fines al posibilitar al individuo prevenirse contra la injusticia, encuadrando su conducta de modo tal que le permita evitar los efectos de la norma injusta. (15)

Por eso, es posible afirmar que el derecho positivo está llamado, fundamentalmente, a cumplir una exigencia de seguridad, la cual no podría realizarse sin el complemento de la publicidad de las leyes, pues la incertidumbre respecto de la norma jurídica es equivalente a su misma inexistencia, por cuanto produce efectos similares: la ignorancia sobre cuáles han de ser las consecuencias jurídicas de su conducta, y la imposibilidad de saber cuáles se comportan de conformidad con lo preceptuado por las leyes. (16)

Si el derecho se estatuye en leyes, decretos, resoluciones es, precisamente, en aras del valor seguridad, ante lo cual el principio “*ignorantia lex non excusat*” viene a conformar un complemento necesario, pero, con la convicción de que es el único expediente al que se puede recurrir para alcanzarla desde un punto de vista funcional, aun cuando adolezca de una insuficiencia ética innegable. Por eso, el derecho positivo y su difusión para posibilitar su “conocibilidad” conforman una relación indisoluble, necesaria, al extremo de que el propio derecho positivo establece –aunque ingenuamente– como regla para su obligatoriedad la publicación oficial de las normas a fin de que los individuos puedan conocerlas. Por eso la publicación no es un requisito para que sean obligatorias las leyes que establecen deberes para el Estado, no obstante lo dispuesto en el art. 2 del Código Civil. Cuando el Poder Ejecutivo aprueba y promulga una ley de la cual surgen obligaciones a su cargo, estas tienen plena vigencia aún cuando no se publique en el Boletín Oficial. Sería un absurdo que el ente

(15) En este sentido dice Legaz y Lacambra: “si el particular se siente desamparado o inseguro por una norma jurídica defectuosa, sabe sin embargo a que atenerse, pues sabe que no está asegurado, y le desampara, y que, por consiguiente, el derecho no llega hasta el, y se detiene en otras zonas en las que, por consiguiente, tiene que coincidir con una situación de seguridad positiva” (Luis Legaz y Lacambra, “Filosofía del derecho”, 2ª ed Bosch, Barcelona, 1961, p. 588).

(16) Dice RADBRUCH: “El problema del fin del Derecho, planteado por relación a los bienes éticos, tenía que desembocar necesariamente en el positivismo. Y en la imposibilidad de definir el Derecho justo, por esa razón hay que conformarse, por lo menos con estatuirlo, por medio de un poder que tenga la fuerza necesaria para imponer lo estatuido. No es otra la justificación, pues la exigencia de la seguridad jurídica sólo puede ser cumplida con la positividad del Derecho.” (Gustav Radbruch, Introducción a la filosofía del derecho, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, traducción de Wenceslao Roces, México, 1951, p. 40).

creador de la norma alegue desconocerla. Además, podría no ordenar que no se publique y así eludir el cumplimiento de sus obligaciones.

No cabe duda que la finalidad que persigue la publicación de la ley es difundirla, hacerla conocible, pública, cualquiera que sea el régimen jurídico de que se trate, pues, aun en los gobiernos autoritarios se la utilizó como medio para transmitir el mensaje que toda ley conlleva. Las leyes son mandatos de la autoridad dirigidos a todos. En los gobiernos republicanos la publicación es, además, una forma de hacer “públicos” los actos estatales y de posibilitar el conocimiento de las leyes por parte de sus destinatarios. Que realmente las conozcan o no, es otro tema, del cual nos ocuparemos más adelante.

II. La obligatoriedad del derecho

§ 3. ¿Por qué la mayoría de los individuos actúan de conformidad con el derecho? En la vida cotidiana, por lo general, los individuos proceden conforme a lo estatuido por las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, salvo, claro está, las ilicitudes que en el conjunto del obrar humano constituyen una parte mínima. Sin embargo, la inmensa mayoría desconoce las normas jurídicas que los regulan, no obstante lo cual tienen conciencia de sus derechos, deberes y obligaciones. Quedan exceptuados de este razonamientos los casos en que las consecuencias negativas del obrar antijurídico son cuanto menos intuitas, como ocurre con las obligaciones impositivas, algunas reglas de policía, las sanciones penales, etc. ¿Cuántas compraventas, mutuos, arrendamientos se celebran entre personas que ni siquiera conocen la existencia del Código Civil? De los millones de conductores de automóviles que circulan en nuestro país, la mayoría ni siquiera leyó la ley nacional de tránsito y, sin embargo, saben perfectamente qué significa una luz roja o verde en un semáforo, o una línea amarilla puesta en el medio de un camino. No hace falta conocer el Código Penal para saber que las personas no se deben quedar con lo ajeno, ni agredir a otros, ni matar. ¿Cuántas personas que se casaron leyeron antes la ley de matrimonio civil? Así, es posible seguir dando infinitos ejemplos.

Esta circunstancia podría llevarnos a la conclusión de que, no obstante ser el derecho un orden social coactivo, los individuos cumplen con sus preceptos no por conocerlos y temer que se los sancione, sino porque subyace en la conciencia colectiva. En la mayoría de los casos el derecho tiene efecto con prescindencia del conocimiento real que de él puedan tener los sujetos, restándole así importancia al problema de cómo conocerlo o, llevado el razonamiento a un grado extremo, hasta a la existencia misma del derecho positivo. En este sentido señala García Morente: “la conducta

se rige por leyes concretas que se elaboran en el seno de la conciencia colectiva y se imponen objetivamente a nuestra acción." (17) Además, no debemos descartar que nos hallamos frente a una situación de reenvíos recíprocos, pues el derecho positivo es, en muchos casos, el resultado de lo que los individuos entienden y aceptan como tal, que luego el legislador concreta en normas jurídicas, y en otros, un elemento conformador de conductas, que sirve para indicar cuál debe ser el comportamiento de los integrantes de una sociedad. En ambos casos, el derecho positivo es necesario, ya sea para estatuir en normas lo que los individuos entienden que debe ser el comportamiento humano, ya para ejercer una función ordenadora de la convivencia.

Si los individuos actúan –en la gran mayoría de los casos– desconociendo lo que establecen las normas y, pese a ello, lo hacen de conformidad con lo que éstas disponen, no es porque ignoren totalmente su esencia. En toda sociedad hay un sentido jurídico reflejado por el derecho natural que dirige la conducta humana, o por el efecto estático de un derecho positivo o consuetudinario al cual se vienen ajustando desde varias generaciones. De ahí que el derecho, además de instituido, deba ser estable y no estar sometido a constantes mutaciones, requisito este último que alcanza también a la jurisprudencia, pues, como dice Carnelutti, "todo cambio que no se produzca en los límites normales de la mutabilidad, hace perder la confianza en la estabilidad de la ley, que es el estado de ánimo indispensable para la prosperidad social." (18)

Por lo demás, aun cuando la idea de justicia como valor tenga un importante ingrediente de subjetividad, hay requerimientos mínimos de razonabilidad que son ineludibles para la vida civilizada, especialmente para conocer y rechazar la injusticia. (19) Como lo señala Kant, "el enten-

(17) GARCIA MORENTE, Manuel, "La filosofía de Kant. Una introducción a la filosofía", Ed. Cristiandad, Madrid, 2004, p. 184.

(18) CARNELUTTI, Francesco, "Discorsi in torno al diritto", Padova, 1937, p. 1979 y s.

(19) PIEPER, Josef, "Las virtudes fundamentales", ed. Rialp, 2ª ed, Madrid, 1980, p. 85, donde hace referencia a la idea en Aristóteles y Kant. En la misma línea de pensamiento dice Recaséns Siches "Tal 'sentido de la injusticia' consiste en el hecho, dado de manera inmediata en nuestra conciencia, de reaccionar frente a una situación injusta. Se trata de un hecho dinámico y, a la vez, impregnado de un calor emocional de repudio e indignación. Como efecto de un conjunto de múltiples y muy variados factores, acontece frecuentemente que es difícil obtener la intuición inmediata de la justicia, mejor dicho, de la solución justa para deter-

dimiento común no necesita de ninguna filosofía moral para saber lo que se debe hacer, lo que es noble y bueno, lo que es grande y humano.” La realización del derecho es una prueba de su existencia y de su virtud.

El tema de la “conocibilidad” del derecho y la certeza adquiere verdadera relevancia en las situaciones de conflicto o de duda, frente a las cuales aparece la importancia que tiene el derecho positivo, así como también el tema de la idoneidad de los medios utilizados por el Estado para posibilitar su conocimiento. (20) Claro está que tal certeza no ha de tener carácter absoluto, porque el derecho positivo no llega nunca a regular todos los casos que se pueden plantear, tanto sea por falta de previsión normativa, como por la existencia de situaciones nuevas que el derecho aún no ha contemplado, como por el inevitable margen de discrecionalidad que la ley atribuye muchas veces al funcionario o al magistrado para que interprete los presupuestos de hecho que corresponden al caso o el derecho que debe aplicar, o por la siempre presente estimativa jurídica.

El derecho permite interpretaciones diversas sobre el sentido y las consecuencias de una determinada regulación normativa, porque se exterioriza en palabras cuyo significado no resulta en ocasiones coincidente. Salvo en los supuestos de preceptos con sentido unívoco, es posible –y ocurre con bastante frecuencia– que se planteen divergencias sobre el significado de una norma, hecho que se advierte con mayor claridad con los conceptos jurídicos indeterminados, que requieren de una valoración particular por parte de la autoridad encargada de aplicarlos, valoración que muchas veces se modifica al compás de las transformaciones políticas, económicas o sociales experimentadas por la sociedad.

No obstante la incertidumbre que se plantea en la vida del derecho, es indudable que éste constituye un instrumento por demás eficiente para

minado problema legislativo o judicial. Pero, en cambio, suelen ser hechos inmediatos en la conciencia las reacciones simpáticas de ultraje, horror, repugnancia, resentimiento y cólera, contra aquellos actos en los cuales se siente o experimenta de un modo directo la presencia de la injusticia” (Luis Recasens Siches, “Introducción al estudio del derecho”, 10ª ed. Porrúa, México, 1993, p. 57).

(20) Dice LON FULLER, “en la noción misma del derecho radica implícito el supuesto de que el contenido, en una u otra forma, será hecho accesible al conocimiento de los ciudadanos, para que estos tengan la posibilidad de entender de lo que dice y, por tanto, de ser capaces de obedecerlo.” (Luis Recasens Siches, cita el pensamiento de este autor en “Iusnaturalismos actuales comparados”, ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1970, p.123).

preservar la seguridad de los individuos en una sociedad organizada. (21) Claro está que con ello no nos referimos a la seguridad de hecho, es decir, respecto de los bienes, de la vida, de las relaciones sociales, sino a la seguridad del derecho en sí mismo, de que exista certeza en cuanto a las normas destinadas a regular la convivencia humana y de cuál deberá ser el comportamiento del poder público en punto a la aplicación de tales normas.

Es que el derecho actúa como doctrina y como poder; como doctrina, para establecer cuál debe ser la conducta a seguir y las consecuencias jurídicas de los actos, y como poder, para obligar a quienes se apartan de los preceptos legales para que se encaucen en estos, o para sancionar la reparación de los perjuicios producidos por un obrar antijurídico. Y, para que el derecho pueda cumplir esa función es preciso que se halle estatuido, que tenga permanencia, que atribuya sólo márgenes mínimos de discrecionalidad, que sus disposiciones sean claras, generales y, sobre todo, que esté lo suficientemente difundido para que los individuos tengan la posibilidad de conocerlo. Estos requisitos se complementan de modo tal que la falta de uno solo de ellos bastaría para desnaturalizar su función.

En efecto, de poco serviría un derecho que se modificase todos los días, o que esté escrito en forma equívoca o ininteligible, o que delegue en los jueces y funcionarios la competencia para decidir cuándo un acto es lícito o ilícito y cuales han de ser las consecuencias jurídicas de los actos celebrados por los individuos, (22) o que se limite a regular situaciones particulares. Las normas jurídicas deben ser por naturaleza generales y abstractas, pues su fin último es alcanzar la justicia, y no existe justicia sin igualdad.

(21) Como lo destaca Recaséns Siches, "a pesar del margen relativo de incerteza e inseguridad, el orden jurídico positivo, en su conjunto, así como también en la inmensa mayoría de sus partes, cumple de hecho una eficaz función de certeza y seguridad relativas." (Luis Recasén Siches, "Nueva filosofía de la interpretación del derecho", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 274).

(22) Destaca LOPEZ DE OÑATE: "La ley incierta traiciona su misión de ley, y al traicionar esa misión, además de rehusar al sujeto su ayuda, que le es necesaria para aplicar la acción, no sólo en la utilidad que ella piensa conseguir, sino también en el valor en cuanto acción necesariamente afirma, se niega al sujeto el apoyo exterior e interior que vá el afanosamente a buscar para ser socorrido en la realización de su deseo de ser el mismo" (Flavio López de Oñate, "La certeza del derecho", trad. esp. de Sentís Melendo y Ayerra Redín, ed. EDIAR. Buenos Aires, 1953, p. 79 y s.).

Y si la generalidad del derecho es una de sus cualidades esenciales, por sustentarse en la igualdad, ésta se debe manifestar del mismo modo en lo que atañe a la posibilidad de conocerlo, para que todos tengan iguales medios de acceso a la información. El derecho se “positiviza” cuando queda estatuido, esto es, cuando se concreta en una forma que tiene permanencia –la ley, en sentido lato–, y no podría cumplir su finalidad reguladora de la convivencia social si esa concreción formal no se exteriorizase también para la generalidad de los individuos, ya que toda regla debe ser impartida para que los obligados puedan acatarla o aplicarla. La “conociabilidad” de las leyes es para el derecho como el suero de una vacuna, un medio sin el cual el contenido de las normas no podría llegar al destino para el que fueron dictadas.

§ 4. Obligatoriedad y coercibilidad. Con bastante frecuencia se dice que la obligatoriedad es la característica que diferencia a las normas jurídicas de las reglas morales. Esto es relativamente cierto en los casos de derecho dispositivo, porque lo que realmente distingue el derecho de la moral es el carácter *coercitivo* de sus normas, ya que en muchos casos éstas sólo son obligatorias si el titular del derecho subjetivo amparado por la ley ejerce una acción para que se haga efectivo el deber jurídico. Si el beneficiario de un derecho no lo ejerce, o lo renuncia, o desiste de él, la obligatoriedad se torna irrelevante. Además, aun cuando el derecho establezca determinados efectos para las relaciones jurídicas, los individuos pueden acordar otros con absoluta libertad (art. 1197, Cód. Civil), salvo que las convenciones sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres (arts. 21 y 953 del Código Civil).

El derecho común es, en su mayor parte, un conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas entre los individuos y los efectos de sus actos a falta de estipulaciones pactadas de otra manera. En menor medida está compuesto por normas de orden público que, por ser de derecho obligatorio, no se pueden alterar por convenciones privadas. El derecho dispositivo está dado para regular las relaciones entre los sujetos en resguardo de sus intereses particulares. Por eso los individuos pueden *disponer* libremente de él, ya sea porque decidan expresa o tácitamente acogerse a sus normas, ya porque acuerden sustituirlo por otras regulaciones surgidas de acuerdos particulares, ya porque no desean exigir su cumplimiento. Se aplica, salvo estipulación o voluntad en contrario, y ante la acción de su titular. Cuando la relación jurídica es por su naturaleza de derecho dispositivo y las partes no acordaron nada diferente a lo que establecen las normas de derecho común, se aplican éstas, pues se consideran implícitas en el negocio de que se trate. De ahí la necesidad de que exista un derecho *conocible*, en el cual se apoyen los individuos

en sus relaciones, sabedores de las consecuencias jurídicas que han de tener sus actos.

Las normas de derecho obligatorio, en cambio, rigen las relaciones jurídicas sin que los individuos puedan modificarlas o asignarles consecuencias jurídicas diferentes de las establecidas en ellas. El orden público es una noción que se utiliza dentro de los sistemas de derecho dispositivo, para que ciertas normas sean de derecho obligatorio. (23) Las normas de orden público son siempre de derecho obligatorio, esto es, imperativas. (24) La libertad para disponer del derecho o para regirse por regulaciones distintas de las establecidas por el derecho positivo, cesa ante una norma de orden público.

Cuando el legislador quiere limitar la autonomía de la voluntad o impedir la disposición del derecho material o establecer que una norma sea aplicada por los jueces aun cuando las partes no lo pidan, la califica como de orden público. Esta calificación es revisable por la justicia –como lo es en nuestro régimen jurídico político cualquier norma jurídica–, porque el carácter de orden público de una ley no depende exclusivamente de la voluntad del legislador. Una norma es de orden público cuando éste surge de su naturaleza y la declaración hecha por el legislador se corresponde con su contenido real. (25) Ello, porque la imperatividad que implica el carácter de orden público limita la libertad individual, y si el agraviado la cuestiona porque considera que no existe causa que lo justifique, le compete a los jueces decidir sobre el derecho aplicable y, si procede el cuestionamiento, declarar la inconstitucionalidad de la ley. (26) De ahí la importancia que tiene “conocibilidad” de

(23) En contra, Arauz Castex sostiene que las leyes de orden público no son la excepción, sino la regla general, y que las excepciones al imperio de las leyes son la autonomía de la voluntad, la extraterritorialidad y su irretroactividad. (Manuel Arauz Castex, “La ley de orden público,” ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1945, p. 43.)

(24) Una concepción equivocada del orden público ha permitido que se lo utilice como cláusula restrictiva de libertades públicas. Se lo ha invocado muchas veces para limitar garantías constitucionales y el ejercicio de derechos individuales, lo cual importa desvirtuar su naturaleza.

(25) LUQUI, Roberto Enrique, “Revisión judicial de la actividad administrativa”, ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, tº I, p. 298 y s.

(26) LUDWIG ENNECCERUS, Theodor Kipp y WOLF, Martín, “Tratado de derecho civil”, trad. por Pérez González y José Aguer, 1ª ed, Bosch, Barcelona, 1943, parte general, t. I, p. 192.

estar normas de derecho obligatoria, que limitan la libertad de los individuos.

§ 5. El derecho no es sólo la ley. El art. 2 del Código Civil expresa que “las leyes” son obligatorias a partir de su publicación en el Boletín Oficial. Este tema, no obstante su aparente simpleza, plantea diversas cuestiones que es necesario tratar. En primer lugar, la palabra “ley” se debe interpretar en sentido material, comprensivo de norma jurídica, pues así resulta de una interpretación finalista y razonable de este artículo, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia al resolver que se aplica a los decretos del Poder Ejecutivo que tengan un contenido normativo. (27) La lógica indica que frente a las múltiples delegaciones de competencias normativas que existen en nuestro ordenamiento jurídico, y a la proliferación de organismos –algunos entes públicos no estatales– a los cuales las leyes les han conferido facultades reglamentarias, el concepto de ley no se puede circunscribir a las que dicta el Poder Legislativo o a los decretos reglamentarios, ejecutivos o autónomos, sino también a todo acto de contenido normativo dictado por un organismo en ejercicio de potestades públicas.

Si bien en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia es una fuente indirecta de derecho, existen los fallos plenarios, que son de aplicación obligatoria. Además, hay casos donde los fallos judiciales que en los hechos constituyen verdaderas normas, y los jueces los aplican como fundamento jurídico de sus sentencias, no obstante los textos legales permitir otras interpretaciones. Así, por ejemplo, si nos atenemos a lo que establece la legislación, sobre todo antes de la reforma del art. 43 del Código Civil, el estado no sería responsable por los actos de sus agentes, no tendría responsabilidad extracontractual. Sin embargo, aun cuando no existe ninguna ley específica que regule la responsabilidad del Estado, pero la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia interpretó que el Estado es responsable por los actos de sus agentes, primero por aplicación del art. 1113 (caso “Devoto”) (28) y luego en virtud de lo dispuesto por el art. 1112 (caso “Vadell”) (29), ambos del Código Civil.

Más evidente aún es el caso de las reglas de competencia, que muchos veces no están claramente legisladas y se aplica la jurisprudencia del tribunal las cuales –salvo algunas compilaciones publicadas oficialmente– te-

(27) *Fallos*, 179:42.

(28) *Fallos*, 169:111.

(29) *Fallos*, 306:2030.

nemos que buscarlas en los repertorios de jurisprudencia de colecciones privadas, donde quien decide si se debe publicar o no es el editor y no una autoridad judicial. Para dar un ejemplo, el plenario “La Internacional” de la ex Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, que estableció el criterio básico para distinguir la competencia contenciosoadministrativa de la competencia civil y comercial de los tribunales federales, nunca se publicó en los diarios y revistas jurídicas de mayor difusión.

Por eso, cuando nos referimos a la obligación que tiene el estado de posibilitar el conocimiento de la ley, y entendemos por tal al derecho, tenemos que incluir a todo acto de autoridad destinado a producir sus efectos en relación a los derechos y obligaciones de los habitantes, e incluir a la jurisprudencia cuando de ella se desprenden reglas o interpretaciones que son seguidas por los jueces. Si bien los jueces sólo se pueden apartar de la solución dada por la Corte Suprema de Justicia en fallos análogos, cuando a su juicio, expresado con fundamentos serios sostengan la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado, (30) no cabe duda que la interpretación de las leyes, decretos y resoluciones que haga el alto tribunal, y en menor medida las cámaras de apelaciones, son aplicadas generalmente por los jueces y conforman también el derecho en sentido material. De allí que, como dice Ihering, “el derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas generales, sino el que se vive en un modo real por la gente, el que se aplica en las sentencias y en las resoluciones,” o como sostiene Alfredo Colmo en el mismo sentido, “el verdadero derecho de un país no está en los códigos y leyes, sino en los hombres, magistrados, que hayan de hacerlos jugar y vivir”.

Si la finalidad que persigue el art. 2 del Código Civil es difundir el derecho –que comprende a los decretos, las ordenanzas, y los reglamentos– por considerar a todos estos reglas jurídicas, también se debería incluir a las sentencias de los tribunales cuando constituyen una doctrina jurisprudencial. En este caso, ¿cuál sería el tratamiento que se debería dar a quien actuó creyendo que la ley establecía una cosa, cuando la jurisprudencia declaró lo contrario? El art. 20 de dicho código establece que “*la ignorancia no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada*”, y no existe ley que declare a la jurisprudencia como excepción autorizada.

Pongamos un ejemplo: la competencia contenciosoadministrativa. Como todos sabemos existen zonas grises en las cuales resulta difícil decidir si una cuestión es civil y comercial o contenciosoadministrativa. Salvo algunas leyes que determinan la competencia contenciosoadministrati-

(30) *Fallos*, 25:364; 212:51 y 251.

va, es preciso indagar en la naturaleza de la relación. En las cuestiones contenciosoadministrativas los plazos para impugnar los actos son de caducidad, mientras que en las de naturaleza civil y comercial se aplican plazos de prescripción. Además, en algunos casos se exige la reclamación administrativa previa como requisito para promover la demanda. Si un individuo inicia un juicio porque a su leal saber y entender es de naturaleza civil y la jurisprudencia ha sostenido que corresponde el fuero contenciosoadministrativo, si transcurrió el plazo de caducidad la demanda será rechazada, aún de oficio. ¿Dónde está la seguridad jurídica y la certeza que intenta generar la ley con la obligación de publicar sólo las normas en el Boletín Oficial?

Por eso, si realmente el Estado quiere respetar la regla ética y funcional de difundir el derecho para que sea conocible, no sólo debería difundir el texto de las leyes, decretos y demás actos nacionales destinados a producir sus efectos en relación a los derechos y obligaciones de los habitantes, sino también toda aquella doctrina jurisprudencial relativa a las normas jurídicas que aplican los jueces. No olvidemos que la “conocibilidad” del derecho tiene mayor importancia en las situaciones de conflicto, cuando los tribunales deben resolver las causas que le son sometidas a su decisión, y que lo obligatorio no es sólo la ley, sino el derecho, cuyas fuentes principales son las leyes en sentido material y la jurisprudencia de los tribunales.

III. La publicación de la ley

§ 6. Aprobación, promulgación y publicación de las leyes. La obligación del Estado de divulgar el derecho tiene en el sistema jurídico argentino sustento constitucional y legal. La promulgación de las leyes por el Poder Ejecutivo es en esencia el acto con el cual este poder ordena la difusión de una norma que, luego de haber cumplido con las formalidades previstas por la Ley Fundamental es tenida como tal por el Estado. El artículo 78 de la Constitución Nacional establece: *“Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley”*. Como se puede advertir, nuestra Constitución distingue la aprobación de la promulgación, siendo la primera el ejercicio de una potestad colegislativa del Poder Ejecutivo, en cuanto manifiesta su voluntad al respecto, y la segunda, la acción consistente en declarar que la ley votada por el Poder Legislativo debe tenerse por tal y de ordenar su publicación a fin de que sea obligatoria para los individuos. Conforme lo señala Bielsa, “Tiene importancia respecto de la obligatoriedad de la ley, la diferencia entre ‘apro-

bación’ y ‘promulgación.’ El proyecto aprobado por el Poder ejecutivo es ley, y obliga, por ese sólo hecho, a ese poder, pero no a los habitantes ni a los otros poderes, pues para éstos es necesaria la promulgación, que significa publicar o hacer conocer o saber (de ahí promulgare, de *provulgare*, o bien de *promere* y *vulgare*, como si dijera vulgarizar, publicar, difundir). La promulgación viene a ser, pues, requisito integral, para poner en vigor la ley. La publicación es el medio de hacer conocer la ley y su obligatoriedad desde la fecha de ella’. (31)

La acción de promulgar tiene por finalidad hacer conocer el derecho y conferirle autenticidad al texto de la ley, tanto en nuestro sistema –donde se diferencia claramente de la aprobación– cuanto en los sistemas europeos, que le asignan el carácter de una certificación oficial de la existencia de la ley y de una orden para que sea ejecutada. (32) La atestación de la existencia de una ley por el Presidente de la Nación constituye el presupuesto para que una norma pueda ser conocida como tal, para que luego sea publicada y los individuos tengan certeza sobre su existencia, aspectos éstos referidos a la “conocibilidad” del derecho.

La Corte Suprema de Justicia ha declarado que con arreglo a una razonable exégesis de los arts. 68 a 73 y 86, inc. 4 de la Constitución Nacional (hoy arts. 77 a 84 y 99 inc. 3), la promulgación y la publicación de una ley son actos distintos, y que la facultad de establecer la fecha a partir de la cual entra en vigencia corresponde al legislador. (33)

En las tres acepciones que da el Diccionario de la Lengua de la vez “promulgar”, aparece nítidamente la finalidad expresada: “publicar una cosa solemnemente; hacerla saber a todos; hacer que una cosa se divulgue y propague mucho en el público; publicar formalmente una ley u otra disposición de la autoridad, a fin de que sea cumplida y hecha cumplir como obligatoria”. La circunstancia de que el Poder Ejecutivo no ejerza en los sistemas europeos la función colegislativa de aprobar las leyes, puede ser la causa de que se considera solamente uno de los aspectos que presenta el acto de promulgación, aunque lleve implícito el carácter difusivo que deriva de la acepción etimológica de la palabra.

(31) BIELSA, Rafael, Derecho Constitucional, 3ª ed. Depalma, Buenos Aires 1959, p. 542. Sobre la distinción entre “promulgación” y “publicación”, ver Fallos: 275, 374; 285, 232.

(32) CAPITANT, Henri, “Vocabulario jurídico,” traducido por Aquiles H. Guaglianone, ed. Depalma, Buenos Aires, 1961, p. 448.

(33) Fallos, 275:374 y 285:232.

La naturaleza ejecutiva que tiene la función de promulgar las leyes determina que se la haya atribuido al Poder Ejecutivo (artículos 78, 83 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional). Y, si así ocurre con las normas dictadas por el Poder Legislativo, más aún debe serlo respecto de las normas que dicta el propio Poder Ejecutivo –reglamentos autónomos, ejecutivos y delegados–, de lo cual se desprende que la función de difundir el derecho positivo es competencia de este último.

§ 7. Normas que la regulan y ámbito de aplicación. Para regular el tema de la publicación de las leyes y el de su obligatoriedad a partir del momento en que ésta se produce –salvo que la ley establezca otra cosa–, se dictaron tres leyes nacionales: el Código Civil (ley 340), la ley 438 (derogada por la ley 697) y la ley 16.504 (modificatoria del artículo 2 del Código Civil). Existen otras regulaciones jurídicas sobre la materia, pero limitadas a ámbitos específicos (vg.: régimen de circulares del Banco Central de la República, de organismos castrenses, de seguridad, etc.).

El artículo 2 del Código Civil, en su redacción originaria establecía que *“las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día en que ellas determinen. Si no designan tiempo, la ley publicada en la Capital de la República o en la capital de la Provincia, es obligatoria desde el día siguiente de su publicación; en los departamentos de campaña, ocho días después de publicada en la ciudad capital del Estado o capital de la Provincia.”* Esta norma planteó varios problemas, algunos de los cuales fueron resueltos por la ley 16.504, otros, en cambio, subsisten o, al menos, son materia de interpretaciones diversas.

La primera cuestión para dilucidar es la relativa al ámbito de aplicación del artículo 2 del Código Civil, esto es, si comprende a todas las leyes, tanto de derecho privado cuanto de derecho público o sólo a las de derecho privado. Como es sabido, el Código Civil está destinado a regir las relaciones de derecho común, pero contiene normas de derecho general, por constituir preceptos fundados en principios comunes a todas las ramas jurídicas que se concretaron en ese cuerpo legal antes que en normas de derecho público. De seguirse este criterio amplio, cabría concluir en que estarían comprendidas las leyes en sentido material (decretos, resoluciones, etc.), en cuanto no tengan una reglamentación particular al respecto, así como también las leyes provinciales.

Contribuye a aumentar la incertidumbre sobre la solución exacta de este problema el hecho de que el 5 de octubre de 1870 se promulgó la ley 438, que creó el Boletín Oficial de la Nación y estableció que *“las leyes, decretos y demás actos nacionales destinados a producir efectos, en relación*

a los derechos y obligaciones de los habitantes de la República, no tendrán autenticidad, ni vigor, si no se publican en el ‘Boletín Oficial,’ entendiéndose promulgadas las unas y obligatorios los otros en la residencia de las autoridades nacionales, el día siguiente de su publicidad; y en las demás poblaciones de la República dos días después de aquélla, agregándose el término ordinario para la comunicación postal requerida” (art. 2).

Como se advierte, dos normas de igual jerarquía, aunque una dictada sobre la base de la atribución conferida por el art. 75, inc. 12 y la otra por virtud de lo dispuesto en el art. 75, inc. 32, ambos de la Constitución Nacional, se dictaron en la misma época para regular el tema de la publicación de las leyes y su entrada en vigor. El Código Civil se promulgó el 29 de septiembre de 1869, para que comenzara a regir el 1 de enero de 1871, y la ley 438 se promulgó el 30 de septiembre de 1870, es decir, un año después que se dictó la ley aprobatoria del Código Civil –ley posterior– pero antes de que comenzara éste a regir.

A diferencia de lo que establecía el artículo 2 del Código Civil, la ley 438 comprendió expresamente a las leyes en sentido lato (decretos, resoluciones, y demás actos), circunscribió el ámbito de aplicación a las normas de carácter nacional, y precisó su contenido al limitarlos a los “*destinados a producir sus efectos, en relación a los derechos y obligaciones de los habitantes de la República*”, lo que habilitaba a sostener que la publicación previa de la ley sólo amparaba a los habitantes y no al Poder Ejecutivo, en cuanto concierne a las obligaciones que impongan para éste las leyes y decretos.

La coexistencia de dos textos legales, casi simultáneos para tratar un mismo tema, llevaría a la conclusión de que el artículo 2 del Código Civil es aplicable para las leyes de derecho común, y que el artículo 2 de la ley 438 a las normas dictadas por el Estado Nacional como autoridad federal o local de la Capital Federal. Así parece entenderlo Bielsa, cuando expresa que “frente a estos dos preceptos se impone una observación. El Código Civil rige el derecho privado y no el derecho público, que, por lo demás, a diferencia del derecho civil, no sólo es nacional, sino también provincial”. Pero, seguidamente agrega: “El derecho público local comprende el derecho constitucional, administrativo y fiscal. El Código Civil debe aplicarse en la esfera de la legislación nacional, si es que el vigor del precepto se extiende al derecho público, pero no en la legislación provincial.” (34)

El análisis de los antecedentes de la ley 438 arroja poca luz sobre el tema, pues tanto el debate parlamentario de la Cámara de Diputados como el de

(34) BIELSA, Rafael, Op. cit., p. 541, nota 80.

la Cámara de Senadores se centraron en la necesidad de crear un órgano oficial para publicar las leyes y demás actos del gobierno. Sólo en la cámara alta el senador Bazán propuso modificar el artículo 2 del Código Civil, a lo que se opusieron los senadores Mitre, Aráoz y Oroño, aprobándose el proyecto por once votos contra cinco. (35)

No encontré antecedentes que expliquen la razón por la cual, luego de dictado el Código Civil, se sancionó el texto del artículo 2 de la ley 438, subsistiendo la duda sobre si fue porque aún no había entrado en vigor dicho código (*vacatio legis*) o si se debió a que los legisladores consideraron necesario regular el problema de una manera diferente para las leyes de derecho privado de las del derecho público.

Cuatro años después de que se promulgara, la ley 438 fue derogada por la ley 697, del 19 de octubre de 1874. El texto de esta norma no es claro y los antecedentes parlamentarios tampoco sirven para explicar el verdadero alcance de la derogación. En efecto, la ley 697 dispone: Art. 1: Derógase la ley del 5 de octubre de 1870, que establece el Boletín Oficial de la Nación para la publicación de las leyes, decretos y demás actos nacionales. Art. 2: Queda autorizado el Poder Ejecutivo para hacer la publicación de las expresadas leyes, decretos y actos nacionales en la forma que sea más conveniente y previa licitación.

Como se puede advertir, la interpretación literal del texto llevaría a la conclusión de que la ley 438 quedó totalmente derogada, mientras que si se la analiza en su integridad y teniendo en cuenta el sentido que la norma expresa, habilitaría a sostener que la derogación sólo estuvo referida a la obligación de publicar las leyes, decretos y demás actos de gobierno en el Boletín Oficial, quedando subsistente el artículo 2 -referido al tema de la vigencia de las normas- aun cuando modificado en lo que respecta al órgano encargado de la publicidad.

La discusión parlamentaria de la ley 697 ratifica lo expresado en el último término, pues el fundamento de la derogación estuvo en el hecho de que, por el estado de sitio que existió luego de dictada la ley 438, el Boletín Oficial no pudo cumplir con la finalidad perseguida, razón por la cual se consideró oportuno dejar en libertad de acción al Poder Ejecutivo para que eligiera el medio de publicación de las leyes, decretos y demás actos nacionales, conforme con un criterio de oportunidad y conveniencia.

(35) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1870, ps. 666 a 679; Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, año 1870, ps. 945 a 947.

Los primeros antecedentes jurisprudenciales sobre el ámbito de aplicación del artículo 2 del Código Civil son contradictorios. En la causa “Monte Dinero Sheep Farming Co. Ltda. s/ defraudación a la renta fiscal y violación de la ley 10.349”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *“la distinción que hace la ley civil (art. 2) entre la ciudad capital y los departamentos de campaña, se refiere exclusivamente a la aplicación de las leyes que tratan de derechos privados, pues esa es la materia de que se ocupa el referido código”*. (36) Tiempo después, el mismo tribunal se apartó de este criterio, al sostener que *“es patente que si las leyes sólo son obligatorias en la capital desde el día siguiente al de su publicación (art. 2 del Código Civil), los decretos dictados por el Poder Ejecutivo en uso de la facultad constitucional que le acuerda el artículo 86, inc. 2, tampoco pueden entrar en vigencia con anterioridad a su publicación y que carece de asidero legal la resolución ministerial de agosto 23 de 1928 invocada por el Fisco, que le acuerda obligatoriedad desde la fecha misma en que se dictan.”* (37)

Actualmente se acepta que el concepto de “ley” dado por esta norma se debe interpretar con sentido “sustancial” o “material” (38) y que la ley 438 fue totalmente derogada por la ley 697. (39) Tal es el criterio que sigue la mayoría de la doctrina.

Sin embargo, la solución no es tan simple, pues si bien se puede afirmar que el artículo 2 del Código Civil es aplicable a las leyes, decretos, ordenanzas y demás actos normativos, porque el concepto de ley está tomado en sentido sustancial o material, con el mismo criterio habría que comprender a las normas locales, ya que el Código Civil rige tanto en el orden nacional como en el provincial. Antes señalamos la opinión de Bielsa sobre este punto, para quien el precepto indicado no se extiende a la legislación provincial, por corresponder su regulación al derecho público local. En el mismo sentido expresa Bibiloni que “las condiciones relativas a la

(36) *Fallos*, 144:111.

(37) *Fallos*, 179:42.

(38) BUSSO, Eduardo B., Código Civil Anotado, Ed. Ediar, Buenos Aires 1944, t. I, p. 3; Leónidas Anastasi, *Jurisprudencia Argentina*, t. 34, p. 150; Raimundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Parte general, t. I, actualizado por José María López Olaciregui, ed. Tea, Buenos Aires 1964, p. 226 y siguientes.

(39) ANASTASI, Leónidas, *Jurisprudencia Argentina*, t. 34, p. 150; Raimundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Parte general, t. I, actualizado por José María López Olaciregui, ed. Tea, Buenos Aires 1964, p. 229.

publicación y vigencia de las leyes provinciales no es materia del Código Civil; son regidas por el derecho público local.” (40) Y si la publicación y vigencia de las leyes en el orden local está regida por el derecho público –según la opinión autorizada de estos juristas– se robustecería la tesis de que el artículo 2 del Código Civil sólo es aplicable a las leyes de derecho común, con lo cual caería por falta de sustento la interpretación amplia, aceptada por la mayor parte de nuestra doctrina y de la jurisprudencia.

Para aclarar algunas dudas planteadas por el artículo 2 del Código Civil se sancionó la ley 16.504, que se limitó a sustituir el párrafo segundo por el siguiente: “*Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial*”. Además de unificar en todo el territorio de la República el plazo para la entrada en vigencia de las leyes, esta reforma trató de poner punto final a una discusión que se había planteado en la doctrina, y que se reprodujo en la jurisprudencia, sobre la forma de publicidad que debían tener las leyes: si era necesario que se publicaran en un órgano oficial del Estado, o si bastaba con cualquier medio de publicidad. La reforma se inclinó por la primera solución, con buen criterio. No obstante la finalidad perseguida por la norma modificatoria, el tema parece no haber quedado suficientemente claro, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “*la ley 16.504, al modificar el artículo 2 del Código Civil, estableció concretamente que la publicación de las leyes debía ser oficial, de modo que, aunque ello no importe que se efectúe necesariamente en el órgano oficial, requiere que cuando la difusión se haga a través de órganos periodísticos privados, presente tal naturaleza y características que brinden no sólo una satisfactoria divulgación, sino también certeza sobre la autenticidad del texto legal, máxime cuando la norma puede ser fuente de penas*”. (41)

§ 8. Cuestiones no resueltas con la reforma. A pesar de la intención clarificadora que llevó la ley 16.504, quedaron sin resolver otros interrogantes, además de los señalados hasta aquí. No se esclareció si la publicación previa era también un requisito para entraran en vigor las leyes orgánicas administrativas y las normas que establecen obligaciones para el Estado. El artículo 2 de la ley 438 tuvo una redacción mucho más precisa –que lamentablemente no fue tenida en cuenta al modificar el artículo 2 del Código Civil– pues no solamente comprendió a las leyes, decretos y demás actos nacionales, sino que circunscribió el requisito de la publica-

(40) BIBILONI, Juan Antonio, Anteproyecto de reformas del Código Civil Argentino, ed. Abeledo, Buenos Aires, 1929, t. I, p. 5.

(41) *Fallos*, 293:157.

ción a aquellas normas capaces de producir efectos *“en relación con los derechos y obligaciones de los habitantes de la República”*, dando de esta manera el alcance correcto al precepto, de acuerdo con el principio al cual responde. Pese a la falta de regulación normativa sobre estos dos temas es evidente que la publicación previa de la ley sólo ampara a los individuos y no al propio Estado que la dictó. Sería un contrasentido extender la formalidad de la publicación, que tiene por objeto posibilitar el conocimiento de la ley, al órgano que la aprobó y promulgó, a la vez que permitiría al Poder Ejecutivo no cumplir con las obligaciones que le impone la ley con sólo dilatar su publicación.

Las dudas que se plantearon sobre la vigencia y el alcance de las normas que regulan el tema de la publicidad de las leyes se pueden considerar hoy disipadas, más por razones prácticas que jurídicas, pues en la actualidad se admite como principio general que el artículo 2 del Código Civil comprende a todas las leyes, en sentido lato. Este es el criterio que sigue la mayoría de los autores y de la jurisprudencia, por lo cual no se han suscitado problemas importantes al respecto. Buena o mala, la solución es una, que al menos permite alcanzar cierta certeza sobre el tema. La publicación oficial de las leyes es un requisito para que éstas sean obligatorias para los individuos, quienes no pueden excusarse de cumplirlas alegando desconocerlas. El artículo 923 del Código Civil contiene otro principio general del derecho, complementario de aquél, al establecer que *“la ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos”*.

Pero, no obstante la interpretación amplia que se ha dado al concepto “leyes”, comprensivo de toda norma jurídica, existen muchos ejemplos de regulaciones normativas que no se publican en el Boletín Oficial, pese a lo cual tienen el carácter de reglas coactivas, como son los reglamentos que dictan algunos entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, entes públicos no estatales a los que las leyes les confirieron potestades administrativas, como son los colegios profesionales. Así, por ejemplo, los reglamentos de disciplina de las universidades nacionales no se publican en el Boletín Oficial, y un docente o un alumno puede ser sancionado hasta con expulsión o cesantía. Lo mismo ocurre con las circulares bancarias, que se comunican a las entidades financieras por correo electrónico. Todas estas son leyes en sentido sustancial, normas jurídicas que se aplican sin cumplir con el requisito previsto por el art. 2 del Código Civil.

Como es sabido, la distinción formulada por Jellinek y seguida por Laband, Fleiner y otros autores alemanes entre reglamentos administrati-

vos y reglamentos jurídicos, determinó que se considerara a los primeros como el ejercicio de un la potestad de organización y de la supremacía que tiene la Administración, por lo cual no se exigió que se exteriorizaran como requisito para su obligatoriedad. En nuestro derecho no se sigue esa clasificación y todos son reglamentos, que se deben publicar en el Boletín Oficial.

Hay también actos administrativos de contenido general cuyas disposiciones están dirigidas a un número determinable de individuos. No son reglas abstractas, sino actos generales que producen un efecto similar. Muchas veces estos actos no se publican en el Boletín Oficial y nadie podría discutir su naturaleza jurídica. Por eso era más sabia la redacción que tenía la ley 438, derogada por la ley 697, al exigir la publicación en el Boletín Oficial de *“las leyes, decretos y demás actos nacionales destinados a producir sus efectos, en relación a los derechos y obligaciones de los habitantes de la República”*.

§ 9. La publicación oficial como texto auténtico. La realidad indica que hoy los abogados, jueces, funcionarios, legisladores, y los habitantes en general nos valemos de textos normativos que carecen de autenticidad. Son publicaciones privadas, que en los hechos respetan el texto oficial de las leyes, pero no son textos auténticos. Resulta incongruente que para iniciar un divorcio o una sucesión se exija la copia auténtica de las partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, sin reconocerles valor a los certificados expedidos por el mismo Registro Civil, y se acepten de hecho como textos auténticos de las leyes, decretos, resoluciones, etc. a los lo que publican las editoriales privadas. Algunos dirán que este razonamiento constituye un “purismo” extremo, pero, nadie puede desconocer que si mañana una editorial se equivoca al imprimir determinada norma, todos los que se valgan de ella para generar relaciones jurídicas o resolver controversias aplicarán la edición defectuosa. Más aún, si se dictaron varias leyes para corregir la redacción de otras, cabe admitir que las editoriales también pueden equivocarse.

Vale la pena recordar que la primera edición del Código Civil hecha en Nueva York en 1872 necesitó de una ley del Congreso (527) para que sea declarada edición oficial, así como también la edición La Pampa del año 1883, con las correcciones dispuestas por la ley 1196 del 9 de septiembre de 1882. Actualmente, el Boletín Oficial lo imprime una empresa privada, y tiene valor oficial porque la contrató en Estado. De parecida manera, los códigos que se venden en las librerías, previa revisión, deberían ser

declaradas ediciones auténticas por la autoridad competente. Ello es así, porque la publicación de las normas no sólo tiene como finalidad la difusión, sino también la autenticidad.

Algo similar ocurre con las sentencias. No existe ninguna publicación oficial permanente de los fallos judiciales, con excepción de los que dicta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Algunas cámaras dispusieron publicar fallos plenarios, pero fue hecho esporádicamente. Todos nos valemos de la información que brindan las editoriales privadas, que son quienes deciden qué fallos quieren publicar y cuáles nos. Más aún, muchos jueces tienen la costumbre de citar fallos que se hallan en los repertorios de sentencias del tribunal, sin indicación alguna de donde están publicados –cuando lo están, porque muchas veces se mantienen inéditos–, con el agravante de utilizar esos fallos como fundamento de sus sentencias. (42)

Otro problema es el de los sumarios. Desde que aparecieron las computadoras personales –que permiten escribir decenas de páginas guardadas en la memoria de esos instrumentos electrónicos– los fallos son cada vez más extensos y los abogados están obligados por razones de tiempo a manejarse con sumarios, redactados por las revistas especializadas con bastante deficiencia, pues en lugar de expresar la “doctrina jurisprudencial”, son transcripciones de parte de los fallos. Algunas veces cuando los leemos advertimos que no dicen lo que les quieren hacer decir sus redactores. Por este motivo deberían existir publicaciones oficiales de jurisprudencia, en las cuales aparezcan los fallos que determine el tribunal respectivo, a cuyo cargo tendría que estar la redacción de los sumarios, como ocurre, por ejemplo, en la Corte Suprema de Casación de Italia.

En resumen: hoy los jueces, abogados, funcionarios y todos los individuos nos manejamos con textos jurídicos cuya autenticidad no está certificada por el Estado, con la jurisprudencia que publican las editoriales a su elección, con reglamentos que nunca aparecieron si siquiera en el Boletín Oficial, sin índices que nos permitan encontrar con certeza la norma o el fallo que buscamos. Esta es sólo una faceta de la falta de “conocibilidad” del derecho.

(42) Lo expuesto me ocurrió con una sentencia dictada por un juez federal de San Juan, que para fundar un fallo se remitió a una sentencia dictada por la Cámara correspondiente a esa jurisdicción, que se halla en Mendoza, hecho que me obligó a requerirle a un colega de esa ciudad la fotocopiara del fallo.

IV. La difusión y la “conocibilidad” de las normas

§ 10. ¿Es conocible el derecho en nuestro país? Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano todas las legislaciones occidentales sentaron como principio básico que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que la ley no prohíbe”. Alrededor de este principio gira el problema de la autoridad y la libertad. El hombre puede hacer todo cuanto no esté limitado por el derecho y éste marca el ámbito de la potestad estatal. El art. 19 de la Constitución Nacional establece en su última parte que “*ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*” (43) Ahora bien, si hoy un individuo le preguntara formalmente al Estado para que responda con absoluta certeza cuáles son todos los delitos sancionados por las leyes, la respuesta sería: primero, lea el Código Penal, pero, como hay figuras delictivas previstas por otras leyes, lea el Boletín Oficial desde 1907 y, antes de esta fecha, investigue en el Archivo General de la Nación, y no se olvide de consultar a un abogado, que seguramente le dará la misma respuesta. Si lo que quiere saber es un tema de competencia del Poder Ejecutivo, la respuesta será que si se dictó a partir de 1950 busque en el registro de decretos y de ahí para atrás en los expedientes respectivos, porque no están registrados. Este ejemplo lo podríamos trasladar a otras ramas del derecho.

¿No resulta ésta una aberración? ¿Cómo puede funcionar el principio de que sólo la ley obliga o prohíbe, cuando ni el propio Estado se halla en condiciones de conocer e informar sobre ella cabalmente? ¿Y nada se diga respecto de la vigencia de las normas, o de las superposiciones o de las contradicciones! Son tantas las modificaciones a las leyes y el modo desordenado de realizarlas, que una búsqueda aproximada de la norma vigente demanda en muchos casos un tiempo mayor que el necesario para resolver el problema, y siempre con la incertidumbre de saber si es o no exacto el dato hallado.

Frente a este importante problema el Estado ha mantenido la misma actitud que adoptó hace más de un siglo, cuando las leyes con contenido normativo no llegaban a un centenar, no existían prácticamente las delegaciones y los decretos normativos también eran pocos. Pese a todos los adelantos tecnológicos que existen en nuestros días, continúa vigente la regla de que las leyes se deben publicar por un día en el Boletín Oficial como único recaudo para exteriorizarlas y difundirlas, a sabiendas de su

(43) Los antecedentes de este artículo son los arts. 4 y 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, en 1789, los arts. 112 y 113 de la Constitución de 1819 y los arts. 162 y 163 de la Constitución de 1826.

absoluta ineficiencia. Que los individuos tengan la posibilidad de conocerlas o no, aparentemente no constituiría un problema, porque con el cumplimiento de ese requisito formal el Estado se exime de toda responsabilidad e igualmente las normas son obligatorias.

Si el derecho positivo es un instrumento de seguridad, tal seguridad no se alcanzará plenamente sólo con establecer en forma dogmática que el derecho estatuido es obligatorio luego de publicado, pues también es necesario que la publicación o el método que se emplee produzcan el efecto de hacer conocible el derecho. La seguridad jurídica no se circunscribe solamente al ámbito funcional del derecho, al concerniente a su vigencia, porque, si bien ella se logra en alguna medida cuando se tiene certeza sobre la eficacia de las normas, no cubre todo el espectro que la seguridad jurídica comprende.

La publicación de la ley es un requisito formal, que tiene como contenido la necesidad de exteriorizarla en forma auténtica y como fin su divulgación. El primero se puede considerar cumplido con el hecho de que aparezca su texto en el Boletín Oficial, ya que toda publicación importa un medio de exteriorizar el derecho. El segundo, en cambio, implica una cuestión fáctica, que no se concreta con la mera formalidad de la publicación, pues exige en los hechos una divulgación real, es decir, que efectivamente ésta se haya producido o, al menos, que lo sea de modo tal que cualquier individuo pueda tener acceso a la información *en el momento que quiera*, y que le sea posible lograr un conocimiento cabal de las normas vigentes por medios adecuados a esa finalidad. Cuando esto no ocurre, la divulgación no se efectúa, el Estado no cumple con su función de promulgar las leyes y subsiste la inseguridad jurídica, pues el derecho, aunque estatuido, en realidad no es “conocible.” Por eso, el problema más importante que presenta la información jurídica no reside en la publicación de las normas *por un día* en el Boletín Oficial, sino en la brindar a todos los individuos la posibilidad de acceder a ellas de manera permanente, para lo cual no basta con almacenar los ejemplares de las leyes, sino en crear métodos de búsqueda que permitan encontrarlas.

La publicación oficial de las normas jurídicas constituye el último paso en el proceso de elaboración del derecho positivo; un requisito indispensable para que éste se exteriorice y difunda. Sin detenernos en el análisis de su naturaleza jurídica –si es una condición para la validez o para la eficacia de la ley– aparece como de toda evidencia que fue establecido para cumplir con la finalidad expresada de hacer conocer a los individuos el derecho que los rige. Si en verdad constituye una forma, porque la publicación es un hecho que sirve para ejecutar el acto que la dispuso, no pue-

de admitirse que un requisito de tal importancia se de por cumplido con la sola formalidad, cuando en los hechos no satisface, ni remotamente, los fines en que se apoya su existencia. Una forma sin contenido, no tiene cabida en el mundo jurídico.

La sola publicación que se hace actualmente es como una “fotografía” de la ley, que se muestra sólo un instante. El que no leyó el Boletín Oficial ese día, o no tiene memoria para retener el texto de la ley publicada, o no se tomó el trabajo de guardar el ejemplar, para conocer el contenido de esa norma tendrá que buscar en índices deficientes y después leer los textos completos de las leyes, sin la certeza de cuáles son realmente todas las normas que tratan el tema. Para obviar este trabajo están las colecciones que editan empresas privadas desde hace bastante tiempo, cuyos índices tampoco son buenos, así como también los sistemas de informática que suministran. Utilizar la publicación de las leyes en el Boletín Oficial como medio para difundir el derecho, es como si usáramos los avisos fúnebres que aparecen en los diarios para registrar las defunciones.

§ 11. Estado actual de la cuestión. Cuando se estableció en nuestro país el requisito de la publicación de las leyes para que sean obligatorias entre los individuos regía en el orden nacional un centenar de leyes –el Código Civil fue aprobado por la ley 340 y trató el mismo tema la ley 438–, dictadas en su mayoría de conformidad con una técnica legislativa correcta. Eran breves, concisas y claras, no existían delegaciones, ni cláusulas programáticas, ni declamatorias. Las leyes eran operativas para servir como instrumento de eficaz regulación de las conductas y de los negocios jurídicos. El lenguaje utilizado por los legisladores era el adecuado. Los proyectos fueron elaborados la mayoría de las veces por hombres de reconocidos conocimientos jurídicos. Muchos legisladores ocuparon cátedras universitarias y los debates parlamentarios sirvieron de enseñanza respecto de las disciplinas jurídicas que cultivaban. Por todo esto es que las leyes de entonces presentan una coherencia conceptual que en pocas oportunidades hizo necesarios los análisis interpretativos o las tareas de investigación para desentrañar su significado. Las palabras utilizadas expresaban con claridad lo que preceptuaban las leyes. De muchas de estas puede decirse lo que acertadamente sostuvo Bentham: “un cuerpo de leyes es tanto más sabio cuanto menos ciencia requiera para comprenderlo”.

Para difundir pocas leyes, bien redactadas, que se mantenían vigentes por mucho tiempo, sin excesos reglamentarios, la publicación en los diarios, que se editaban con el auxilio de las imprentas de la época, podía considerarse un medio adecuado al fin de su divulgación. Es posible decir que la tecnología existente sirvió en ese momento para el estado de la

legislación de nuestro país, para el número de habitantes y para la distribución geográfica de la población, como un medio hábil para difundir el derecho. Esto ocurrió hasta el primer tercio de siglo pasado. (44)

Desde hace más de setenta años a esta parte todo fue cambiando. La producción normativa creció en progresión geométrica, ignorando la sabia sentencia de Tácito: “*corruptissima republica plurimae leges*” (Anales, III, c. XXVII). (45) Las reformas se sucedieron de manera inorgánica, motivadas muchas veces por un casuismo exagerado, sin reparar en el carácter abstracto y general que deben tener las leyes. Existen normas que sufrieron desde su dictado más de cien modificaciones. El legislador, por sucesivas delegaciones, fue transfiriendo su potestad legislativa, no sólo al Poder Ejecutivo, sino a órganos de jerarquía inferior (v.g.: régimen de promoción industrial, régimen aduanero, impositivo, previsional, etc.). Los preceptos legales que regulan las instituciones se atomizaron, dispersándose en textos diferentes, que poco o nada tienen que ver con el tema general de la ley en la que están contenidos, como lo prueban la ley complementaria permanente de presupuesto (46) que, pese a estar prohibido, modifica las más variadas leyes de distintas materias. (47)

(44) Para comprobar esta afirmación basta con consultar la colección de Anales de Legislación Argentina donde las leyes dictadas hasta 1919 ocupan solamente tres volúmenes, donde está incluidos los códigos.

(45) Son elocuentes estas palabras de Doria: “La abundancia de las leyes...no es más que un alivio para la ignorancia de los ministros, quienes no sabiendo penetrar en la razón misma de las cosas, quisieran encontrar para cada caso una ley expresa y son como un caminante que marcha en tinieblas y no teniendo ninguna idea del camino que recorre, mira a cada paso dónde pone el pie”. P.M.Doria, “La vita civile”, ed. Torino, 1852, p. 268.

(46) El Instituto de Economía Política, Finanzas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, bajo la dirección del profesor Juan Carlos Luqui, mi padre, realizó la tarea de depurar y ordenar la ley 11.672 (complementaria permanente de presupuesto) en 1969 y luego en 1972, trabajos que se publicaron, el primero por la Facultad de Derecho y el segundo por la Editorial Universitaria de Buenos Aires. Esta valiosa tarea fue enviada a la Secretaría de Hacienda de la Nación con el proyecto de ley correspondiente, para corregir la anomalía antes apuntada, indicando con respecto a cada norma cuál había sido modificada o derogada expresa o implícitamente, además de remitir a la norma correspondiente las modificaciones producidas. Lamentablemente, nunca se sancionó esa ley ordenadora.

(47) Como ejemplo de leyes que modificaron otras con las cuales no tiene relación citaremos a la ley 20.378 de fomento equino, que declara inaplicables a la

A la forma deficiente con que se utiliza hoy el lenguaje se suma la imprecisión como causa que agrava el desconcierto que los individuos tienen de las normas. Cabe agregar también el empleo reiterado de la fórmula ambigua "...derógase toda ley que se oponga a la presente", como medio genérico para quitar vigencia a la ley que contradice el nuevo texto, corruptela que tiene su fuente en el desconocimiento del legislador sobre las normas existentes que se ocupan del tema. ¡Y nada se diga de los casos en que decretos del Poder Ejecutivo derogan leyes o de leyes que modifican decretos o resoluciones! Merced a varias delegaciones legislativas el Poder Ejecutivo derogó leyes por decreto, y en otros casos leyes derogaron o modificaron decretos. Entre 1930 y 1983 se sucedieron varios gobiernos de facto que se alternaron con gobiernos de jure. Los gobiernos de facto dictaron normas con valor de ley, originariamente denominadas decretos leyes y luego directamente leyes. A partir de 1989, en época de gobiernos constitucionales, se dictaron varias leyes de emergencia, que delegaron en el Poder Ejecutivo la facultad de derogar o modificar leyes con el argumento de la "emergencia". Por eso, también se dio el caso de decretos que derogaron leyes. Últimamente los decretos de necesidad y urgencia se convirtieron en una forma común de legislar, aun estando en período de sesiones el Congreso y no existir urgencia alguna. Esta nueva categoría de normas, creada con la reforma constitucional de 1994 -anacrónica en un sistema republicano de gobierno- (48) presenta otro problema. Como la Constitución reformada establece una serie de requisitos para que cada una de las cámaras del Congreso convalide esos decretos (art. 99, inc. 3 CN), los cuales no se cumplieron, pero igualmente rigen, se genera la dificultad de encuadrar estas normas, porque como no se pueden considerar definitivamente vigentes habría que ubicarlas en una categoría transitoria (pendiente de convalidación). La determinación de la vigencia de las normas es en nuestro país un problema de la mayor importancia.

venta de caballos pura sangre de carrera los arts. 1374 y 1429 del Código Civil. El art. 1374 del Código Civil prohíbe el pacto comisorio en la venta de cosas muebles, y el art. 1429 lo complementa al establecer el si el comprador no pagase el precio de la cosa muebles, el vendedor sólo tendrá derecho para cobrar los intereses de la demora, y no para pedir la resolución de la venta. Como todos nos manejamos con ediciones comerciales del Código Civil, donde no aparece la reforma o lo hace sólo en normas complementarias, quien ignora esta reforma creará que la prohibición del pacto comisorio de bienes muebles no contiene excepciones.

(48) Señala Kant, "El lema del derecho de necesidad reza: 'la necesidad no reconoce ley' (*necessitas non habet legem*)' No obstante lo cual, no puede haber ninguna necesidad que haga conforme a Derecho lo que lo es." (Immanuel Kant, "Introducción a la teoría del Derecho", trad. esp. ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 53.

El sentido jurídico, que puede tenerlo tanto el letrado como el hombre común cuando existe el trasfondo de un sistema coherente, se fue diluyendo como consecuencia de los fenómenos antes referidos y puede decirse que la ignorancia de la ley, antes sólo deficiencia de los legos, hoy lo es también de los abogados, cuando no de los funcionarios y hasta de los propios jueces, pues en muchos casos se hace prácticamente imposible asegurar a ciencia cierta cuáles son todas las normas que reglan una institución jurídica determinada y cuáles de estas normas se hallan efectivamente vigentes.

La codificación posibilitó compendiar en una ley todas las normas regulatorias de una rama del derecho, para evitar su dispersión y cristalizar el derecho vigente, dándole certeza y estabilidad, cualidades ambas que apuntan a la seguridad jurídica. Sin embargo, en los últimos tiempos la situación ha variado substancialmente, al menos en la República Argentina. Con posterioridad a los códigos se dictaron innumerables leyes, algunas modificatorias, otras complementarias, referidas directamente a las ramas del derecho codificado, pero no se introdujeron en el texto, a veces para no alterar su estructura metodológica y otras motivadas por situaciones coyunturales o en una errónea técnica basada en el casuismo. En pocas ocasiones se hicieron textos ordenados, que es una técnica útil para conocer las modificaciones a los cuerpos legislativos orgánicos.

La realidad es que hoy todo el derecho civil dista mucho de estar contenido en el Código Civil, del Código de Comercio sólo quedó la estructura, y el Código Penal no incluye a todos los delitos y sus penas, sin olvidar las llamadas “leyes penales en blanco,” situación que es mucho más grave por el valor de la tipicidad para la configuración de los delitos. Con respecto a la legislación administrativa, tributaria y previsional, la situación es más grave aún, porque la movilidad natural de estas ramas del derecho –que en muchos casos hace desaconsejable su codificación– conspira contra todo intento de sistematización e información eficiente. Algo totalmente incompatible con el sistema republicado que nos rige es la existencia de “leyes secretas,” que se dictaron sin justificación alguna.

Frente a un panorama como el que se ha descrito, no es posible afirmar que el Estado cumple con su obligación de difundir el derecho con solo publicar las leyes y los decretos normativos en el Boletín Oficial. En efecto, este medio de publicación que funciona en nuestro país –con intermitencias en los primeros años– editó las leyes, decretos, resoluciones y otros actos de gobierno valiéndose de una imprenta que databa del año 1911. Los ejemplares que producía tenían el formato de un diario, con caracteres tipográficos pequeños y, ya sea por causa de su tamaño, ya por

la calidad de la impresión, era problemático almacenar la información y muchas veces se tornaban ilegibles. No se editaron en volúmenes, ni se confeccionaron índices. Hoy el Boletín Oficial lo edita una imprenta moderna, y al menos es posible leerlo, pero carece de índices adecuados, pues tanto éstos como los títulos son generales en exceso. La falta de practicidad resultante ha imposibilitado que se utilice el Boletín Oficial como texto auténtico de consulta por parte de jueces, funcionarios y abogados.

Esta situación dio motivo a que empresas privadas se ocuparan de editar colecciones de legislación que sustituyeron en los hechos al Boletín Oficial, por lo cual la fuente de información del derecho en nuestro país no constituye un texto auténtico. Si bien las ediciones privadas se ajustan a éstos y procuran brindar una información más ordenada con el auxilio de índices, sumarios y recopilaciones, todo ello es insuficiente debido al crecimiento vertiginoso e inorgánico de la legislación, que superó las posibilidades que brindan los métodos tradicionales de difusión. Algunas editoriales suministran información por métodos electrónicos, pero distan mucho de constituir sistemas de información jurídica eficientes. El resultado de todo esto es que en nuestro país nos manejamos con textos no oficiales, sin índices adecuados, ignorando en muchos casos las reformas legislativas, sobre todo cuando se trata de legislación delegada, así como también la vigencia de las normas con certeza absoluta.

En esta materia el Estado no se ha valido de los instrumentos que brinda la tecnología moderna para cumplir con la obligación de difundir el derecho. Resulta verdaderamente paradójico en la era de la informática, cuando la capacidad de almacenamiento de información es infinita, cuando los buscadores son cada vez más eficientes, cuando prácticamente el mundo se maneja por computadoras, nosotros continuemos con un método ideado en el siglo XV y perfeccionado en el siglo XVII.

Un intento por solucionar este grave problema que afecta la seguridad jurídica fue el programa de ordenamiento legislativo, aprobado por resolución MJ N° 134, del 13 de febrero de 1979, que se concretó en el actual Sistema Nacional de Informática Jurídica, inaugurado el 18 de marzo de 1981, hoy Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ). Esta fue una realización exitosa llevada a cabo con técnicos y abogados argentinos que concretaron una obra totalmente inédita en nuestro país, y adaptaron y perfeccionaron la tecnología recibida de la Corte Suprema de Casación italiana, cuyo centro electrónico era en ese tiempo el más importante de Europa en informática jurídica.

Lamentablemente no tuvo la continuidad que debía, y los servicios que hoy presta distan mucho de ser los que se propusieron originariamente,

todo ello por problemas generados en celos, ambiciones, prejuicios de política partidaria, favoritismos, revanchismos, todo ello para corroborar una vieja tradición nacional, que le hizo decir a un famoso pensador europeo que nuestro país crece de noche, mientras los argentinos lo destruimos de día.

§ 12. La “conocibilidad” del derecho. Recorro a un neologismo porque pese a la riqueza de nuestro lenguaje, no encontré ninguna palabra que sirva para expresar el verdadero sentido que se le debe dar al conocimiento del derecho cuando nos referimos a la función que cumple su divulgación en el ordenamiento jurídico. El Estado debe asegurar que el derecho se halle estatuido y que las leyes, en sentido lato, sean *conocibles*, para que el individuo común pueda acceder a ellas sólo con poseer una idea estándar del lenguaje. La ignorancia de la ley es lo opuesto al conocimiento y no a la “conocibilidad.” Si bien la falta de “conocibilidad” también produce como efecto la ignorancia, se diferencia en que cuando ésta tiene su causa en un mal sistema de “conocibilidad”, el Estado es responsable de esa deficiencia. El conocimiento es una actividad del sujeto.

En la práctica, tal como funcionan las cosas en nuestro país, para la mayoría de los individuos es lo mismo que la ley se publique o no en el Boletín Oficial. Si partimos de la idea –falsa, por cierto– de que la publicación de las leyes basta para cumplir con el deber de información y generar la obligatoriedad de sus preceptos, estaríamos consagrando una idea tan absurda como es la ficción de que el derecho se presume conocido a partir de su publicación.

La “conocibilidad” es la aptitud de un objeto para que pueda ser conocida por un sujeto. Como es sabido, en el conocimiento intervienen cuatro elementos: el sujeto que conoce, el objeto conocido, la operación de conocer y el resultado que es la representación en la mente del sujeto del objeto conocido. Excedería ampliamente el propósito de este trabajo cualquier análisis que pretenda hacer del conocimiento, pues constituye uno de los temas fundamentales de la filosofía universal sobre el cual han escrito infinidad de autores eminentes, no obstante lo cual subsisten discrepancias. Por eso, me limitaré a señalar que la “conocibilidad” está referida fundamentalmente al segundo de esos elementos, al objeto conocido, pues los restantes son elementos propios del sujeto, respecto del cual el Estado nada tiene que hacer. Dice García Morente, al explicar el pensamiento de Kant: “El conocimiento, no es pues, la imagen exacta de una realidad que nos fuera dada antes; por el contrario, niega la realidad que nos es dada y elabora bajo ella una nueva, verdadera realidad. El conocimiento no es copia de lo real, no es representación de lo real, sino

invención, presentación de lo real. El conocimiento es la realidad misma que la labor intelectual hace surgir ante nosotros.” (49) De ahí que el deber del Estado se limite a lograr que el objeto –la ley, en sentido lato– sea conocible para el hombre común.

La existencia de un derecho conocible es una garantía para los individuos, aunque al Estado también indirectamente le interese que éstos conozcan el derecho. Tanto es una garantía que por aplicación del art. 2 del Código Civil si una ley no se publica carece de obligatoriedad para los habitantes. Que la “conocibilidad” de la ley es un requisito para su vigencia lo acredita el deber de publicarla en el Boletín Oficial, pero la realidad indica de manera más que contundente que por este medio no se logra, ni por asomo, la “conocibilidad” de la ley y, menos aún la del derecho.

Suponer que si el derecho fuese conocible por los individuos éstos lo acatarían sin mayor problema o que si lo conocieran lo respetarían más, es incurrir en una ilusión tan endeble como pensar que siempre que los individuos violan las leyes es porque ignoran sus disposiciones. Si bien en algunos casos el conocimiento del derecho produce un efecto conformador de conductas, cosa que ocurre en el derecho obligatorio –como son las normas impositivas, las reglas de policía, las leyes penales y contravencionales y las demás cuyo carácter compulsivo es al menos intuido por los individuos– el problema no lo debemos buscar en la ignorancia del derecho. Los hechos demuestran que quienes tienen conciencia de ser pasibles de una sanción evitan realizar esos actos, u ocurren ante un profesional para que los asesore.

Las dos razones principales que tiene un derecho conocible son la *eficacia* y la *certeza*. Como dice Laband, las leyes son mandatos dirigidos a alguien, y sólo pueden ser eficaces si se exteriorizan y difunden como corresponde. (50) La certeza –que es un requisito de la seguridad jurídica– exige que quienes están alcanzados por el derecho o lo tienen que aplicar, estén en condiciones de conocerlo. (51) De ahí que cuanto

(49) GARCÍA MORENTE, Manuel, “La filosofía de Kant. Una introducción a la filosofía”, ed. Fundación Caja de Madrid, Madrid, 1996, p. 129.

(50) Dice LABAND: “Enfin, la nécessité de publier la loi peut être désuir de la définition même de la loi que nous avons donnée a comencement de cete chapitre. Toute loi étant un ordre qui s’adresse à quequ’un, il s’ensuit qu’il faut mettre l’intressé a même d’avoir connaissance de cete ordre”. (Paul Laband, “Le droit public de l’empire allemand,” ed. V. Girard & Briere, Paris, 1901, t° II, p. 292).

(51) Por eso dice LOPEZ DE OÑATE: “La oscuridad de la norma, sus lagunas (en los límites indicados) su falta de sencillez, su inestabilidad, la multiplicidad de sus

mayor sea la cantidad de normas, su dispersión en diferentes textos, su movilidad, mayor es la necesidad de recurrir a métodos acordes con los adelantos técnicos de nuestra época.

V. Un derecho conocible

§ 13. El universo normativo. La abundancia de normas es una característica de nuestra legislación, por demás conocida, que comenzó a incrementarse hace casi un siglo. No es exclusiva de la República Argentina, pues también se da en otros países que adoptaron el régimen de derecho escrito. Pero, entre nosotros tiene la particularidad de responder a la idiosincrasia de los argentinos. De ahí que difícilmente se la pueda corregir si no cambiamos nuestro comportamiento. Somos naturalmente autoritarios, no sólo lo demuestran los gobiernos de facto que tuvimos, sino también los elegidos democráticamente, muchos de los cuales actuaron y actúan en forma autoritaria. Prueba de ello la tenemos con el uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia, con las mayorías “automáticas” de las legislaturas –que votaron favorablemente todos los proyectos enviados por del Poder Ejecutivo con riguroso acatamiento–, con la desobediencia a decisiones judiciales, con los nombramientos hechos a dedo y sin respetar el principio de idoneidad, para citar sólo algunos ejemplos. Tal vez sea un resabio del “caciquismo” de los primeros pobladores de nuestras tierras que dejaron en ellas su fuerza telúrica, o de los caudillos que manejaron arbitrariamente el país hasta 1853, o de la herencia recibida de nuestra madre patria, cuyo pueblo le hizo decir a un escritor español que “era un país habitado por veinte millones de reyes,” o de las antinomias y revanchismos que han caracterizado nuestra historia. Sea cual fuere la razón, lo cierto es que en la República Argentina quienes ejercen el poder, por lo general, no gobiernan, sino *mandan*. Y para quienes tienen esa idea tan particular como equivocada del gobierno, la ley –con la coacción que le es propia– constituye el instrumento más eficiente para lograr que los demás obedezcan.

disposiciones que en ella puede articularse, la pluralidad de leyes, la dificultad y la prolongación de los juicios, son los modos de manifestación que hemos llamado *de hecho* de la inertidumbre del derecho;...y más adelante agrega: “El problema de la certeza del derecho, planteado en sus verdaderos términos, no puede menos de aparecer como un reflejo o modo particular de presentarse el problema de la individualidad como fundamento del derecho, como punto de llegada de la experiencia jurídica, en todo su largo y fatigoso itinerario” (Flavio López de Oñate, “La certeza del derecho” trad. esp. de Sentís Melendo y Ayerra Redín, ed. EJEA, Buenos Aires, 1953. ps. 107 y 136 y s.).

Si la abundancia de leyes se debiera a la necesidad de asegurar garantías y libertades individuales, bienvenida sea. Pero los hechos indican que no se dictan con la finalidad de limitar la acción de los gobernantes, sino, por el contrario, para restringir derechos, imponer deberes y obligaciones, otorgar privilegios, aumentar las atribuciones de los gobernantes, en suma, para encauzar la acción de los individuos en el sentido que le dan los políticos de turno. En su gran mayoría son normas imperativas, de derecho obligatorio. Las de derecho dispositivo sólo abarcan una parte mínima del espectro normativo. Basta leer el Boletín Oficial para comprobar que pocas veces aparecen normas de derecho privado, a diferencia de las de derecho público, que abundan en demasía.

El problema más grave que presenta nuestra legislación no está sólo en el número de leyes, decretos, resoluciones, sino en la falta total de orden y de sistematización. Si a partir del momento en que nuestros legisladores y funcionarios comenzaron a dictar normas, lo hubiesen hecho en forma ordenada, indicando bien su contenido y analizando previamente las demás normas vigentes para evitar contradicciones, superposiciones, áreas de incertidumbre y las normas que quedaban derogadas en forma expresa, el volumen de la legislación no constituiría un problema. En este aspecto cabe señalar que muchos autores –paradójicamente, varios positivistas– sólo critican el crecimiento desmedido de las normas (leyes, decretos, resoluciones) y hablan de “contaminación legislativa,” de “superabundancia de leyes,” de “inflación legal,” entre otras expresiones, pero, omiten poner en relieve que el problema más grave de la abundancia de normas no está solamente en la cantidad, sino en la falta de orden y de sistematización que se produce como efecto del crecimiento inorgánico de las leyes. Pongamos como hipótesis el caso de una legislación que contenga muchas leyes, todas bien redactadas, identificadas y sistematizadas, que guarden coherencia recíproca y respeten los mismos criterios directrices. En este supuesto la abundancia de leyes no sería objetable, porque las diversas proposiciones jurídicas permitirían a los jueces hallar apoyo normativo en la mayoría de sus decisiones, para satisfacción de los positivistas. Pero, la experiencia indica que la producción inorgánica de normas produce como efectos inevitables la inseguridad jurídica, la falta de certeza y las contradicciones. Es extremadamente difícil que una legislación abundante respete la coherencia que debe tener todo ordenamiento jurídico.

Cuando los legisladores dictan una ley, o el Poder Ejecutivo un decreto, o los funcionarios una resolución, pocas veces miran hacia atrás para saber si ese tema fue o no materia de regulación anterior. Una de las razones de esta actitud es, precisamente, la ignorancia de lo ya legislado, y la seguridad de que si intentan emprender esa búsqueda hallarán una maraña

de normas, actos, resoluciones que difícilmente puedan dilucidar. Por eso agregan una pieza más al voluminoso y confuso universo normativo, con lo cual agravan la situación. Y así se sigue legislando en forma desordenada, para solucionar los problemas del momento, con parches y costuras circunstanciales, sin reparar en los efectos que pueden producir esas normas en otros casos no previstos y en el ordenamiento jurídico en general. Olvidan que las leyes, además de generales deben ser generalizadoras y no casuistas.

§ 14. Ordenamiento y sistematización. Existen en el orden nacional casi veintisiete mil leyes, a las cuales se deben agregar los decretos leyes que dictaron gobiernos de facto. Muchas de las leyes carecen de contenido normativo (leyes de pensiones, declaración de monumentos históricos, leyes de presupuesto, autorizaciones de gastos, aprobación de convenios, etc.), otras están derogadas expresamente y otras perdieron su objeto. De las casi veintisiete mil leyes y decretos leyes, podríamos asegurar que sólo el diez por ciento tiene contenido normativo, y si las analizáramos con más detalle para remitir las modificaciones a las leyes modificadas a fin de redactar textos ordenados, o se resumen en una ley lo que está disperso en otras varias, el número disminuiría considerablemente. No hace falta mucha ciencia para comprender que es mucho más fácil encontrar un botón entre veinte que entre mil, y que si debo hacerlo con los mil, tengo que lograr al menos que estén divididos en cajas de cincuenta cada una. De ahí que la primera tarea siempre ha de ser depurar y ordenar las leyes y decretos leyes para extraer solamente las que tienen contenido normativo y estén formalmente vigentes. Adelanto que esta tarea ya fue hecha por el SAIJ. Lo mismo se debe hacer con los decretos, resoluciones, ordenanzas y demás normas.

Pero el universo normativo no termina allí, pues también están la legislación delegada, los decretos reglamentarios y autónomos, las normas dictadas por entidades públicas descentralizadas, personas públicas no estatales, empresas y sociedades del Estado, que es varias veces superior en número y en complejidad a las leyes. De ahí que el problema más complejo sea ordenar y sistematizar estas normas, pues al desorden que las caracteriza se debe agrega su movilidad, ya que muchas de ellas rigieron sólo un tiempo, y no es posible eliminarlas porque son aplicables a situaciones jurídicas que pueden ser materia de controversia después de la fecha en que se derogaron.

Iguales criterios valen para la jurisprudencia, aún cuando existan diferencias técnicas en lo que atañe a su almacenamiento y posterior búsqueda de la información. La jurisprudencia es, sin duda, la parte de la infor-

mación jurídica que requiere en mayor medida un servicio eficiente. Los jueces y abogados necesitan de la jurisprudencia tanto como de la legislación, y la necesitan en forma ordenada, simple, sistematizada, y no acumulada en centenares de volúmenes donde buscarla demanda un tiempo mayor que para resolver el caso. En nuestro sistema jurídico se entiende por jurisprudencia a la doctrina uniforme y reiterada dada por los jueces en un tema determinado. Un fallo no es jurisprudencia, es un precedente. La gran deficiencia que presentan las colecciones de jurisprudencia que hoy existen, reproducida en los sistemas informáticos que venden, se debe a los métodos de búsqueda utilizados, que son malos, y ello es así no sólo porque los sumarios, índices y descriptores están mal hechos, sino por la estructura y el diseño de los sistemas.

La demostración es muy simple. Si acumulamos cuanto fallo se publica sobre un tema determinado y le asignamos un título, al cabo de unos años tendremos una gran cantidad de sentencias iguales, que ocuparían un espacio innecesario en los tomos publicados o en la base de datos. Esto traería como consecuencia irremediable una cantidad de información sobreabundante que obligaría a estar varias horas leyendo fallos, para concluir al final del trabajo con que todas las sentencias dicen lo mismo. Trasladado a las técnicas informáticas, esta forma equivocada de almacenar documentación produce “ruido” en las búsquedas, pues para cada consulta aparece un número muy grande de documentos, pese a que todos contengan la misma doctrina jurisprudencial.

Para evitar este problema –que es común en todas las colecciones y sistemas de información jurisprudencial actuales–, se necesita condensar la jurisprudenciales en sumarios breves, concisos, de pocas palabras, que expresen realmente lo que constituye la “doctrina” jurisprudencial e indiquen, al mismo tiempo cuáles son los fallos que corresponden a esa doctrina, con sus datos objetivos (nombre de las partes, fechas, tribunales, etc.). Paralelamente, se deben establecer las vinculaciones y referencias normativas, fallos contradictorios, también con sus datos objetivos. En las colecciones que actualmente editan empresas privadas, los sumarios no son tales, sino resúmenes que transcriben las partes más importantes del fallo, muchas de ellas corresponden a considerandos, que no son la doctrina jurisprudencial.

Este es un trabajo que demanda experiencia, esfuerzo y talento, que ninguna editorial lo hizo hasta ahora y dudo que lo haga, pues para ello deberían partir prácticamente de cero, con un producto nuevo que, cuando se venda, tornará obsoleto el producto anterior que están comercializando.

Otra información que ayuda al conocimiento del derecho es la doctrina. Actualmente se escribe demasiado y muchas veces exagerando la extensión, porque algunos autores piensan que cuanto más largo sean los trabajos, mayor es su valor. Por eso, en los países desarrollados se preparan resúmenes de una extensión no mayor de una página, con el contenido esencial de los artículos y libros. De esta manera es posible conocer de antemano de qué tratan y encarar luego la lectura, si el trabajo responde a las necesidades del lector.

§ 15. La aplicación de las técnicas informáticas. La importancia que tiene la información en el derecho es incuestionable, porque las normas, los fallos y la doctrina están en documentos escritos que utilizan los jueces, funcionarios, abogados, y los individuos en general. Estos documentos se consideran datos jurídicos, que todos deben tener la posibilidad de conocer, para lo cual no basta con almacenarlos en volúmenes o en soportes magnéticos, sino poder encontrarlos rápidamente cuando se necesitan. Por eso *la informática jurídica no consiste en acumular información, sino en crear métodos de búsqueda que permitan encontrarla.*

Con la aparición de las computadoras y, sobre todo, de las computadoras personales y los sistemas de transmisión de datos, se produjo una transformación sin precedentes en lo que atañe a sistemas de información pues, no sólo la capacidad para almacenar los documentos es hoy ilimitada, sino que, además, existen buscadores que nos permiten encontrar los datos con una velocidad extraordinaria para transmitirlos instantáneamente a cualquier lugar del mundo.

Claro está que la eficiencia en la búsqueda del dato jurídico no depende exclusivamente de los medios que brinda la tecnología actual –como erróneamente algunos creen–, pues, siempre es necesario el aporte de un importante ingrediente humano, capacitado y con experiencia, para que procese la información antes de incorporarla a la base de datos y diseñe la estructura del sistema, a fin de posibilitar su recuperación en forma rápida y eficiente. En esto el manejo del lenguaje es fundamental, pues las normas expresan su contenido en palabras, que no siempre están empleadas correctamente por el legislador o por el juez, o no tienen una redacción correcta y clara, o son diferentes de las que utilizan los usuarios al formular las búsquedas. Las computadoras no son instrumentos inteligentes, y la información que producen tendrá la misma calidad de la que procesan. De ahí la importancia de preparar bien la información que se va a memorizar, porque es la forma de vincular a quien busca el dato jurídico, con la base de datos.

La tarea de desarrollar un sistema razonablemente completo y eficiente de informática jurídica es larga, minuciosa, creativa, de permanente investigación, que requiere esfuerzo, experiencia, inventiva y una cuota de talento. En este aspecto traigo a colación un episodio que citó Manuel Ordóñez en la revista *Rumbo Social* en 1976. Recordó que el mariscal Lyautey quiso forestar el Sahara con cipreses, y recibió como respuesta que esa obra iba a demorar mil años, a lo cual contestó: “con mayor razón comencemos enseguida”. A diferencia del protagonista de esta historia, en nuestro país todos quieren ver los resultados rápido, los políticos por los objetivos electorales que generalmente mueven sus acciones, y los empresarios, por la rentabilidad económica, por lo cual terminamos haciendo poco o nada. Si la tarea emprendida en 1980 en el Sistema Argentino de Informática Jurídica hubiese continuado con la misma dedicación, recursos e intensidad que tuvo en su origen, no dudo que nuestro país contaría hoy con uno de los sistemas de informática jurídica más avanzados del mundo, y todos tendríamos acceso a los datos jurídicos en forma prácticamente inmediata.

§ 16. Antecedentes sobre proyectos de ordenamiento. Varias veces se intentó emprender la tarea de ordenar las leyes, tales como fueron las iniciativas presentadas en el Congreso de la Nación, en especial en el Senado, institución a la que le corresponde por la ley 73 del 28 de julio de 1856 llevar el gran libro de leyes –que debía mantenerse en la Secretaría del Senado–, cosa que no se concretó. (52)

En 1902 el diputado nacional Adolfo F. Orma presentó un proyecto para crear una comisión bicameral, encargada de dirigir la compilación y coordinación de las leyes de la República, proyecto que se aprobó en mérito a sus fundamentos, entre los cuales se destacaba que “...la idea que se persigue más que útil es necesaria, por la confusión que se nota en las leyes vigentes...”; esta idea permitiría “reunir disposiciones referentes a una misma materia, metodizarlas, concordarlas suprimiendo las repetidas, las de carácter local y transitorio...”

Sobre una base similar, en 1935 el senador José Heriberto Martínez presentó otro proyecto, por el cual se creaba una comisión formada por tres

(52) El art. 4 de esta ley establece “Toda sanción del Congreso será consignada en el gran libro de las leyes de la Confederación, firmada por los presidentes de ambas Cámaras, autorizadas por sus respectivos secretarios y sellado con el sello del Congreso. Dicho libro existirá en la Secretaría del Senado. Las comunicaciones o contestaciones al Poder Ejecutivo se consignarán de la misma forma en este libro.”

abogados de reconocida capacidad, para dirigir la compilación y arreglo de la legislación vigente.

Correspondió al diputado nacional Julio C. Raffo, durante el año 1942, la autoría de otro proyecto con sentido coincidente, repitiendo en su fundamentación conceptos expresados por Vélez Sarsfield en un artículo publicado en "El Nacional" del día 25 de julio de 1868, donde manifestó que la "...anarquía legislativa se produce en buena parte, por no contarse con un nomenclador o estatuto que contenga única y exclusivamente las leyes nacionales en plena vigencia y mediante el cual queden eliminadas o abrogadas todas aquellas leyes que, por una causa u otra, ya no estén en vigencia".

En 1948 el diputado nacional Luis R. Mac Kay propuso la creación en jurisdicción del Ministerio del Interior de la Dirección General de Clasificación, Vigencia y Publicación de Leyes Nacionales. En 1963 el senador Juan Ramón Aguirre Lanari propició una comisión formada por siete juristas para el ordenamiento de la legislación vigente. En el año 1964 el diputado nacional José E. Cara presentó otro proyecto similar -en este caso bicameral- para ordenar y depurar la legislación.

Con posterioridad, la Comisión de Legislación General y Asuntos Técnicos del Senado de la Nación emprendió una tarea de ordenamiento de las leyes dictadas por el Congreso, presentando un trabajo previo en mayo de 1955, que se halla publicado en el Diario de Sesiones en la Cámara de Senadores de la Nación (año 1955, págs. 75 a 106). Otro antecedente legislativo sobre el tema fue el proyecto de creación de una comisión especial compuesta por cinco senadores para recopilar y sistematizar las normas legales, presentado por el senador Vicente L. Saadi el 19 de junio de 1974.

Existen en esfera de algunos organismos del Estado trabajos importantes de ordenamiento, llevados a cabo sobre la base de fichar los datos objetivos de las normas, así como también de recopilar alfabéticamente sus títulos y extraer las referencias existentes entre dichas normas, tales como los realizados por la Oficina de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación y por el Boletín Oficial. Otros organismos han realizado trabajos de ordenamiento de la legislación -aunque sectorial- vinculada con el objeto respectivo. En todos estos casos se trataron de ordenamientos internos, sin carácter oficial, utilizados por los funcionarios adscriptos a dichos organismos y, eventualmente, por algún interesado al cual se le permite el acceso o suministra la información.

También en la actividad privada se efectuaron trabajos de recopilación general de normas, como son los casos de Anales de Legislación Argentina, Legislación Argentina, para citar los más importantes, que carecen de valor oficial y responden a una metodología manual de búsqueda que, con el incremento de la legislación, se tornó cada vez menos eficiente. Por eso, estas editoriales incorporaron a sus servicios medios informáticos, los cuales, si bien importan un adelanto tecnológico apreciable, distan de constituir sistemas eficientes de informática jurídica. El Ministerio de Economía de la Nación tiene un sistema de información normativa del (Infoleg) que es útil, aunque no permite búsquedas temáticas. Otros sistemas privados de información sectoriales, como son Guía Práctica, Erepair, entre otros, trabajan eficientemente con medios gráficos e informáticos, cuyos métodos de búsqueda son eficientes.

La ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires realizó un trabajo de consolidación de normas municipales y nacionales vinculadas con el tema, que se denominó "Digesto Municipal de la Ciudad de Buenos Aires". Debe destacarse el carácter de oficial y auténtico que se adjudicó a dicho texto. Ello no obstante, los métodos de búsqueda no son buenos, por lo cual presenta inconvenientes mayores al de las colecciones privadas.

§ 17. El Sistema Argentino de Informática Jurídica. El 13 de febrero de 1979 se aprobó por resolución n° 134 del entonces Ministro de Justicia de la Nación un programa de ordenamiento legislativo para sistematizar la legislación nacional (leyes, decretos leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, etc.) e incorporarla a una base de datos, con el fin de proporcionar la información de la legislación objetivamente vigente, así como también de la jurisprudencia y de la doctrina jurídica.

Para alcanzar el primer objetivo se analizaron todas las leyes y decretos leyes publicados en el Boletín Oficial, en forma retrospectiva, partiendo de una fecha determinada y, al mismo tiempo, se realizó igual tarea con las normas dictadas desde esa fecha en adelante. Se tomó como texto auténtico una de las pocas colecciones completas existentes del Boletín Oficial de la Nación. Esta tarea permitió determinar: a) las leyes derogadas expresamente, b) las leyes que habían perdido su objeto o cumplido con su finalidad, siempre que no pudieran proyectar sus efectos hacia la actualidad o al futuro, c) las leyes sin contenido normativo, d) las leyes que modifican expresamente otras anteriores, para incluir en ellas los textos modificados, con indicación, en cada caso, las alteraciones experimentadas por la norma, desde su sanción.

Se formó así una base de datos con el texto completo de todas las leyes objetivamente vigentes y con contenido normativo, a las cuales se le agre-

garon descriptores para posibilitar la búsqueda por los temas que contienen, técnica que agilizó significativamente su funcionamiento. De las demás leyes se indicó sumariamente su contenido y los datos objetivos. También se hicieron textos ordenados de todas las leyes, incorporando las modificatorias a las modificadas. A cada ley se le agregaron las referencias normativas. Además, se confeccionó un “thesaurus” que permite efectuar búsquedas por vinculaciones conceptuales de las palabras utilizadas en los textos.

Toda esta tarea, la implementación del sistema (cuya tecnología fue transferida gratuitamente por el Centro Electrónico de la Corte Suprema de Casación de Italia), y la carga de la información (texto completo de las leyes, sumarios de su contenido, referencias normativas, thesaurus, etc.) se realizó en un año y ocho meses, con personal de la Subsecretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia y del Congreso de la Nación, en virtud de un convenio celebrado entre ambos organismos. Se analizaron las más de 25.000 leyes y decretos leyes existentes y, luego de descartar las que carecían de contenido normativo, de separar las leyes derogadas y de incorporar las modificaciones a las normas modificadas, quedaron sólo alrededor de 2.700, es decir, poco más de un 10%, que fueron incorporadas a la base de datos en texto completo. En marzo de 1981 comenzó a funcionar el sistema con la información legal, aún cuando faltaba incorporar los decretos nacionales, la legislación delegada, la jurisprudencia y la doctrina.

La idea fue que a partir de entonces se efectúe la tarea de ordenar, depurar y sistematizar todas las normas, con el auxilio de un sistema en funcionamiento que permite recuperar la información, indispensable para llevar a cabo un verdadero ordenamiento legislativo que pusiera fin a las derogaciones genéricas e implícitas, a las contradicciones y dudas sobre la aplicabilidad o no de una ley, etc., todo ello mediante el dictado de normas que aprueben los textos debidamente ordenados. Al mismo tiempo, dicho sistema posibilita a cualquier individuo el acceso a la información jurídica global, con métodos de búsqueda eficientes. El programa previó incorporar la información jurisprudencial y doctrinal como complemento de la información legislativa.

Con los problemas propios de los avatares políticos, tan característicos en nuestro país para impedir el desarrollo de cualquier emprendimiento serio, gracias a la capacidad y al esfuerzo de los funcionarios, técnicos y empleados que quedaron a cargo del entonces Sistema Nacional de Informática Jurídica -luego denominado Sistema Argentino de Informática Jurídica- pudo seguir adelante, hasta alcanzar actualmente una parte consi-

derable de los objetivos tenidos en cuenta cuando se aprobó el Programa. Restan tareas por completar y se debe mejorar en algunos aspectos, pero es un sistema que funciona y lo consultan diariamente muchos usuarios. Todo es perfectible, especialmente en informática, donde los progresos tecnológicos se dan en forma tan acelerada que obligan a encarar las adecuaciones de la misma manera. Además, la informática jurídica es una técnica de permanente perfeccionamiento y de crecimiento exponencial.

En la actualidad la base de datos del SAIJ contiene:

a) El texto completo de todas las leyes nacionales con contenido normativo, actualizadas desde el año 1853 hasta la fecha, en texto completo, y las leyes derogadas, sin eficacia y de alcance particular, con un sumario de su contenido. El número de leyes y decretos leyes asciende a 29.815. Como actualmente la capacidad de memoria ha dejado de constituir un problema, desde el 1º de enero del 2004 se incorporan a la base de datos todas las leyes con texto completo, sin excepción. Los textos de las leyes y decretos nacionales que se analizan, ordenan e ingresan a la base de datos son tomados directamente del Boletín Oficial de la Nación y actualizados diariamente.

b) El texto completo de 17.172 decretos nacionales vigentes con contenido normativo, dictados desde 1975 y todos los decretos reglamentarios de leyes vigentes. Los decretos generales, expresamente derogados a partir de 1991, se pueden consultar con su texto ordenado al momento de la derogación. A partir del 1º de enero de 2004 se incorporan a la Base de Datos todos los decretos normativos con texto completo, sin excepción. Los textos de los decretos nacionales también se analizan, ordenan e ingresan a la base de datos, son tomados del Boletín Oficial y actualizados diariamente.

c) El texto completo de 66.837 leyes provinciales vigentes, actualizadas por las provincias que integran la Red Nacional de Información Jurídica. De las leyes derogadas, sin eficacia o de alcance particular, se indican las referencias. Las leyes de la Provincia de Buenos Aires son incorporadas a la base de datos y actualizadas diariamente en forma local.

d) El texto completo de 1.736 decretos provinciales reglamentarios de leyes vigentes, y decretos de necesidad y urgencia, también provinciales, todos ordenados y actualizados, que proveen los organismos integrantes de la Red Nacional de Información Jurídica.

e) El texto de 4.757 artículos jurídicos publicados en las revistas especializadas de mayor circulación, y de trabajos preparados especialmente por autores e investigadores del derecho.

f) El texto de 10.184 dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, seleccionados por funcionarios de ese organismo.

g) El texto completo de 3.336 resoluciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos, publicadas en Boletín Oficial a partir del año 2001, debidamente ordenadas, actualizadas y con la incorporación de los textos históricos no vigentes de los artículos modificados.

h) Texto completo de 2.066 decisiones del Consejo y de resoluciones del Grupo del Mercado Común (MERCOSUR), dictadas desde 1991. En cada documento se indican las normas por las cuales cada país las internaliza.

i) 405.833 sumarios de jurisprudencia correspondientes a 217.362 fallos. La selección de los fallos dictados por tribunales nacionales, federales y provinciales y sus sumerios fueron hechos por funcionarios de las respectivas secretarías de jurisprudencia, sentencias de la Corte Suprema de Justicia, fallos plenarios y otros fallos especialmente elegidos por su importancia jurídica o su actualidad. Los más relevantes están en texto completo y de los restantes en sumarios, donde se resalta las doctrinas judiciales contenidas en las sentencias así como otros datos objetivos para su correcta individualización (carátula, fecha, tribunal, etc.). También se incorpora jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de las Cámaras Federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de las Cámaras de Apelación de la justicia nacional y de los Superiores Tribunales y Cámaras de Apelación de las provincias adheridas a la Red Nacional de Información Jurídica.

Los métodos de búsqueda son muy eficientes, porque permiten hacerlo tanto por palabras libres, cuanto por temas, o por referencias objetivas de todos los documentos almacenados en la base de datos, además de la descripción esquemática de las materias.

Para acceder a esta información existen formas alternativas de consulta. El servicio *on line* permite acceder a la base de datos desde cualquier lugar del país o del exterior, durante las 24 horas del día, vía Internet, desde la página Web del organismo, en la dirección: www.saij.jus.gov.ar También es posible acceder a la información en los puestos de consulta que existen en varios organismos. Los documentos jurídicos que resultan seleccionados se pueden entregar impresos o en soporte magnético. Otra manera de obtener la información es por teléfono o por correo electrónico (PRONTOSAIJ) para aquellos usuarios que no deseen o no puedan realizar la búsqueda en la base de datos por sí mismos o no pueden concurrir a un centro. En este caso, personal del organismo realiza la búsqueda a pedido

del usuario y remite la información vía correo electrónico. Existe la posibilidad de solicitar un dossier del tema consultado, que es un compendio de legislación, jurisprudencia y doctrina cuyo contenido documental se ajusta a las necesidades del usuario.

La instalación del SAIJ, constituyó una fase del Programa de Ordenamiento Legislativo aprobado por el ex Ministerio de Justicia de la Nación en 1980. Los objetivos del proyecto no terminaban con el ordenamiento de la legislación, ni con la instalación de un sistema de informática jurídica. Estos son pasos o instrumentos para una labor más importante, que es la consolidación de la legislación, *en cuanto ello sea posible*. Con el auxilio del SAIJ, se pueden analizar las normas que se superponen, las derogaciones genéricas y las tácitas, para que los legisladores y los demás órganos productores de normas, encaren *paulatinamente* una verdadera depuración legislativa. Esta debe ser una tarea que responda en cada caso a una decisión política del gobierno.

El SAIJ, como organismo dependiente del Poder Ejecutivo nacional, tiene una función informadora. Captura la legislación –en sentido lato–, la procesa y la incorpora a la base de datos para que todos tengan acceso a ella, con auxilio de diversos métodos de búsqueda eficientes y desarrollados.

§ 18. El Digesto Jurídico Argentino. Hace unos años, no se a quien se le ocurrió la idea de dictar un “digesto jurídico”, una especie de código general comprensivo de todo el derecho, cuya finalidad no sería ordenadora, sino legisladora. Esta idea fue acogida favorablemente por el Congreso Nacional y para ello dictó la ley 24.947 –que está vigente–, la cual merece varias e importantes objeciones. La primera es el absurdo que implica en la era de la informática preocuparnos en hacer un digesto jurídico, para encasillar las leyes por materia. Cualquiera abogado medianamente informado puede advertir que una de las dificultades mayores que presentó el ordenamiento de la legislación antes de que aparecieran las procesadoras de textos fue encasillar las normas por materia, pues hay muchas leyes que regulan temas que pueden corresponder a materias diferentes. Los digestsos jurídicos se justificaron cuando nos manejábamos con textos impresos, a los cuales solamente podíamos acceder por índices, también impresos, y siempre se planteó la dificultad apuntada. Pero hoy, con los sistemas informáticos, que permiten recuperar la información por palabras libres o por temas o en forma conceptual (*thesaurus*) y la capacidad para almacenar textos prácticamente no tiene límite, hacer un digesto jurídico resulta un despropósito. ¿Quién va a recurrir a encasillamientos y a índices, cuando tiene a su alcance métodos de búsqueda de información jurídica infinitamente más veloces, eficientes y seguros?

Pero, ésta es una observación práctica. El digesto pergeñado merece otra objeción mucho más importante, como es pretender que se dicte una ley comprensiva de todas las normas vigentes, de cualquier materia o tema. Sólo pensar en cómo y con quién hacerlo, es desconcertante. ¿Existe en nuestro país un conjunto de juristas, por inteligentes y talentosos que fueren, capaces de realizar esa tarea con los centenares de miles de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y demás normas que tratan los más diversos temas del derecho? ¿qué jurista que se precie de ser una persona seria, podría asumir la responsabilidad de una tarea semejante, aún cuando esté circunscripta a una disciplina jurídica? ¿quiénes van a revisar los proyectos que envíen los responsables del preparar el digesto para darles su aprobación antes de que se convierta en ley? ¿tiene el Congreso personal en las comisiones con capacidad y tiempo para esa tarea extraordinaria? Además, la producción normativa es dinámica, y cuando se termine de ordenar la documentación retrospectiva será necesario ir cotejándola permanentemente con la nueva. Pero, aquí no termina la cosa, para saber si una vez concluido el trabajo de ordenamiento está bien o mal hecho, los diputados y senadores deberían realizar el mismo trabajo que hicieron los responsables de prepararlo, salvo que pretendan que se apruebe la ley a libro cerrado, como ocurrió con el Código Civil, pero, está de más señalarlo, existe una diferencia bastante grande entre Dalmacio Velez Sarsfield y nuestros legisladores actuales.

Otra muestra de improvisación la tenemos en el artículo 15 de la ley 24.947, en cuanto establece que "con la ley de aprobación del Digesto Jurídico Argentino se entenderán derogadas todas las normas que no se hubieren incorporado al mismo hasta la fecha de la consolidación como legislación nacional general vigente y su respectiva reglamentación". Si tenemos en cuenta la magnitud del universo normativo, las deficiencias técnicas y metodológicas que caracterizan nuestra legislación, las delegaciones legislativas hechas al Poder Ejecutivo o a órganos inferiores, la existencia de decretos que legislaron sobre materias de competencia legislativa, de leyes que derogaron decretos, leyes cuyo contenido general nada tiene que ver con el tema regulado, derogar todo lo que no esté en el Digesto generaría una gran inseguridad para los derechos adquiridos al amparo de otras normas. Siempre se ha criticado que las leyes incluyan en su texto la expresión "queda derogada toda norma que se oponga a la presente". Pues bien, el Digesto Jurídico Argentino derogaría, no sólo toda norma que se le oponga, sino también las que no formen parte de él.

La ley 24.947 dispone que luego de efectuado el ordenamiento se deben reenumerar las leyes, precedidas por la letra del casillero en el cual estarían ubicadas (art. 13). Es difícil comprender semejante desatino. Quienes tu-

vieron esta “idea genial” no repararon en el efecto que produciría en toda la jurisprudencia y la doctrina existente cambiar el número de las leyes. A partir de ese momento todos deberíamos manejarnos con una tabla de conversión, para saber que cuando un fallo o un libro o un artículo menciona, por ejemplo, a la ley 19.549, en realidad lo está haciendo respecto de la ley “A 698.” ¿Qué provecho reportarían esas modificaciones?: indudablemente, ninguno, pero sí muchas complicaciones. Una prueba de lo desacertado que es modificar el número de las leyes ya sancionadas la tenemos en la ley de matrimonio civil, que se dictó pocos años después del Código Civil y nunca se incorporó para no modificar la numeración de los artículos de este último. Me pregunto: si a ningún país se le ocurrió algo semejante, ¿por qué a nosotros sí? Por fortuna este desatino, si no murió, en eso anda.

Resulta lamentable que en vez de aprovechar todo el trabajo realizado en el SAIJ, completar lo mucho que falta y perfeccionar los errores que se puedan verificar, el Estado haya gastado sumas millonarias de dinero en esta aventura, cuyos resultados están a la vista, pues si comparamos lo hecho por el SAIJ en un año y ocho meses, y lo que hicieron los responsables del Digesto Jurídico Argentino en los trece años que pasaron desde que se dictó la ley 24.947 –si bien los trabajos comenzaron tiempo después– advertiremos la diferencia que existe entre lo que se hace con seriedad y responsabilidad y lo que es producto de la improvisación y el oportunismo.

§ 19. ¿Cómo lograr que nuestro derecho sea conocible? ¿Cómo se puede solucionar este problema tan importante para alcanzar un grado óptimo de seguridad jurídica? ¿Cuál es la forma de conseguir que el derecho sea conocible? ¿Qué debe hacer el Estado para que los individuos puedan conocer el derecho?

Así como la imprenta reemplazó a los bandos, los libros a los pergaminos, las computadoras ya han reemplazado a los medios gráficos. Negar este fenómeno es desconocer la realidad. Existen innumerables ejemplos de negocios jurídicos que se manejan únicamente con archivos electrónicos. Todo el funcionamiento de los depósitos y de las cuentas bancarias, que representan el capital del mundo, está en archivos magnéticos. Los registros de la propiedad de muchos países, en donde están asentados los dominios de bienes inmensamente valiosos, son soportados por archivos magnéticos, la gran mayoría de los registros de los países desarrollados se llevan en archivos electrónicos. Nadie duda de la autenticidad de estos registros, ni tampoco a nadie se le va a ocurrir llevar una contabilidad paralela, manual y escrita, para el manejo de las cuentas bancarias, porque sospeche de la autenticidad, seguridad y certeza de los sistemas electróni-

cos. Pues bien, ¿cuál es la razón para no aplicar el mismo criterio con las normas jurídicas e introducirlas íntegramente en un archivo magnético que permita su recuperación inmediata y permanente? Así como están los ejemplares del Boletín Oficial para leer en ellos lo que se considera texto auténtico de una ley –si tiene la suerte de acceder a una colección completa–, o los libros de una edición oficial de normas, o las sentencias de los tribunales en repertorios, de la misma manera se deberían almacenar las normas y fallos en soportes magnéticos, sustitutivos de los medios gráficos, atribuyéndole por ley el mismo valor legal que éstos.

Si los archivos electrónicos son confiables prácticamente para todo, ¿por qué, no utilizarlos también para registrar las normas jurídicas y los fallos de los tribunales, y terminar así con la ficción de que el Boletín Oficial cumple con la finalidad de difundir el derecho? Actualmente el Boletín Oficial llega a los usuarios porque están suscriptos al diario. Pues bien, si estuvieran todas las normas en una base de datos oficial a la cual se le atribuyera autenticidad, quienes quisieran podrían seguir recibiendo diariamente la suscripción, y los demás podrían acceder a ella por Internet, como lo hace hoy la mayoría de los individuos con innumerables y diferentes tipos de información, entre los cuales están hasta los diarios de mayor tiraje de nuestro país. Obviamente, se debería reformar el art. 2 del Código Civil de la siguiente manera: "las normas jurídicas no son obligatorias sino después de su incorporación en los archivos magnéticos llevados por el Estado con carácter oficial, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su incorporación en dichos archivos. El Estado deberá asegurar la operación permanente de esos archivos y su acceso inmediato a todos los individuos que lo soliciten".

Como lo señalé, actualmente todos los abogados, jueces, funcionarios y demás interesados se manejan con colecciones o sistemas privados, sin valor oficial. Es un contrasentido que la difusión real del derecho esté a cargo de empresas privadas. Esta debe ser una tarea propia del Estado, un servicio público y no un negocio comercial. Claro está, que luego de la experiencia recogida en el Sistema Argentino de Informática Jurídica debo reconocer que sólo sería posible encarar una tarea como esta con seriedad y continuidad, si se entregara ese servicio en concesión.

Para impulsar la tarea antes indicada, el Poder Ejecutivo debería disponer, por decreto, que todos los organismos públicos productores de normas realicen idéntica tareas de ordenamiento, y remitan los textos normativos para incorporarlos a la base de datos oficial. Como actualmente existen otros sistemas oficiales de información, se los debería centralizar

y, por ley, obligar a todos los organismos públicos para que envíen al órgano encargado de llevar el archivo magnético todas las normas que dicten en el futuro, porque sólo después de su incorporación serían obligatorias. Una vez completada y revisada la base de datos que tiene el SAIJ, el Congreso debería dictar la ley pertinente para conferirle autenticidad a los textos almacenados en ella.

Lo mismo se debería hacer con la jurisprudencia. Los fallos que se publican en las revistas especializadas no son los que seleccionan los tribunales, sino los que consiguen las empresas editoras, a veces con bastante dificultad. En un estado republicano todas las sentencias deberían ser públicas, y cuando el caso revista mayor privacidad, no consignar los nombres de las partes. Pero, ningún tribunal debería impedir la publicidad de sus fallos. Por el contrario, tienen la obligación de hacerlo para exteriorizar lo que deciden y formar así la jurisprudencia. Para ello los tribunales se deberían encargar de redactar los sumarios –como lo hace la Corte Suprema de Casación de Italia–, sobre todo hoy, que las sentencias son extremada e innecesariamente largas. Resulta contradictorio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación obligue por acordada a que los abogados limiten la redacción de los recursos extraordinarios y las quejas, cuando sus sentencias se parecen más a artículos de doctrina que a fallos judiciales. Y esto, no atenta contra el deber de fundamentar los actos, sino a aliviar la tarea de quienes deben leerlos. Los jueces deberían seguir el consejo de Gracián: “más valen quitas esencias que farragos; lo bien dicho de dice presto.” (53)

Por último, quiero señalar algunas reflexiones. La primera, que mencioné varias veces en esta comunicación, es que así como la “conocibilidad” de las leyes –en sentido lato– no se logra con publicar sus textos, sino cuando se pueden recuperar razonablemente bien, la informática jurídica no consiste en almacenar información, sino en poder encontrarla en cualquier momento, de manera rápida y eficiente.

En la Argentina tenemos dos ventajas con respecto a otras legislaciones. Una, es que como somos un país joven, el punto de partida de la legislación está relativamente cerca (poco más de 150 años) y que al tener un sistema de derecho positivo los temas jurídicos tienen siempre una referencia numérica. Esto simplifica las cosas, a diferencia de lo que ocu-

(53) Cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación estaba integrada por nueve miembros, y existían disidencias o jueces que fundaban sus votos en forma individual, muchas veces resultaba engorroso saber cuál era en realidad lo que resolvía el fallo.

rre en Francia o en Italia, cuya legislación se remonta a varios siglos, o en Inglaterra o Estado Unidos, donde una parte importante del derecho es el producto de sentencias judiciales. Por eso la sistematización de las normas, fallos y demás datos jurídicos presenta menos dificultades que en otros países.

El espectro de los temas del derecho es limitado, y tiene diferente jerarquía. Estos temas, con algunas variantes, son permanentes. Lo que cambian son las normas, los fallos y la doctrina. El derecho regula la conducta humana y los hombres por lo general hacen las mismas cosas desde hace cientos de años. De ahí que para depurar, ordenar y sistematizar la legislación y la jurisprudencia se debe trabajar con la información previamente almacenada en la base de datos, simplificándola y reduciéndola todo lo posible. Esta es una tarea de investigación que luego debe ser aprobada por el legislador. Cuanto menor sea la información jurídica y esté más ordenada, será más accesible al conocimiento de los individuos. También es necesario trabajar con el estudio del lenguaje, las vinculaciones conceptuales y las referencias normativas, para contar con la mayor cantidad de canales de búsqueda. Así será posible tener una base de datos con la información jurídica global, de carácter oficial y auténtico, a la cual puedan acceder todos los habitantes en el momento que lo deseen. Con ello realmente podremos decir que nuestro derecho es *conocible*.

LA LIBERTAD DE EXPRESION EN EL PROCESO ELECTORAL

POR GREGORIO BADENI (*)

I. Uno de los estereotipos democráticos reside en admitir que la libertad de expresión, en general, y en particular la libertad de prensa como sinónimo del ejercicio de aquélla a través de los medios técnicos de comunicación social masiva, son factores indispensables para la tipificación de un sistema político constitucionalista cuya meta, única y final, es concretar la libertad, la dignidad y el progreso del ser humano.

Doctrinariamente, ya a mediados del siglo XX, las descripciones clásicas de los regímenes políticos basadas sustancialmente sobre los aspectos formales de la organización política global o sobre la estructura de los gobiernos, fueron sustituidas por nuevas tipologías donde el elemento fundamental para su caracterización subyace en el valor cultural que la sociedad, o el analista, le atribuye a la libertad. A una libertad responsable que se manifiesta de modo indivisible en los ámbitos político, económico y social. El concepto ontológico de la libertad, fue reflejado en un valor jurídico humanista sobre la base del cual se comenzó a practicar el análisis comparativo de los sistemas políticos. (1)

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 26 de mayo de 2011.

(1) KELSEN, Hans, "Teoría general del Estado", p. 408, Labor. Barcelona 1934; ARON, Raymond, "Democracia y totalitarismo", p. 32, Seix Barral, Barcelona, 1968; DUVERGER, Maurice, "Instituciones políticas y Derecho Constitucional", p. 113, Ariel, Barcelona, 1962; BURDEAU, Georges, "Traité de Science Politique", t. IV, p. 365, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949; SARTORI, Giovanni, "Aspectos de la democracia", p. 40, Limusa Wiley, México, 1965; Karl LOEWENSTEIN,

Aquel estereotipo que comenzó a expandirse a fines del siglo XVIII fue adoptado por nuestros constituyentes de 1853/60. Entre otros, mediante el texto y la interpretación asignados a los arts. 1º, 14, 32, 33, 68 y 83 de la Ley Fundamental. También fue invocado, con particular firmeza, en la sexta sesión ordinaria de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada de examinar la Constitución Federal. Realizada el 1º de mayo de 1860, tuvo como voceros calificados a Dalmacio Vélez Sarsfield, Bartolomé Mitre y Domingo Faustino Sarmiento.

A ese estereotipo acudieron los constituyentes de 1994 al insertar el art. 43 de la Constitución, y los legisladores que reglamentaron su cláusula pertinente en el art. 1º de la ley 25.326 (Adla, LX-E, 5426) que excluye la acción de hábeas data respecto de la base de datos y las fuentes de información periodística. Otro tanto cuando incluyeron una serie de convenciones internacionales sobre derechos humanos en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. Particularmente, el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250) que prohíbe categóricamente todo tipo de censura y veda, tanto a gobernantes como a gobernados, las acciones y omisiones que restringen el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa, artística, o por cualquier otro procedimiento de difusión. (2) La Convención no permite la censura y sólo autoriza imponer responsabilidades ulteriores fijadas por ley y necesarias para asegurar la reputación y derechos de las personas, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

Hoy día se acepta, al menos teóricamente, que sin esa amplia libertad institucional y estratégica no puede manifestarse plenamente un sistema democrático constitucional. Sistema que muchos añoran y pocos practican con fidelidad a sus valores humanistas. Especie del género justamente ponderado con la prosa más deslumbrante (3) y

“Teoría de la Constitución”, p. 78, Ariel, Barcelona, 1964; Segundo V. LINARES QUINTANA, “Sistemas de partidos y sistemas políticos”, p. 609, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976. Podríamos integrar la cita con innumerables autores como Karl Deutsch, Jean Blondel, Robert Dahl, Bernard Schwartz, y particularmente, Samuel Huntington.

(2) Incluyendo la Internet, conforme al análisis de la Suprema Corte de los Estados Unidos (caso “Reno”, 521 US 844) y al art. 1º de la ley 26.023.

(3) ECHEVERRÍA, Esteban, “Dogma Socialista”, p. 165, Universidad Nacional de La Plata, 1940; ALBERDI, Juan Bautista, “Obras Selectas”, t. XVII, pp. 115 y 230; SARMIENTO, Domingo Faustino, “Obras”, t. 46, p. 22; Alfredo PALACIOS, “El delito de opinión y la tradición argentina”, p. 163, Buenos Aires

descripto con la inclemencia realista de quien hurga en la naturaleza humana. (4)

En síntesis, se admite que sin aquella libertad se diluye la democracia constitucional, y que toda restricción o prohibición impuesta al derecho de expresar o no expresar el pensamiento, además de lesionar un derecho subjetivo esencial para el logro de la dignidad y progreso, es el ariete más eficaz para abrir la senda que conduce a la antesala del autoritarismo.

Se trata de una idea política dominante en algunas sociedades que adoptaron un estilo de vida democrático imbuido de tolerancia, respeto, comprensión y un nivel destacable de cultura cívica. También en las sociedades que transitan con firmeza hacia esa vida democrática. La proclaman los políticos y los periodistas, jueces y abogados, empresarios y sindicalistas, ministros y presidentes, oficialistas y opositores, patronos y obreros, docentes y estudiantes. Sin embargo el estereotipo suele ser irracional en algunos sistemas políticos. La intolerancia lo desarticula mediante la invocación de razones sociales o morales que justificarían las restricciones, y hasta la absoluta negación de la libertad de expresarse plenamente. Encubren concepciones autocráticas o paternalistas que pretenden masificar a los individuos con la pueril esperanza de forjar el pensamiento único sobre determinadas cuestiones sensibles para sus intereses sectoriales.

II. Una de las áreas en las cuales se verifica la producción de semejante fenómeno es el proceso electoral. A las restricciones impuestas hace décadas por el legislador y convalidadas por los fallos judiciales, se añade una suerte de estructura orgánica resultante de la ley 26.571 sancionada

1939; SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, "Manual de Derecho Constitucional", p. 119, Kapelusz, Buenos Aires 1958; LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", t. IV, p. 30, Plus Ultra, Buenos Aires, 1977/1988, 2ª edición; Bartolomé Luis Mitre, Diario La Nación, 25 de agosto de 1995; ESTRADA, José Manuel, "Curso de Derecho Constitucional", t. I, p. 15, Buenos Aires, 1927; MASSUH, Víctor, "Cara y contracara", p. 93, Emecé, Buenos Aires, 1999; caso "Sojo", Fallos C.S. 32:120.

(4) MALINOWSKI, Bronislaw, "Libertad y civilización", p. 36, Buenos Aires, 1948; FROMM, Erich, "El miedo a la libertad", p. 27, Paidós, Buenos Aires, 2006; RIO, Manuel, "La libertad", p. 20, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969; INGENIEROS, José, "La escuela de la libertad", en "Antología", p. 353, Losada, Buenos Aires, 2003; LUQUI, Roberto, "El orden y la seguridad como valores del derecho", p. 20, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, mayo de 2008; DAHL, Robert, "La igualdad política", p. 15, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.

el 2 de diciembre de 2009 (Adla, LXX-A, 99) bajo el ampuloso rótulo de “ley de democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral”. Ley que, al margen de incorporar ciertas normas oscuras e inequitativas en materia electoral, colisiona con los principios y valores que demandan una amplia libertad de expresión para el civismo democrático.

La actividad proselitista de las agrupaciones políticas, de sus integrantes y partidarios no comienza con la campaña electoral ni concluye con los comicios. La conquista, conservación y control del poder son facetas de la vida política que se traducen en actos que son objeto de una constante propaganda y publicidad. Propaganda para permitir el conocimiento de las ideas, proyectos, críticas y soluciones que ofrecen los protagonistas políticos a la ciudadanía. Publicidad para su más amplia divulgación. Claro está que la intensidad de la propaganda y publicidad varía en función de los recursos disponibles, hechos y tiempos políticos a fin de optimizar sus efectos.

Tal propaganda y publicidad políticas se concretan mediante el ejercicio de la libertad de expresión, especialmente en los medios de prensa, sin estar sujeta a restricciones incompatibles con su esencia democrática. (5) Sólo pesa sobre ella el riesgo que traen aparejadas las responsabilidades ulteriores por las lesiones que pueda producir su ejercicio abusivo. La tutela a la libertad de expresión en materia política es similar a la dispensada a aquella que recae sobre otras áreas. Inclusive, suele ser mayor debido a su carácter institucional. La publicidad política no descalifica a la libertad de expresión. Ella es necesaria para aportar información política a los consumidores cívicos, así como la publicidad comercial es vital para los consumidores de bienes y servicios. (6)

Sin embargo, sugestivamente, las restricciones que se imponen a la libertad política de expresión se admiten sin mayores reparos constitucionales cuando nos introducimos en el proceso electoral o, más propiamente, en la campaña electoral. ¿Por qué?, pues porque sería necesario forjar un “espacio óptimo de reflexión que todo elector debe tener antes de emitir su

(5) Las restricciones que sobre el particular establece la ley 26.215 de financiamiento de los partidos políticos (Adla, LXVII-A, 168), son fácilmente soslayados invocando la necesidad de educar al ciudadano sobre las cuestiones políticas. No habría propaganda ni publicidad, sino educación cívica.

(6) Es una especie de la libertad de expresión que merece la amplia tutela constitucional. Así lo tiene resuelto la Suprema Corte de los Estados Unidos (casos “Ohralik” 436 US 447; “Bigelow” 421 US 809; “Bates” 433 US 350; “Liquor-mart” 517 US 484; “Lorillard Tobacco” 533 US 525; “Thompson” 535 US 357).

voto”; porque debemos preservar la “reflexión y sosiego del elector”; evitar la desnaturalización de la “pureza del sufragio”; porque una “breve censura” a la libertad de expresión política fortalece las instituciones al garantizar la “tranquilidad pública” e impedir una “influencia indebida sobre el electorado” de aquellas propaganda y publicidad; porque debemos resguardar la igualdad de las fuerzas electorales. Son argumentos que presentan un fuerte matiz paternalista, que quizás ocultan cierta cuota de miedo a los efectos que puede producir la libertad política. Fundamentos extraños al articulado de la Constitución y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que han sido aceptados por el legislador, por nuestra doctrina jurisprudencial, (7) y que son demandados por la dirigencia política, aunque no necesariamente por la ciudadanía.

III. El art. 64 bis del Código Electoral define la campaña electoral como el conjunto de actividades desarrolladas por las agrupaciones políticas, sus candidatos o terceros mediante actos de movilización, difusión, publicidad, consulta de opinión, presentación de planes y proyectos, y debates para captar la voluntad del electorado. Excluye las actividades académicas, conferencias y simposios aunque, implícita o explícitamente, respondan a la finalidad de una campaña electoral. (8)

La campaña electoral, que abarca la publicidad y propaganda políticas que se realizan de modo constante, es la que se inicia 35 días antes de la fecha de los comicios y concluye 48 horas antes de su inicio.

La citada norma prohíbe realizar campañas electorales fuera de dicho lapso. Sin embargo, es de improbable cumplimiento porque colisiona con la realidad, con los usos y costumbres electorales. En efecto, con frecuencia las agrupaciones políticas, algunos de sus dirigentes y funcionarios del órgano ejecutivo gubernamental realizan la publicidad y propaganda políticas de manera casi permanente, tanto antes como durante la campaña electoral.

Se podrá alegar que antes de esos 35 días no estarían definidos los candidatos ni la participación de las agrupaciones en los próximos comicios, pero esta aseveración no se compadece con la realidad. Además, la propia ley (art. 60) dispone que hasta 50 días antes de las elecciones las agrupa-

(7) Fallos C.S. 328:1825.

(8) Es poco probable que el candidato que participe de una actividad académica, que participe en un simposio o brinde una conferencia no emita una publicidad o propague sus planes e ideas. Compartimos la exclusión legal, pero ella no es congruente con el resto de su texto.

ciones políticas deberán registrar sus listas de candidatos ante la justicia electoral. Agrupaciones y candidatos que, conforme al art. 64 bis deben abstenerse de acudir a la publicidad y propaganda durante 15 días, pese a tener definidos sus candidatos, prohibición que tampoco se cumple en la práctica política.

Hay más. El art. 64 prohíbe, antes de los 25 días previos a los comicios, emitir avisos publicitarios por medios radiales, televisivos y gráficos para promover la captación del sufragio. Bien sabemos que ese objetivo se puede alcanzar sin necesidad de acudir formalmente a un “aviso publicitario”. La participación en programas radiales o televisivos, o en entrevistas concretadas por los medios gráficos, pueden conformar avisos publicitarios encubiertos fomentados legítimamente por los protagonistas del proceso electoral, o por los medios de prensa, o algunos periodistas para que ciertas agrupaciones o candidatos procuren la captación de ese sufragio.

El art. 64 ter añade que la prohibición comprende para esos medios de prensa a la propaganda paga, y que ella se extiende a la Internet, (9) a la telefonía móvil y fija, publicidad estática de espectáculos deportivos o de cualquier otra naturaleza. ¿Queda al margen la propaganda gratuita y aquella que desarrolla elípticamente el Poder Ejecutivo y ciertos grupos de presión en esos eventos deportivos, seudo culturales o de connotación social?

Conforme al esquema legal: 1) 50 días antes de las elecciones se deberán conocer los protagonistas electorales; 2) la publicidad y propaganda políticas sólo se puede realizar 35 días antes de los comicios; 3) pero esa publicidad y propaganda no podrá concretarse a través de avisos en los medios clásicos de prensa, de la Internet y restantes instrumentos citados en el párrafo anterior hasta que nos encontremos en el día 25 antes del acto electoral. Entendemos que el esquema es vulnerable y que aquellos protagonistas procurarán eludirlo.

El art. 64 quáter del Código Electoral establece que, durante la campaña electoral (35 días antes de los comicios), el gobierno (10) no podrá publi-

(9) La publicidad y propaganda a través de Internet también es improbable que pueda ser controlada, incluso en el curso del comicio. Pueden ser datos registrados con anterioridad o proyectados por los “blogs”, “twitters”, “facebook”, entre muchos otros.

(10) La ley alude al gobierno que, conforme a nuestra Constitución, está integrado por los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Probablemente los autores de la norma se refirieron a los actos del Poder Ejecutivo o de las agrupaciones políticas oficialistas que suelen tener facilitado el acceso directo a las arcas estatales.

citar actos que promuevan expresamente la captación del sufragio a favor de algún o algunos candidatos. Limitación fácilmente superable por vías indirectas. Por otra parte, durante los 15 días anteriores a la celebración de las elecciones primarias, abiertas y simultáneas, el gobierno no podrá realizar inauguraciones de obras públicas promover planes o proyectos de alcance colectivo, ni realizar actos gubernamentales destinados a la captación del sufragio. Pero nada dice sobre qué acontecerá después de la celebración de las primarias y hasta el comienzo de los 35 días anteriores al comicio. Por otra parte, toda la publicidad y propaganda estáticas realizadas con anterioridad, y respondiendo a igual objetivo, proseguirán cumpliendo esa finalidad de captación.

A estas limitaciones a la libertad de expresión, se añaden las impuestas por la ley 25.610 de 2002 (Adla, LXII-C, 2899). El art. 71 del Código Electoral prohíbe difundir encuestas y sondeos preelectorales desde 48 horas antes del comicio y hasta su cierre. En cuanto a las encuestas y sondeos sobre el resultado del acto electoral, la prohibición se extiende hasta 3 horas después del cierre del comicio. Se trata de otro límite prácticamente incontrolable. Ya sea por obra de Internet y de las emisiones radiales o televisivas extranjeras. Otro tanto porque los primeros en desconocerlos son, precisamente, las agrupaciones políticas y sus candidatos dando a conocer públicamente las encuestas o sondeos que ellas afirman realizar antes de la conclusión de los comicios.

Aquí se advierte la preocupación que suscitan entre los dirigentes políticos las encuestas y sondeos de opinión. Las aceptan como una suerte de augurios infalibles tal como acontecía con los emitidos por los sacerdotes en Roma. Estos interpretaban la voluntad de los dioses conformando un órgano oficial. Con las encuestas y sondeos, los consultores serían los sacerdotes modernos infalibles que interpretan la voluntad del pueblo.

Se argumenta que las encuestas y sondeos de opinión perturban la libre decisión de los ciudadanos; la reflexión y sosiego del elector, la pureza del sufragio, la tranquilidad pública y otras consideraciones similares. Valores cuya tutela requiere cercenar el derecho a informar y el derecho a la información. Respetamos, aunque no compartimos tales razonamientos. Importan un preconceito negativo sobre la aptitud de los ciudadanos para adoptar una decisión política fundamental, cual es la de seleccionar a sus representantes, así como también sobre su grado de cultura cívica. Además, y tal como lo destacamos, colisionan con los preceptos constitucionales y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No aceptamos que la plena vigencia de la libertad política se obtenga restringiendo esa libertad mediante el desconocimiento del derecho a la información, incluso limitada en el tiempo y sobre la materia.

El 7 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia desestimó el planteo de inconstitucionalidad formulado por la Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas respecto del art. 5º de la ley 268 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Al declarar la validez de esa norma el Alto Tribunal, implícitamente, hizo lo propio con el art. 71, incs. f) y h) de la ley nacional 25.610. (11)

La Corte Suprema, en el caso “ATA y ARPA”, admitió la censura impuesta a los medios de prensa por la legislación local y nacional. Restringió, por un lapso de 61 horas, el derecho de informar de los periodistas y el derecho a la información de los ciudadanos sobre un tema de relevante interés institucional.

Las normas cuestionadas presentan dos aspectos. El primero, consiste en prohibir a los medios de prensa publicar y difundir publicidad política, así como también encuestas y sondeos de opinión preelectorales desde las 48 horas anteriores a la iniciación de los comicios y hasta su cierre. El segundo reside en mantener esa prohibición para las encuestas y proyecciones electorales hasta 3 horas después de su conclusión.

Ellas, mediante la censura, prohíben el ejercicio de la libertad de prensa sobre materias determinadas y durante un lapso fijo, porque esa libertad entraría en conflicto con otros valores sin que resulte viable la armonización. Tal circunstancia, determina que se otorgue preferencia a esos valores. Pero, ¿cuáles son esos valores?

En cuanto a la prohibición de publicar encuestas y sondeos preelectorales el bien jurídico preferente sería un *“espacio óptimo de reflexión que todo elector debe tener antes de emitir su voto”* (Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay). La preservación de la *“reflexión”* y *“sosiego”* del elector (votos de Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Petracchi y Belluscio) permitiría la libre expresión del voto por los ciudadanos evitando la desarticulación de la *“pureza del sufragio”*.

Ninguno de tales valores está enunciado por el art. 13, incs. 4º y 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin que quepa sostener, sobre la base de constancias precisas, que la publicación de las encuestas preelectorales afecte la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas (art. 13, inc. 2º). Si, como admiten los magistrados, tales encuestas son conocidas por los ciudadanos 48 horas antes de los comicios, ¿cuál es el reparo para que ese conocimiento, enriquecido con nuevos datos, se pueda suministrar con posterioridad a ese límite? ¿Acaso, no será

(11) Fallos CS 328:1825.

más transparente el proceso electoral y más precisa la voluntad del votante si conoce tales datos? En definitiva, el conocimiento de tales datos no hace más que brindar elementos informativos al votante que fortalecen la “pureza del sufragio”.

Mal se puede avalar esa prohibición destacando que la legislación electoral impone otras restricciones. En el voto de la mayoría, y de los jueces Fayt y Maqueda, se alude a las limitaciones “a la libertad de contratar y de usar y gozar de la propiedad, restricción a la financiación de los partidos políticos, a la extensión de la campaña electoral, prohibición de organizar y practicar juegos de azar, de vender bebidas alcohólicas; a la libertad de expresión vedada de declaraciones proselitistas de los candidatos durante un cierto tiempo, prohibición de entrega de boletas de sufragio; al derecho de reunión, prohibición de mitines, espectáculos públicos, eventos deportivos, etc.” No es ésta la oportunidad para analizar la razonabilidad de tales restricciones, pero ¿qué tienen que ver con la libertad de prensa? No existe relación alguna porque las encuestas y sondeos de opinión no son actos de propaganda ni de proselitismo. Son informaciones objetivas que coadyuvan a que el elector pueda formarse una opinión más sólida sobre el destino de su voto.

El temor de la dirigencia política reside en que la difusión de tales encuestas pueda modificar el destino que los electores pensaban asignar a sus votos. En otras palabras, dan preferencia a la ignorancia en desmedro de la libertad.

¿Podemos sostener seriamente que la publicación de las encuestas preelectorales afecta la “reflexión” y “sosiego” del elector? Si advertimos las actividades que despliega la inmensa mayoría de los electores el día de los comicios, y durante el lapso anterior, comprobaremos el carácter dogmático de aquella afirmación.

Es que, tal como lo destacan los jueces Petracchi y Belluscio, citando a Geoffrey Stone, la desconfianza que inspiran tales restricciones obedecen a tres razones: “a) esas restricciones distorsionan el debate público; b) los funcionarios tienden a prohibir, a través de ellas, expresiones que consideran poco valiosas o perjudiciales; c) son restricciones inspiradas en el miedo al impacto comunicativo de la expresión prohibida: los funcionarios no creen que los ciudadanos expuestos a determinadas expresiones, puedan hacer las opciones que las autoridades consideran correctas. También el gobierno teme que la expresión que se prohíbe pueda provocar la respuesta de una audiencia hostil. Advierte el autor citado que en todas estas posturas subyace un fuerte e intolerante paternalismo”.

La reflexión es acertada porque, en definitiva, la prohibición apunta a disipar el temor de los funcionarios gubernamentales, de los partidos políticos y de los candidatos por la publicación de las encuestas y no a tutelar la “reflexión” y “sosiego” de los electores.

Los jueces sostuvieron un argumento adicional: la vigencia de la prohibición es tan breve que no llega a configurar una grave lesión para la libertad de prensa. Este razonamiento conduce a sostener que la censura, si es breve, resulta lícita y que solamente sería inviable una censura “*prolongada en el tiempo*”. Esta conclusión se enrola en la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia en el caso “*Diario La Nueva Provincia*” (12) cuando confirmó la validez de la norma que prohíbe la publicación de diarios el día 7 de noviembre (día del “canillita”) porque “*la mera comprobación de que en un determinado día del año no puedan lanzar a la venta pública las ediciones en cuestión no es un elemento suficiente que permita determinar por sí sólo si en el caso ha existido una restricción ilegítima a la libertad de prensa*”. En esa oportunidad, la accionante solamente cuestionaba la prohibición de publicar, sin pretender que la distribución y venta de los ejemplares del diario fuera realizada por los distribuidores y “*canillitas*”.

Entendemos, conforme al art. 14 de la Constitución federal y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que resulta inadmisibles otorgar validez a la “*censura breve*”. Es una cuña que quiebra la solidez de una garantía constitucional.

Con respecto a la prohibición de publicar encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección durante la realización del comicio y hasta 3 horas después de su cierre, el bien jurídico protegido sería “*la tranquilidad pública*” procurando “*evitar la influencia indebida en el electorado*” (voto de la mayoría y de Zaffaroni). Al margen de que la “*tranquilidad*” pública no está contemplada por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se advierte cuál sería esa influencia “*indebida*”. Aparentemente, privar al ciudadano de información es una influencia “*debida*” y ofrecerle esa información es “*indebido*”.

Los jueces Petracchi y Belluscio, en su disidencia parcial, consideraron que carecía de validez la prohibición de informar en el lapso de las 3 horas posteriores a la conclusión de los comicios. El fundamento de preservar la tranquilidad social resulta inconsistente porque “*se advierte fácilmente que esas prevenciones dan por cierto e inmodificable un comportamiento infantil en la población, la que, a pesar de las veces en que las predicciones de los especialistas han fallado, daría por indubitable lo que no es más que un*

(12) Fallos, 316:1768.

pronóstico y se libraría a no se sabe qué clase de excesos”, y que “Acertados o erróneos, los datos que las encuestadoras suministran deben ser juzgados por la gente por lo que son, es decir, pronósticos de cómo las personas han votado”, porque “no parece compatible con una vida republicana y democrática, según la cual sólo al pueblo corresponde discernir los méritos de la información que se le ofrece, sin que pueda vedársele el acceso a aquélla con la excusa que puede cometer errores”.

Esta argumentación sería perfectamente aplicable a todo el alcance de las normas cuestionadas.

Algunas de las elucubraciones expuestas por los ministros de la Corte para avalar la censura de los medios de prensa nos producen cierto desconcierto.

Así, para el juez Zaffaroni, mediante la restricción *“no sólo se intenta preservar el bien jurídico de la tranquilidad pública, sino también ... se intenta evitar que los datos de las empresas encuestadoras compitan con el escrutinio oficial”*, y que el reclamo de los accionantes *“pareciera coincide más con las necesidades mediáticas vinculadas con la competencia entre distintos medios de comunicación y la lógica mercantil que con la necesidad por parte de la sociedad del conocimiento inmediato de los resultados electorales la cual no se ve afectada”*. En rigor, los encuestadores no pretenden competir con el *“escrutinio oficial”* sino de aproximarse lo más posible. Tampoco los medios de prensa compiten entre sí por los datos de las encuestas. Las empresas encuestadoras, que prestan servicios en las más diversas áreas, tienen por objeto, ajustándose a rigurosos criterios técnicos y metodológicos, determinar las alternativas posibles y las hipótesis más factibles, admitiendo un relativo margen de error. Margen que por ser conocido por los ciudadanos, les impide competir seriamente con el *“escrutinio oficial”*. El ciudadano sabe que debe aguardar la producción de este último para tener certeza pero, mientras tanto, su razonable ansiedad, lo impulsa a querer conocer el probable resultado. ¿Ese deseo, puede ser calificado de indebido o ilícito?

En cuanto a la competencia entre los medios radiales y televisivos durante los comicios, no está determinada por las encuestas sino por el contenido del programa que difunden. La emisión de tales programas no responde a una necesidad forjada artificialmente, sino a una real demanda o requerimiento de la población. Si la noticia del día son los comicios, es razonable que concreten su información sobre los datos referentes al mismo que no se limitan a las encuestas. Entrevistas, imágenes, opiniones, críticas y comentarios sobre los hechos que se producen en el curso de los comicios, integran esos programas junto con los datos sobre los presuntos

resultados electorales que suministran los partidos políticos que participan en el proceso electoral, y también las encuestas. ¿Qué tiene de negativo esa competencia con la cual se procura satisfacer nuestro derecho a la información? ¿Existiría esa competencia si los ciudadanos permanecieran indiferentes? ¿A qué finalidad responde ese argumento del juez Zaffaroni? ¿Acaso, pretende descalificar a la competencia y la “lógica mercantil” por ser factores perversos que perturban el proceso electoral? De ser así, ¿cómo explica que millones de personas, aunque no en forma continua, presencian tales programas? Porque, claro está, de no existir esa intensa demanda informativa no existirían tales programas a menos que, con una visión distante de la realidad, se pretenda sostener que son los programas radiales y televisivos los que despiertan el interés de la ciudadanía por conocer el resultado de los comicios.

Nuestra perplejidad se extiende sobre por qué los jueces de la Corte, para fundamentar su fallo, citaron el precedente “Burson v. Freeman” de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (504 US 191). Precedente que no se refiere a la limitación de la libertad de prensa, sino a la libertad de expresión, y que de haber seguido su línea jurisprudencial, nuestra Corte debió declarar la invalidez de las normas cuestionadas.

En “*Burson v. Freeman*” el tema de debate no fueron las encuestas ni la libertad de prensa, sino el alcance de la doctrina del “*public forum*” respecto de la libertad de expresión durante los comicios. Esta doctrina alude al derecho a ejercer la libertad de expresión en lugares públicos, y la potestad del gobierno para disponer su reglamentación por razones de tiempo, lugar o contenido.

Una ley del Estado de Tennessee prohibía distribuir propaganda electoral y requerir a los electores que se pronunciaran por determinado candidato a una distancia menor de 100 pies del lugar de votación. Se trataba de una limitación a la libertad de expresión —no de prensa— impuesta en un espacio público por razones de lugar y contenido, con el propósito de evitar la intimidación a los votantes y el fraude electoral. Así, para la mayoría (13) la norma era válida porque se había acreditado debidamente que, dentro del espacio de los 100 pies, tales conductas eran idóneas para producir los efectos previstos en la ley. Para la minoría, (14) en cambio, la garantía del voto secreto era suficiente para

(13) La mayoría estuvo integrada por los jueces Harry Blackmun, William Rehnquist, Byron White, Anthony Kennedy y Antonin Scalia, aunque este último consideró que la limitación no se aplicaba sobre un espacio público.

(14) La minoría estuvo compuesta por los jueces John Stevens, Sandra O’Connor y David Souter.

disipar toda intimidación a los electores y que, además, aquella decisión no resultaba coherente con lo resuelto por la Corte en el caso “*Mills v. Alabama*” (384 US 214). Se declaró la invalidez de una ley que prohibía publicar notas de carácter político electoral el día de los comicios.

Una cosa es vedar la propaganda electoral en una zona cercana al lugar donde se concretan los comicios y otra, muy diferente, es prohibir que se difundan desde 48 horas antes de la elección y hasta 3 horas de haber concluido. En el primer caso, hay una limitación territorial para ejercer la libertad de expresión, aunque no de prensa; en el segundo, hay una prohibición absoluta de ejercer la libertad de prensa en todo el territorio del país y durante 61 horas.

En el voto de los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay, para justificar la razonabilidad de la prohibición de emitir encuestas “boca de urna” hasta 3 horas de haber concluido los comicios, sostuvieron que: “*Si bien el horario de cierre del acto comicial tiene lugar a las dieciocho horas, es muy probable que algunos electores todavía estén votando si antes de ese horario llegaron a la mesa receptora, por lo que, finalizado el comicio, todavía existe un interés estatal en preservar la tranquilidad del acto electoral ... y sobre todo que éste no sea perturbado o influenciado con informaciones no definitivas que de alguna forma pueden llegar a quienes están votando*”. ¿Justifica este argumento cercenar el derecho a la información de millones de personas que desean conocer los resultados de las encuestas, estando fuera del lugar de los comicios? Acaso, ¿a las 18 horas, y en ese lugar, comienzan a funcionar decenas de radios y aparatos de televisión? ¿No sería más razonable disponer que, en esos lugares, no puedan funcionar aparatos de radio y televisión?

El ejemplo que citan esos jueces, con referencia a la elección de Ronald Reagan en 1980, en la Argentina es utópico. En los Estados Unidos, la diferencia del huso horario entre el este y el oeste, determina que los comicios concluyan en el segundo 3 horas después que en la costa del este. De manera que, al emitir su voto, muchos electores puedan conocer con anticipación los resultados de “*boca de urna*” en esta última zona. Tal circunstancia habría determinado que, como esas encuestas proclamaban vencedor a Reagan, muchos electores del oeste se habrían abstenido de votar. Se trata de una simple hipótesis expuesta por algunos investigadores que no sabemos cómo gravitó sobre el resultado electoral. Pero, de todas maneras, no es aplicable en la Argentina donde hay un sólo uso horario y, además, el voto es obligatorio.

La ley de financiamiento de los partidos políticos (ley 26.215 —Adla, LXVII-A, 168—), con las reformas introducidas por la ley 26.571, amplió los límites resultantes del art. 71 del Código Electoral. Su art. 44 quáter prohí-

be a todos los medios de prensa publicar los resultados de las encuestas, sondeos de opinión o pronósticos electorales desde 8 días antes de las elecciones. La prohibición, con cierta cuota de ingenuidad incluye a la Internet. Ingenuidad que, claro está, no será tal si prohibimos o cercenamos técnicamente las expresiones contenidas en Internet, tal como acontece en China y como, recientemente, se procuró realizar en Egipto para defender la “tranquilidad pública”.

Por otra parte, el art. 44 ter establece que sólo pueden publicarse, durante la campaña electoral, los augurios emitidos por aquellas consultoras que se inscriban en un registro que organizará la Cámara Nacional Electoral. Durante la campaña electoral, para dar a conocer su información, tales consultores deben denunciar ante la Cámara el detalle técnico sobre la metodología científica que utilizan (su “*know how*”). En otras palabras, explicar cómo obtienen los resultados que dan a conocer describiendo las técnicas novedosas que pudieron haber implementado y que constituyen un valor agregado del servicio de una consultora. El informe que deben presentar las consultoras no es reservado y sujeto a confidencialidad. La ley dispone que debe ser publicado en un sitio web oficial de la justicia nacional para su público conocimiento.

A estas restricciones a la libertad de expresión, se añade una sumamente riesgosa impuesta por la ley 26.571 en la reforma que introdujo a la normativa que regula el financiamiento de los partidos políticos. Dispone que la difusión de mensajes de campaña en las emisoras radiales y televisivas no puede ser contratada por las agrupaciones políticas ni sus candidatos. Solamente el Ministerio del Interior puede distribuir los espacios de publicidad electoral, quedando prohibido a las empresas radiales y televisivas emitir esa publicidad si no está autorizada y distribuida por el Ministerio del Interior (art. 43). La medida no alcanza a los medios gráficos y tampoco se menciona a la Internet.

La distribución monopólica por el Poder Ejecutivo de los espacios de publicidad y la autorización que confiere respecto del contenido de las emisiones configura una clara manifestación de la censura previa.

No obsta a esa conclusión el art. 43 quáter de la ley, ni el art. 74 de la ley 26.522. Este último obliga a los medios radiales y televisivos a ceder un espacio de su programación para fines electorales que, el primero, fija en el 10% del total de la programación. Los espacios, gratuitos claro está, los distribuye el Poder Ejecutivo. El 50% entre todas las agrupaciones políticas por partes iguales, y el 50% restante, en forma proporcional a los votos que obtuvo cada una de ellas en la última elección para diputados nacionales. La publicidad asignada a una agrupación no puede ser transferida a otras.

Si bien el art. 43 septies regula técnicas que buscan imponer la equidad en aquella distribución, su ejecución por el órgano ejecutivo puede deteriorar ese propósito. Más razonable sería que esa potestad quedara concentrada en la Cámara Nacional Electoral cuya independencia y probidad es ampliamente reconocida.

Consideramos que las restricciones temporales de contenidos y de especie impuestos a la libertad de expresión durante la campaña electoral, que limitan el derecho a la información plena de los ciudadanos, son producto del miedo a la libertad que a veces alberga en la dirigencia política, sin advertir que si no se desarticula ese temor estamos consolidando la figura del hombre mediocre que describiera José Ingenieros. De un ser irresponsable porque otro decide por él, prefiriendo la sumisión a ser dueño de su propio destino. Se dirá que esas restricciones, en mayor o menor grado, rigen en el marco de los sistemas electorales contemporáneos europeos que nutren a sus democracias constitucionales. Es cierto, como también es cierto que tales restricciones no se presentan en los Estados Unidos debido al valor sublime que se le reconoce a la libertad de expresión, y en particular, a la libertad de prensa.

En materia electoral, consideramos preferible el criterio vigente en los Estados Unidos. (15) No sólo por la protección que dispensa al derecho a informar, al derecho a la información, en síntesis a la libertad de expresión, sino también porque es el que mejor se adecua a una interpretación sistemática, teleológica y progresista de nuestro texto constitucional, y del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Creemos que las restricciones impuestas por las normas que hemos citado, se cumplen parcialmente en la práctica, que son objeto de innumerables e inevitables violaciones, generadores de privilegios y de corrupción política. Realidad que trae aparejado el desprestigio de la ley, y por añadidura, del propio Estado de Derecho.

Pero debemos aceptar que tales restricciones responden a la idea dominante en nuestra dirigencia política, en nuestra doctrina jurisprudencial y en la mayoría de nuestros analistas políticos. Quizá, porque esa idea es la que mejor se compadece con el grado de cultura cívica imperante en nuestro sistema político. Es una inquietud, traducida en un interrogante, que bien merecería un análisis científico basado en los enfoques sociológicos, psicológico social y del comportamiento político.

(15) Recientemente, el 2 de marzo de 2011, la Suprema Corte tuvo oportunidad de reiterar el amplio reconocimiento que disfruta la libertad de expresión por razones de lugar y contenido de su ejercicio, aunque sobre una materia extraña a la electoral (caso "Snyder v. Phelps").

LA EFICACIA DE LA SENTENCIA DICTADA EN UN PROCESO FAMILIAR

POR AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

La función del Derecho es realizarse. Lo que no es realizable nunca podrá ser Derecho (1).

El Derecho se realiza mediante su eficacia (2).

De las normas a la realidad, hay una distancia semejante a la que existe entre el remedio en la estantería de la farmacia y el remedio aplicado al cuerpo del enfermo"... (3).

§1. Breves palabras de justificación.

El incumplimiento de las normas jurídicas (generales, como las leyes, o particulares, como la sentencia), ha sido objeto de preocupación en todos los países y en todos los tiempos (4).

(*) Comunicación de la Académica, en la sesión privada del 9 de junio de 2011.

(1) VON IHERING, Rudolph, *El Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, ed. Carlos Bailly, 1891, t. I, pág. 65.

(2) Cicerón, cit. por en Sánchez de la Torre, Ángel, *Los tópicos: eficacia, eficiencia, efectividad en el derecho*, en Sánchez de la Torre y otro (edit), *Eficacia del derecho. Teoría y aplicaciones*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pág. 17.

(3) BIDART CAMPOS, Germán, *La realidad, las normas y las formas jurídicas*, LL, 1990-E-680.

(4) El tema no escapa a ninguna rama del derecho. En efecto, la doctrina constitucional muestra especial preocupación por la eficacia de los derechos funda-

Respecto de la ley, Juan Bautista Alberdi, en su famosa polémica con Vélez Sarsfield se pregunta: “¿De qué vale mejorar de un golpe toda las leyes civiles si han de quedar en letra muerta? El mal de las leyes actuales no es que sean injustas, sino que no se cumplen” (5).

Con especial referencia a las leyes del derecho familiar, se afirma: “La familia fue el grupo al que el derecho privado le prestó más atención durante toda su historia; se lo ha protegido mediante reconocimientos constitucionales, leyes de distinto tipo y tratados. A pesar de todos estos esfuerzos, la familia es un grupo que corre grandes riesgos. Las leyes que establecen incentivos, mandatos y prohibiciones no dan resultado si no se corresponden con una serie de reglas institucionales que permitan que la sociedad funcione” (6).

Estas líneas persiguen un propósito más limitado; son reflexiones sobre el incumplimiento de una norma particular (no general), en un ámbito determinado: la resolución dictada por un juez que decide un conflicto familiar (7).

mentales; el XXIV Congreso Nacional de Derecho procesal se desarrolló en Mar del Plata del 8/10 de Noviembre de 2007, en homenaje al profesor lino Enrique Palacio, bajo el lema “*Por un sistema judicial eficaz en el marco constitucional*”. Para la situación europea, ver Bin, Roberto (a cura di), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, ed. Scientifiche italiane, 2006; Silvestri, Gaetano, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, ed. Scientifica, 2009; Millo, Maurizio, *Efficienza ed efficientismo. Il ruolo del giudice*, en Corder, Paolo (a cura di) *Quante magistrature oggi. Quale magistratura domani*, Padova, Cedam, 2010, pág. 49; Aune, Anne Claire, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droits des personnes et de la famille*, Aix, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007; el título II se denomina “La desvalorización de los derechos subjetivos por su falta de eficacia”. Otro tanto acontece con el derecho comunitario europeo. Ver Carbone, Sergio, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, ed. Scientifica, 2009; Liakopoulos, Dimitris e Romani, Mauro, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee. Tra integrazione comunitaria ed efficacia del diritto internazionale privato e processuale*, Padova, Cedam, 2009.

(5) ALBERDI, Juan Bautista, *Proyecto de código civil para la República Argentina*, en Autores Varios, *Juicios críticos sobre el proyecto de código civil*, Bs. As., ed. Tragani, 1920, pág. 166.

(6) LORENZETTI, Ricardo, *Teoría general del derecho de familia. El conflicto entre los incentivos individuales y grupales*, en Rev. peruana de Derecho de Familia, Junio 2004, n° 1, pág.79.

(7) La cuestión me obsesiona desde hace dos décadas. Ver, de mi autoría, *Principios procesales y tribunales de familia*, JA 1993-IV-19; “*Reflexiones en torno a la eficacia del llamado proceso familiar*”, en IX Congreso Mundial sobre Derecho de Fa-

Seguramente, no diré nada novedoso para una persona argentina, acostumbrada a que las normas jurídicas no se cumplan. Nadie describió el fenómeno mejor que Carlos Nino en su célebre libro “Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino” (8).

No obstante, creo que vale la pena prestar especial atención a esta cuestión, pues se conecta, casi inescindiblemente, a la crisis de la Justicia (9). Prueba este aserto la siguiente circunstancia: en países europeos, altamente preocupados por la situación de la Justicia, existen organismos específicos cuya función es medir el grado de eficacia de las decisiones, tal es el caso de la *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) (10), o la “Comisión para la eficacia de las ejecuciones de Portugal” (11);

milia, Derecho Familiar, Unidad y Acción para el siglo XXI, Panamá, Septiembre de 1996, Prememorias, tomo I, pág. 518 y Revista de Derecho Puertorriqueño, Vol. 35, n° 3, 1996, pág. 479.

Durante el año 2011, una jueza marplatense, Silvana Raquel Ballarin, defendió muy exitosamente su tesis doctoral titulada “*Sistema de comunicación entre padres e hijos: la eficacia de la sentencia*”. La publicación de este trabajo de investigación, que mereció el máximo de la calificación por parte del tribunal que lo evaluó y que tuve el placer de integrar, sería una gran contribución para que el tema se instale definitivamente entre los juristas.

(8) Me he desesperado, muchas veces, al consultar la primera edición aparecida en Bs. As., ed. Emecé, 1992. Lamentablemente, poco ha cambiado en la realidad argentina desde entonces en el ámbito del cumplimiento de las normas.

(9) Ver más adelante (infra § 3) las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El procesalismo moderno dedica muchas páginas al tema. En la Argentina, el maestro Augusto Morello, que prestigió durante muchos años a la Academia Nacional de Derecho, publicó numerosas obras relativas a esta cuestión. Ver, entre muchas, *La eficacia del proceso*, 2° ed., Bs. As., ed. Hammurabi, 2000; Ballarín, Silvana, *La eficacia de la sentencia de familia*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, Costa Rica, ed. Jurídica continental, 2008, pág. 293. Para la cuestión en Costa Rica, ver Viquez Vargas, Shirley, *La ejecución de sentencia en derecho de familia*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, Costa Rica, ed. Jurídica continental, 2008, pág. 303.

(10) La actividad desarrollada puede compulsarse en Internet en www.coe.int/cepej.

(11) Ver informe de Meira Lourenço, Paula, *Le nouveautés législatives du Décret-loi 226-2008: le renforcement du rôle de l'agent d'exécution portugais et la*

por otro lado, también se realizan numerosos encuentros que tienen como tema central la eficiencia de la Justicia y los valores constitucionales (12).

De cualquier modo, hay que reconocer que los estudios jurídicos que hacen seguimiento de las sentencias no son numerosos (13).

Al parecer, algunos juristas entienden que la evaluación del Derecho a través del prisma de la eficacia corresponde a los sociólogos (14), no a los operadores del derecho, a quienes sólo compete ocuparse de la validez y la legitimidad de las normas; más aún, algunos afirman que, aunque esté de moda, la expresión eficacia resulta esencialmente oscura y no tiene contenido jurídico preciso (15).

Por el contrario, otra corriente sostiene que la eficacia es un instrumento útil de reflexión, sea o no un presupuesto necesario de la existencia del derecho (16).

création de la Commission pour l'efficacité des exécutions, en *Liber amicorum Jacques Isnard*, Paris, ed. Roger Dujardin, 2009, pág. 285.

(12) Ver, para Italia, Aschettino, Lucio (a cura di), *Efficienza della giustizia e difesa della costituzione*, Napoli, ed. Jovene, 2006; para Francia, Caupain, M.T. et autre (sous la direction de), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, ed. Larcier, 2000; para España, Ramos, Francisco, *Para un proceso civil eficaz*, Bellaterra, ed. Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

(13) En el prólogo de una obra, sus directores sostienen que “el seguimiento de las sentencias de la Corte Constitucional italiana es un continente sustancialmente inexplorado” (Ver Bin, Roberto (a cura di), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, ed. Scientifiche italiane, 2006).

(14) Dice Kelsen: “Investigar las causas por las que un orden jurídico es generalmente eficaz constituye sin duda alguna un importante problema *sociológico*”. Pero inmediatamente afirma: “Es posible, sin embargo, tratar con éxito ciertos problemas sociológicos especiales conectados con el fenómeno jurídico” (Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el estado*, trad. de Eduardo García Maynez, 2^o ed. México, ed. Imprenta universitaria, 1958, pág. 207.

(15) Ver autores citados por Bourassin, Manuella, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, ed. LGDJ, 2006, n^o 4 y 36.

(16) Para las dos tesis sobre si la eficacia es o no condición necesaria de la existencia del Derecho, ver Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Madrid, ed. Ariel, 2003, págs. 13/17; Navarro, Pablo E., *La eficacia del Derecho*, Madrid, ed. Centro de Estudios constitucionales, 1990, pág. 20.

§2. Eficacia. Terminología y etimología.

No pretendo introducirme en la Teoría general del derecho, ni en la Filosofía del derecho, ni en la Sociología jurídica, ni en la Psicología social, ámbitos en los cuales la noción de eficacia es objeto de profundos estudios (17).

No obstante, previo a ingresar a la temática, parece conveniente aclarar el significado de las palabras usadas. Hacerlo no es fácil, desde que los autores las utilizan con diversos significados.

Puede ser útil recordar algunas nociones expuestas por Kelsen, por ser el más citado entre los autores que investigan el tema; se ha dicho que Hans Kelsen, “como casi todos los autores que se vuelven clásicos, es más citado que estudiado, más presumido que sabido” (18). Aún a riesgo de caer en ese vicio, transcribo algunos párrafos del maestro de Viena, vertidos en dos obras diferentes, para mostrar cuán difícil resulta utilizar un lenguaje unívoco en este ámbito.

En su “Teoría general del Derecho y del Estado” (19) se lee: “*Validez* del derecho significa que las *normas* jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben y que deben obedecer y aplicar las mismas normas. La *eficacia* del derecho quiere decir que los *hombres* se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse; o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas. La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del derecho mismo. La afirmación de que el derecho es eficaz significa solamente que la conducta real de los individuos se ajusta a las normas jurídicas. Así, pues, validez y eficacia se

(17) Para estas relaciones, ver el libro de Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, México, ed. Porrúa, 1993. Se trata de la tesis doctoral de la autora, presentada en la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Señala que, normalmente, juristas, sociólogos y filósofos trabajan separadamente, por lo que el resultado obtenido es normalmente insuficiente.

(18) RUBIO LINARES, Eugenio, *Sobre la eficacia, eficiencia y efectividad del derecho en el pensamiento del primer Kelsen*, en Sanchez de la Torre y otro (edit), *Eficacia del derecho. Teoría y aplicaciones*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pág. 68.

(19) KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y el estado*, trad. de Eduardo García Maynez, 2° ed. México, ed. Imprenta universitaria, 1958, pág. 46.

refieren a fenómenos completamente distintos. La afirmación común de que tanto la validez como la eficacia son atributos del derecho, se presta a confusión, incluso cuando por eficacia del derecho se quiere expresar que la idea de éste ofrece un motivo para la conducta jurídica.....” “La única connotación que en este trabajo atribuimos al termino eficacia es, por ende, la de que la conducta real de los hombres concuerda con esas normas”. Más adelante sostiene: “La afirmación de que una norma es válida y la de que es eficaz son, en realidad, diferentes. Pero si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así, pues, *la eficacia es condición de la validez*, pero no la razón de la misma. Una norma no es válida porque es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general eficacia; esta relación entre validez y eficacia sólo es cognoscible, sin embargo, desde el punto de vista de una teoría *dinámica* del derecho, que se ocupe del problema de la razón de validez y del concepto de orden jurídico. Desde el punto de vista de una teoría *estática*, solo viene en cuestión el problema de la validez”.

En consonancia con esta última afirmación, en la “Teoría pura del derecho afirma”: Para que un orden jurídico nacional sea *válido* es necesario que sea *eficaz*, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden. Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz. Sin duda, existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto. Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza. Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico sino al derecho internacional. Si la validez de un orden jurídico conside-

rado como un sistema cerrado de normas depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada *aisladamente* dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia” (20).

En consonancia, un autor francés razona: “Ciertamente, hay leyes no aplicadas, pero no hay ley sin aplicabilidad, y no hay aplicabilidad o *enforceability* de la ley sin fuerza, sea que esta fuerza sea directa o no, física o simbólica, externa o interna, brutal o sutilmente discursiva (o sea hermenéutica) coercitiva o reguladora, etc. (21).

Ahora bien, Kelsen sostiene que cualquier intento de definición debe tomar como punto de partida el uso común de la palabra que designa el concepto en cuestión (22). Por lo tanto, no es incorrecto, comenzar por el diccionario y la etimología de las palabras usadas.

El diccionario de la Real Academia española dice: *eficacia*: virtud, actividad, fuerza y poder para obrar; y como adjetivo, señala en la segunda acepción: que logra hacer efectivo un intento o propósito.

En el Larousse Universal se lee: *Eficaz*: se dice de un producto, de un método, que produce el efecto esperado, o de algo que cumple bien su función; se dice de su acción, de sus palabras que alcanzan el fin, que llegan a resultados útiles.

Aparentemente, se trataría de una noción polisémica, o sea, se le atribuyen comúnmente varios sentidos; por un lado señala producción de un efecto; pero también cumplimiento de un fin preciso, y cumplimiento del fin a bajo costo; más aún, un autor español enumera siete significados: cumplimiento, aplicación, vigencia, correspondencia, aceptación, éxito y eficiencia (23).

(20) KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de M. Nilve, 3° ed., Bs. As., ed. Eudeba, 1963, págs. 53, 145 y ss.

(21) DERRIDA, Jacques, *La forza del diritto*, Riv. Critica del Diritto Privato, anno XXIII n° 1, marzo 2005 pág. 193/4.

(22) KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y el estado*, trad. de Eduardo García Maynez, 2° ed. México, ed. Imprenta universitaria, 1958, pág. 4.

(23) HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Madrid, ed. Ariel, 2003, págs. 21.

Además, sería una palabra con vocación expansiva: vinculado a la empresa se la emplea como “rendimiento”, “productividad”; en el comercio, como “competitividad”; en política, como “poder”; en cultura como “prestigio”, en ética como “bondad”, en las relaciones sociales como “influencia”, etc. (24).

Esta polisemia derivaría de su raíz latina; *efficax*, *efficacis*, *efficatia*, *efficacitas*, que, por una parte, significan que actúa, que realiza; y por la otra que produce el efecto, que tiene éxito (25).

Para algunos, el equívoco se disipa fácilmente; no hay polisemia sino “conexión analógica” porque las definiciones hacen mención a nociones próximas; la realización de un efecto caracteriza la efectividad. Por eso, finalmente, la significación es: cumplimiento de lo objetivamente esperado.

Muchos autores distinguen entre *efectividad*, *eficacia* y *eficiencia* (26).

La *efectividad* se definiría como el grado de realización, en las prácticas sociales, de las reglas enunciadas por el derecho; designa, en todo caso, el respeto por las normas, la conformidad de la conducta humana a las normas jurídicas.

La efectividad sería condición necesaria, pero no suficiente de la eficacia. La *eficacia* es algo más, pues la norma se cumple, pero además, se cumple el fin por ella perseguido. Es, pues, la capacidad o el poder de producir el efecto deseado.

La *eficiencia* tiene un matiz político-económico; las normas se cumplen, se cumple el fin previsto, y además, se ha encontrado el medio para que esto ocurra al menor costo económico-social. En este sentido se dice

(24) Ver todas estas nociones en Sánchez de la Torre, Ángel, *Los tópicos: eficacia, eficiencia, efectividad en el derecho*, en Sánchez de la Torre y otro (edit), *Eficacia del derecho. Teoría y aplicaciones*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pág. 13.

(25) BOURASSIN, Manuella, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, ed. LGDJ, 2006, n° 6.

(26) Ver, por ej., Falcón y Tella, María J., *La pretendida eficacia de las sanciones*, en Sánchez de la Torre y otro (edit), *Eficacia del derecho. Teoría y aplicaciones*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pág. 89 y ss. En francés se utiliza la palabra “*efficacité*”, traducida en los diccionarios como eficacia; algunos autores la utilizan como sinónimo de *efectos*; así, por ej., ver obra de Bléry, Corinne, *L'efficacité substantielle des jugements civils* (Paris, LGDJ, 2000), que trata, esencialmente, de la cosa juzgada.

que la eficiencia es el “fundamento político, de naturaleza económica, que refleja la capacidad administrativa a la hora de dar el máximo de resultados con los mínimos recursos, económicos, de personal y de tiempo posibles” (27). De cualquier modo, la noción de eficiencia es también muy importante para el derecho. Se ha dicho que una sociedad no sólo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino que también debe asignar correctamente los recursos; una sociedad que despilfarra recursos que cubren necesidades básicas no es una sociedad justa. Por eso, la eficiencia, entendida como el mayor beneficio con el mínimo costo, podría ser considerada como uno de los componentes esenciales de una sociedad justa” (28).

Véase en este ejemplo el uso de los tres términos: una norma que dispone que no se puede circular a más de 120 Km. por una carretera es efectiva si todos la cumplen; es eficaz si ese tope de velocidad ha logrado disminuir los accidentes, que era el fin buscado; es eficiente, si la medida es mucho menos costosa socialmente que otras que pudieron tomarse, como por ej., prohibir la construcción de automotores que desarrollan velocidades mayores a las autorizadas.

§ 3. Importancia de la cuestión. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva: el derecho a una sentencia que se cumpla sin dilaciones indebidas.

El art. 8. 1. de la Convención Interamericana de Derechos humanos dispone que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos atribuye a este artículo alcances análogos a los que la Corte Europea (de ahora en adelante TEDH) da al art. 6 de la Convención Europea, texto paralelo con vigencia en ese continente.

(27) PINTO FONTANILLO, J.A., *Interferencias entre el derecho comunitario y el derecho nacional en la eficacia de las normas: la cuestión prejudicial*, en Sanchez de la Torre y otro (edit), *Eficacia del derecho. Teoría y aplicaciones*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pág. 248. Conf. González Ordovás, M. José, *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, pág. 57.

(28) CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, México, ed. Fontamara SA, 1993, pág. 30. Para el tema de la eficiencia del sistema judicial ver, específicamente, ABI-Bocconi, *La giustizia civile è efficiente? Costi ed effetti per il mercato del crédito, le famiglie e le imprese*, Lecce, ed. Bancaria, 2000.

Del otro lado del Atlántico se sostiene que “un Estado que respeta la preeminencia del Derecho, no puede permanecer inoperante, en detrimento de una parte. En consecuencia, la *ejecución de una decisión judicial* no puede ser impedida, invalidada ni retardada de manera excesiva. La Administración constituye un elemento del estado de Derecho cuyo interés se identifica con el de la buena administración de la Justicia; si la administración se rehúsa, omite o tarda en ejecutar las decisiones, las garantías que beneficiaron al justiciable durante la fase judicial pierden toda su razón de ser” (29). De este lado se afirma: “La responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas” (30).

Está claro, pues, que para los intérpretes supremos de los documentos básicos en materia de Derechos Humanos, el derecho a la tutela efectiva comprende no sólo el derecho a ser oído, a rendir prueba, a que se dicte una sentencia dentro de un plazo razonable por parte de un juez independiente, sino a que esa sentencia se cumpla. Hay, pues, un derecho fundamental a que la sentencia se cumpla (31).

La doctrina apoya decididamente las nociones antes expuestas: “Si alguien dicta, crea o enuncia una norma sin pretender su cumplimiento, simplemente juega con el lenguaje normativo” (32). Por eso, “el proceso

(29) Ver, entre muchos, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, § 40; *Robins c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1997, § 28 ; *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, § 35 ; *Gorokhov et Roussyaïev c. Russie*, § 31, 17 mars 2005.

Buj c. Croatie, n° 24661/02, § 16, 1^{er} juin 2006. Los artículos doctrinales que comentan esta jurisprudencia son numerosos ; ver, por ej., Krings, E., *Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice*, en Caupain, M.T. et autre (sous la direction de), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, ed. Larcier, 2000, pág. 219 ; Fricero, Natalie, *Les professionnels de l'exécution et les affres du temps*, en *Liber amicorum Jacques Isnard*, Paris, ed. Roger Dujardin, 2009, pág. 175 ; en la misma obra, de mi autoría, *L'huissier de justice devant la Cour européenne des Droits de l'Homme à l'entrée du nouveau millénaire* (pág. 219).

(30) “BAENA Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia (28/11/2003)

(31) Compulsar Ruiz de la Fuente, María C., *El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes*, en Cachón Cadenas y Picó Junoy (coordinares) *La ejecución civil*, Barcelona, ed. Atelier, 2008, pág.21.

(32) HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Madrid, ed. Ariel, 2003, págs.115/116.

judicial debe ser el territorio de la igualdad y la obra de una responsable participación conjunta y activa que, sin sorpresas, permita a la jurisdicción alumbrar sentencias justas, *de efectivo cumplimiento*" (33). Según el diccionario de la Real Academia, *efectivo* se opone a *quimérico*; por lo tanto, un proceso "no sólo debe otorgar la razón a quien la tiene (reconocimiento de derechos) más o menos dentro del lapso programado por el legislador sino que debe satisfacer realmente el requerimiento del justiciable consistente en que se le restituya o compense sus derechos violados o desconocidos; la sentencia no es lírica, se traduce en una efectiva ejecución" (34). Con todas las letras, magistralmente, Couture dice: "El destino de la cosa juzgada es el de que se cumpla, que la justicia no dé consejos, sino que sancione normas coactivas. Que la promesa hecha en la Constitución garantizando justicia a todos los que quieran habitar este suelo no sea un apotegma que nos enorgullezca cuando lo leamos en las páginas del preámbulo, sino que nos avergüence cuando contemplemos su burla con nuestros propios ojos" (35).

La Corte Suprema de la Nación ha sostenido: "Es un principio arraigado en la jurisprudencia clásica sentada por esta Corte, desde sus primeras sentencias, que es atribución connatural del tribunal adoptar todas las decisiones necesarias y apropiadas para dar efectivo cumplimiento con

(33) MORELLO, Augusto y MORELLO DE RAMÍREZ, María, *El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales*, La Plata, ed. Platense, 2002, pág XIII.

(34) PEYRANO, Jorge, *El proceso civil: una empresa común. El deber de información patrimonial del deudor en el seno de un proceso*, LL 2011-A-890.

(35) COUTURE, Eduardo, *Formas penales de la ejecución civil*, en Rev. de Derecho civil, Montevideo, año II, n° 3, pág. 321, n° 11. Lo expuesto en el texto no significa desconocer la categoría de sentencias exhortativas, aquellas que sirven, "sea para que la decisión pueda constituir una solución general para una serie de supuestos generales al resuelto en el caso concreto, sea porque "el juez observa un aspecto de la controversia que tiene relevancia institucional pero que no le ha sido planteado debidamente, y por esta razón llama la atención al Congreso o al Poder Ejecutivo sobre su relevancia" ("Justicia Colectiva", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, 179). En los procesos en los que los menores están involucrados es frecuente encontrar exhortaciones de los jueces a las partes; así, por ej., la Corte Federal argentina ha dicho: "Corresponde exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a los fines de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país" (CSN 25/8/2009, Arriola, LL 2009-F-145).

las obligaciones establecidas en los fallos dictados por el Poder Judicial de la Nación, sea que se trate con respecto a las partes que constituyen el proceso, o de requerir a las autoridades competentes, nacionales o locales, que presten su auxilio en la ejecución de las sentencias judiciales” (36).

Estas nociones tienen plena aplicación en el ámbito del derecho de familia. La regulación, sea a través de la norma general (ley) sea mediante la norma particular (sentencia) debe “proyectarse y preocuparse por dar respuesta eficaz y pronta a los habituales conflictos que se suscitan día a día (37), pues de otro modo, no sólo se juega con las normas, sino fundamentalmente, con las personas, niños y adultos (38).

§ 4. Puntos de partida de estas reflexiones.

La mejor comprensión de estas reflexiones exige aclarar cuáles son sus puntos de partida que, claro está, pueden o no ser compartidos por el lector, pero es necesario ponerlos sobre la mesa al comienzo, aunque se expliciten posteriormente. Ellos son:

(a) La naturaleza instrumental del Derecho Procesal no disminuye su importancia; por el contrario, los operadores jurídicos de hoy no deben olvidar que el proceso señala el momento crucial de la tutela de los derechos; “más aún, marca el momento más alto y más crítico, en tanto la tutela jurisdiccional constituye, por así decirlo, la *última playa*, la última de las tutelas previstas por el ordenamiento, la destinada a operar cuando la observancia espontánea de los preceptos ha sido violada y han fallado todas las otras formas de tutela. Consecuentemente, los fracasos de la tutela jurisdiccional se traducen, inexorablemente, en un déficit de operatividad de las normas del derecho sustancial” (39). En esta línea, se afirma

(36) CSN, 17/05/2011, Doc. Jud. Año XXVII, n° 29, 20/7/2011, pág. 19.

(37) TAPIA, Mauricio, *Código civil 1955-2005. Evolución y perspectiva*, Sgo. de Chile, ed. Jurídica de Chile, 2005, N° 63.

(38) BALLARÍN, Silvana, *La eficacia de la sentencia de familia*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008, pág.293

(39) LUMINOSO, Angelo, *Quale processo per la famiglia. Riconoscimento dell'esistente e prospettive di riforma*, en Fanni, Luisella (a cura di) *Quale processo per la famiglia e i minori*, Milano, ed. Giuffrè, 1999. El libro reproduce variadas y valiosas intervenciones de los participantes en un congreso celebrado en la ciudad de Cagliari, los días 5/6 de diciembre de 1997.

que “el nuevo derecho procesal no es, estrictamente, un derecho procesal distinto del derecho procesal clásico. Es el derecho procesal de siempre, pero enriquecido por un método que pivotea sobre la idea de *eficacia* del sistema judicial” (40).

(b) La “tutela judicial efectiva” es un derecho “fundamental”, es decir, un derecho que tiene base en el Derecho Constitucional y en el del los Derechos Humanos.

En España, la expresión “tutela judicial efectiva” se utiliza expresamente en el art. 24.1 de la Constitución: “1. Todas las personas tienen derecho *a obtener la tutela efectiva* de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, *sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

En Italia se la utiliza comúnmente en varios sentidos: para favorecer la simplificación y celeridad de los procesos; para facilitar la circulación de las sentencias en algunos ámbitos, como el familiar, para dar mayor automaticidad a los procesos ejecutivos, etc. (41)

De allí que todo cuanto digo en estas reflexiones supone que todos (actor y demandado) han tenido posibilidad de defensa. Señalo esta verdad de Perogrullo pues la indefensión no debe encontrar justificación en la mera celeridad; la voz del demandado debe ser escuchada, *en algún momento*, en todo tipo de proceso, sin excepción (42); otra cosa es la necesidad de incentivar las medidas urgentes, como instrumento que equilibra las necesidades vitales y las garantías constitucionales (43).

(40) LANUSSE, Pedro P., *Proceso jurisdiccional eficaz*, Bs. As., ed. Ad Hoc, 2005, pág. 26; conf. Cecchini, Francisco C., *El proceso actual. El proceso de familia*, Santa Fe, ed. Jurídica Panamericana, 2006, pág. 29.

(41) Ver ORIANI, Renato, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, ed., Scientifica, 2008, pág. 10 y ss.

(42) Algunos autores se quejan de la escasa posibilidad de defensa que tiene el demandado en el juicio de alimentos. Ver Morselli, Lidia, *La indefensión del demandado en el juicio por alimentos. Estrategias y modelos de defensa*, Bs. As., ed. de la República, 2005.

(43) Para las medidas urgentes en los procesos de alimentos ver, entre otros Belluscio, Claudio, *Medidas cautelares en alimentos*, Bs. As., ed. García Alonso, 2008, págs. 73 y ss; Bertoldi de Fourcade, M., y Ferreyra de De la Rúa, A., *Régimen procesal del fuero de familia*, Bs. As., Depalma, 1999, pág. 375; Cecchini, Francisco C., *El proceso actual. El proceso de familia*, Santa Fe, ed. Jurídica Panamericana,

(c) En ocasiones, el cumplimiento de la decisión encuentra valladares económicos significativos; los jueces, deben ser sensibles a esos inconvenientes; por lo tanto, debe ser compartida la decisión según la cual “no existiendo en nuestro país un servicio gratuito y pudiendo presumirse que los costos de son muy elevados, el trámite de exequátur previo exigido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y culto (intervención de un abogado norteamericano) para que pueda inscribirse la sentencia de divorcio dictada en los EEUU en la República Argentina deviene un obstáculo inconstitucional para el acceso a la justicia, por violación del principio de proporcionalidad” (44).

(d) Cuando en el llamado “proceso familiar” intervienen niños, el criterio rector es el del *interés superior del niño*, contenido en la Convención Internacional de los Derechos del niño. No en vano se ha dicho que el interés superior del niño es uno de los raros consensos de la sociedad occidental (45).

El imperativo de dar cumplimiento al precepto es indubitable; el art. 4 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño dispone: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole *para dar efectividad a los derechos reconocidos en la pre-*

2006, pág. 223; del mismo autor, *Principios procesales en el proceso de familia*, en *Principios Procesales*, Peyrano J. (director), Santa Fe, ed. Rubinzal, 2011, t. II pág. 379. La íntima vinculación entre eficacia y medidas urgentes ha sido reconocida por la Corte Federal en la decisión del 6/11/2011 recaída *in re* Di Césare s/ 250 CPC, con las siguientes palabras: “Una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación, las medidas de tutela anticipatoria se presentan como una de las vías aptas durante el trámite del juicio para asegurar el adecuado servicios de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía” (Ver LL boletín del 15/2/2012 fallo n° 116.084, con comentario de Carbone, Carlos A., *Tutela anticipada por daños derivados del tránsito*).

(44) Juzgado Nac. 1° instancia, 26/8/2010, Rev. Derecho de Familia, 2011-VI, pág. 38, con nota aprobatoria de Rubaja, Nieve, *Eficacia de una sentencia de divorcio en un supuesto de derecho internacional privado. Derechos fundamentales en juego*.

(45) HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado*, Valladolid, ed. Lex Nova, 2004, pág. 27.

sente Convención” (46). Por su parte, el art. 45 crea un sistema de control y seguimiento a fin de avanzar hacia su plena realización (47). Los estudios realizados no son pocos; entre ellos, se cuenta el realizado por el Centro de Investigaciones Innocenti de Unicef (48), basado en informes de 26 países presentados al Comité. El seguimiento es fundamental para evitar la obsolescencia del instrumento; recuérdese que esta Convención internacional se mantiene tal cual fue publicada hace más de veinte años, en 1989 (49).

Sobre estas bases, la Corte Federal ha dicho: “Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional” (50). Las palabras recuerdan las de la Corte Europea de Derechos Humanos: “Es verdad que el derecho a ejecutar no es absoluto. No obstante, las decisiones relativas a los niños requieren *tratamiento urgente*, desde que el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables”. (51)

(46) Un análisis de este artículo puede verse, bajo el título “El principio de efectividad”, en Gil Domínguez, Andrés, Famá, M.V. y Herrera, M., *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho constitucional de familia*, Bs. As., ed. Ediar, 2007 pág. 511.

(47) COLLINS, Tara M., *Supervisión: más que un informe*, en Collins, Tara y otros (coordinadoras), *Derechos del niño*, Bs. As., ed. Eudeba, 2010, pág. 23.

(48) SANTOS PAIS, Marta, *El estudio del Centro de Investigaciones Innocenti de Unicef acerca de las medidas generales de implementación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, en Collins, Tara y otros (coordinadoras), *Derechos del niño*, Bs. As., ed. Eudeba, 2010, pág. 35.

(49) Dado el tiempo transcurrido y las profundas transformaciones sociales, la doctrina se pregunta “si la Convención es inmutable o se trata más bien de una apariencia” (Bernuz Benítez, María J., *¿Seguimos hablando de la misma Convención Internacional sobre los derechos del niño?* en Tara y otros (coordinadoras), *Derechos del niño*, Bs. As., ed. Eudeba, 2010, pág. 77).

(50) CSJN - 23/11/2004, M. S. A. s/ materia previsional s/ recurso de amparo” M. 3805. XXXVIII ”.

(51) Ver, entre muchos, TEDH, 22/6/2004, Pini- Bertani y Manera-Atripaldi c/ Rumania.

Un estudio completo y casuístico de las implicancias procesales (52) no resulta posible en una intervención de este tipo. Me limito, por ahora, a ejemplificar con dos casos, uno relativo al derecho a la prueba, y otro, más específico para el tema que desarrollo, al derecho a la ejecución de la sentencia.

El primero fue resuelto por la Corte Federal el 10/8/2010 (53). Se trataba de un juicio de divorcio en el cual se dispuso la prueba de ADN sobre el hijo del matrimonio, que el marido atribuía a una relación extramatrimonial y, consecuentemente, reclamaba el divorcio por la causal de adulterio, pero sin haber iniciado acción de impugnación de la paternidad. La Corte revocó la decisión que había hecho lugar a la producción de la prueba. Dijo que “Si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y, por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas”; que “los jueces de grado, para sustentar su decisión, se limitaron a invocar en forma genérica el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen. En realidad, lo que debieron justificar es que se trataba de una prueba que además de beneficiar al progenitor favorecía el interés superior de la niña”. “Tal examen requería reparar en las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el planteo, como por ejemplo que la duda respecto de la identidad de la niña ya había sido introducida. Asimismo, exigía que la menor hubiese podido dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que acarrearía la hipótesis de que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre”. El voto de los Dres. Highton y Maqueda agrega que “en razón de que el objetivo del demandado, padre de la menor, no es impugnar la paternidad de su

(52) A estos fines, compulsar Tagle de Ferreyra, Graciela, *El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Córdoba, ed. Nuevo enfoque, 2009.

(53) Recurso de hecho - “P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia”, el-Dial.com - AA6276; en LL 2010-E-427, con nota de Solari, Néstor, *La prueba en el juicio de divorcio en un fallo de la Corte*; en Rev. Familia y Persona 2010, n° 9 pág. 74, con nota de Sambrizzi, Eduardo A., *Una correcta solución con fundamento en el interés superior del niño*, y 2010, n° 10, pág. 107, con nota de Jauregui, Rodolfo, *Los límites del principio de amplitud probatoria en el divorcio: adulterio, interés superior del niño y prueba de ADN de los hijos matrimoniales menores de edad*; JA 2010-IV-411, con nota de Famá, María Victoria, *Los hijos.....¿objeto de prueba en el divorcio de sus padres?*

hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, hecho que puede ser acreditado por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resulta razonable en este estado de la causa pretender realizar una prueba pericial sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que ello podría llegar a producir en la relación de familia”.

El segundo es una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 22/6/2004, en la causa *Pini- Bertani y Manera-Atripaldi c/ Rumania*. La denuncia fue formulada por dos matrimonios italianos que pretendían la ejecución de sentencias que habían dispuesto la adopción de dos niñas rumanas.

Las dos decisiones venían precedida de estos hechos: dos niñas rumanas vivían en un establecimiento educativo asistencial de la ciudad de Brasov, al que el Estado había delegado los derechos parentales, en razón del abandono de los progenitores de origen. Cuando las niñas tenían 9 años, el gobierno rumano confió a una asociación privada la obligación de encontrar una familia para que las adoptaran. En el caso, los pretendidos adoptantes vivían en Italia; conocieron a las niñas por fotografía y viajaron una vez a Rumania, donde mantuvieron una entrevista. El Comité rumano para la adopción emitió informe favorable y el juez hizo lugar a la petición de adopción. Posteriormente, ese Comité certificó que el procedimiento judicial había sido conforme a la Convención de la Haya y autorizó la residencia permanente de las adoptadas en Italia. En fecha no precisada, el procurador general interpuso recurso de anulación contra la decisión, que la Corte de ese país rechazó. Muchos intentos de ejecutar las decisiones de adopción fueron frustrados por métodos intolerables; así, por ej., los *huissiers de justice* que tenían a su cargo la ejecución fueron « secuestrados » por las autoridades del instituto. Posteriormente esas autoridades interpusieron una nueva acción de nulidad con fundamento en que las niñas no habían sido oídas ni habían prestado consentimiento a la adopción. El comité rumano entendió que las acciones eran contrarias al interés superior del niño, en tanto retardaban la adopción y perpetuaban la situación de institucionalización. Posteriormente, se dedujo acción penal contra los directores del instituto por incumplimiento de órdenes judiciales; fue recién en ese juicio penal en el que se escuchó por primera vez a las niñas quienes manifestaron que no querían trasladarse a Italia pues estaban muy bien en Rumania. Las dos iniciaron acciones para revocar la adopción; el juez acogió la interpuesta por una de ellas (Mariana), pero rechazó la de Florentina por falta de fundamentación. Intertanto, una representante del Parlamento europeo hizo una visita a Brasov; declaró a la prensa que los niños ubicados en el establecimiento estaban muy bien

y pronunció una frase categórica: “Es tiempo de detener la exportación de niños rumanos”. Posteriormente se acreditó (sellos en los pasaportes) que las niñas iban a la escuela, visitaban a sus parientes consanguíneos, se habían trasladado al extranjero (Hungría y Austria) en viajes de estudio organizados por el organismo; una de ellas era incentivada a perfeccionar sus aptitudes de danza y sport; la otra, sus cursos de violín y piano.

El TEDH reconoció que los denunciantes tenían posición de padres *potenciales*; no los unía a las niñas lazos de sangre ni vida familiar de facto, pero existía un vínculo parental formal establecido por una decisión judicial. Recordó que según su jurisprudencia, las relaciones entre un adoptante y un adoptado, en principio, son de la misma naturaleza que las relaciones familiares protegidas por el art. 8 de la Convención; por eso, en el caso, los peticionantes podían hacer valer las decisiones que, al pasar en autoridad de cosa juzgada, les imponían derechos y obligaciones paternos. Insistió en que los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para que los niños se encuentren con sus padres. Sin embargo, dijo, no es una obligación absoluta; en cada caso hay que analizar la comprensión de la norma y el deber de cooperación; además, el derecho de los padres debe compatibilizarse con el interés superior del niño.

En el caso, los sentimientos de las niñas hacia los otros niños del establecimiento y a las personas que los cuidan son sinceros y sólidos; romper, de manera deliberada y brutal esas relaciones consolidadas con el tiempo, podía tener consecuencias devastadoras para la psiquis de las niñas; no se trata de niñas tratadas de modo “institucionalizado” o “aritmético”. En estas condiciones, el gobierno rumano no podía ejecutar decisiones en contra de la voluntad de niñas que tenían casi diez años.

De cualquier modo, el gobierno rumano fue condenado por violación del artículo 8 porque, según la jurisprudencia de la Corte, las decisiones relativas a los niños requieren *tratamiento urgente*, desde que el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables; los *huissiers* no permanecieron nunca inactivos y la resistencia vino de las autoridades del establecimiento, que es privado, y del cual el Estado, en principio, no debería responder; sin embargo, corresponde al Estado tomar todas las medidas necesarias a fin de que los *huissiers* puedan cumplir adecuadamente su función, por lo que debieron proveer el auxilio efectivos de otras autoridades; Rumania no probó qué medidas tomó para sancionar la falta de colaboración; en consecuencia, la abstención, durante más de tres años en la ejecución de las medidas eficaces constituye una violación al art. 6.

(e) El derecho penal no suele ser la vía más idónea para lograr el cumplimiento de las decisiones judiciales. El incumplimiento doloso de la prestación alimentaria está sancionado penalmente desde hace más de medio siglo (54); la violación del derecho de comunicación se incorporó en 1993 mediante ley 24.270; sin embargo, la práctica muestra la escasa operatividad de estas normas para prevenir estas conductas y la profundización de la crisis familiar cuando logran aplicación.

Los casos de violencia familiar muestran con gran patetismo las consecuencias nefastas que pueden resultar del incumplimiento de las decisiones judiciales (55); los diarios dan muestras de la permanente escalada de este tipo de delitos, aún en países en los que las penas se aumentan considerablemente, como en España. Las dificultades son evidentes; algunas resoluciones son de cumplimiento posible (por ej., exclusión del hogar conyugal); otras, en cambio, se tornan muy difíciles; por ej., la orden de no acercamiento, desde que, en algunas ocasiones, se requeriría custodia permanente; además, los condenados hasta inician denuncias infundadas contra la autoridad policial que ayuda a ejecutarlas. De allí que sea correcta la decisión que rechazó la nulidad articulada y declaró válido el procedimiento llegado a cabo por agentes de la policía metropolitana que detuvieron al cónyuge que había violado la orden de exclusión del hogar y prohibición de acercamiento que pasaba sobre él, en tanto ellos actuaron en razón de la denuncia del otro cónyuge, quien les dio aviso y les exhibió la orden emanada de la jurisdicción civil (56).

(f) Algunas sentencias del ámbito familiar, por su contenido, encuentran dificultades especiales para ser cumplidas. Así, el art. 321 inc. j) del

(54) Ver, entre muchos Baigún, David, *El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y el reciente Anteproyecto de Reforma al Código Penal*, en Kemelmajer-Herrera (dir), *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la profesora Cecilia P. Grosman*, Bs. As., ed. Rubinzal Culzoni, 2009, t. II, pág. 527; Peluzzi, Marcelo A., El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y la reparación del daño en la suspensión del proceso a prueba, en *Rev. de Derecho Procesal*, 2002-2, pág. 303. Para la cuestión en Costa Rica, ver Gomez Reina, Gilbert, *Deuda alimentaria: ¿Trabajo o cárcel?*, en *Rev. Derecho de familia* n° 49, págs.183 y ss

(55) Me he referido a este tema en varios artículos monográficos; ver, entre otros, *Algunos aspectos procesales en leyes de violencia familiar*, en *Rev. de Derecho Procesal*, 2002-1, pág. 115 y ss. Compulsar también Birgin, Haydée (direc), *Violencia familiar. Leyes de violencia familiar. ¿Una herramienta eficaz?*, Bs. As., ed. Altamira, 2005.

(56) Cám. Nac. Crim. y Correccional, sala I, 29/8/2011, Doc. Judicial, n° 4, 25/1/2012, pág. 59.

Cód. Civil dispone que debe constar en la sentencia “que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado, *su realidad biológica*”. En consonancia, según el art. 328 del Cód. Civil, el adoptado tiene derecho a *conocer su realidad biológica y puede acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad*”.

El acceso al expediente es de fácil ejecución, pero depende de que el adoptado conozca su situación. Aunque la cultura de la adopción ha cambiado sensiblemente en los últimos años, se comprende que si los adoptantes no cumplen con la promesa hecha al juez, la ejecución forzada será prácticamente imposible.

§ 5. Dos casos paradigmáticos de incumplimientos reiterados: prestaciones alimentarias y “secuestro” internacional de personas menores de edad.

No obstante el augusto linaje del derecho a la ejecución de las decisiones, la práctica muestra que la sentencia que condena a pagar alimentos, típica del derecho de familia y decisiva para la cobertura de las necesidades básicas, es el paradigma del incumplimiento. Nadie escucha el mensaje: “Toda sociedad, sea primitiva o desarrollada, debería preocuparse, necesariamente, algún día, de la sobrevivencia de aquellos miembros que no tienen poder para cubrir solos sus necesidades” (57). Según un estudio realizado por organismos técnicos, en la Argentina existe un alto porcentaje de morosidad en el pago de los alimentos: 70% de los hombres separados no cumplen la prestación alimentaria o lo hacen tardíamente; del total de expedientes consultados, el 62 % de las ejecuciones obedecen a incumplimiento de acuerdos pactados en sede judicial (58); en los EEUU

(57) BERTHET, Pascal, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, Paris, ed. Harmattan, 2000.

(58) GROSMAN, C., Bonaparte, C., Burgués, M., y Herrera, Marisa, *Una aproximación a una investigación exploratoria sobre alimentos a los hijos en los hogares monoparentales encabezados por la madre. Acceso a la justicia. Efectividad y eficacia de las normas sobre alimentos*, en Rev. Derecho de Familia, n° 38, 2007, pág. 305 y en Grosman/Herrera, *Familia monoparental*, Bs. As., ed. Universidad, 2008, pág. 529. El incumplimiento de las sentencias que condenan al pago de prestaciones alimentarias ha preocupado desde siempre a la doctrina; ver, entre otros, Grosman, Cecilia, *Medidas frente al incumplimiento alimentario*, LL 1985-D-935; Grosman, C., Bonaparte, C., Prevalil, Sandra, *Medidas frente al incumplimiento alimentario*, en Grosman, Cecilia (coord.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Bs. As., ed. Universidad, 2004, pág. 325; Córdoba, M. y Vanella, V., *Necesidad de nuevas normas tendientes al cumplimiento del deber alimentario*, LL 1998-D-1003.

se afirma que aunque en su mayoría, el obligado no paga porque tiene bajos ingresos, el 43 % incumple con su obligación alimentaria, aún cuando gocen de una situación económica que se lo permita (59). En Europa, el tema ha dado lugar a diversos documentos, entre ellos la Convención de la Haya de 2007 y el Reglamento comunitario n° 4/2009 (60); aún así, la doctrina de los diversos países alerta sobre los incumplimientos frecuentes de las decisiones judiciales (61).

Otro tanto ocurre con el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de personas menores de edad; la insatisfacción de su funcionamiento es general (62), a punto tal que ha motivado un “proyecto de ley modelo interamericana sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños” (63). La problemática integra otra más amplia, cual es, la del impedimento del derecho a mantener contacto con los hijos cuando los padres se han separado y la de la ineficacia de las decisiones de todo tipo que condenan al restablecimiento del contacto. Por lo demás, se trata de un supuesto en el que el interés superior del niño adquiere ribetes especiales. En efecto, la Corte Federal argentina (64) ha señalado que “Los Estados signatarios han calibrado la inciden-

(59) SCHERMAN, Ida Ariana, *Acción de clase de madres jefas de hogares monoparentales*, Rev. Derecho de familia, n° 38, pág. 249.

(60) Para el tema, ver Marino, Silvia, *Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari*, en *Contratto e impresa/Europa* 2010 n° 1 pág. 363.

(61) PLANES MORENO, M. Dolores, *Derecho de alimentos*, en Hijas Fernández, E. (coordinador) *Los procesos de familia: una visión judicial*, Madrid, ed. Colex, 2007, pág. 844 y ss.

(62) Ver, a vía de ej., Greselin, Lorena, *El debido proceso en los casos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes*, en Rev. Derecho de Familia, n° 45, 2010, pág. 198.

(63) Compulsar Goicoechea, Ignacio, *Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales. El caso del convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008, pág.155.

(64) CSN, 19/05/2010, LL 2010-D-567, Doc. Jud. N°44, 3/11/2010, pág. 7, JA 2010-IV-543, con nota de Rubaja, Nieve, *Los criterios se unifican. Los tratados se cumplen* y en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, Agosto 2010, pág. 75, con nota de Scotti, Luciana B. *Un destacable pronunciamiento de la Corte Supre-*

cia del mejor interés del niño en el ámbito específico de la Convención de La Haya de 1980, y han establecido el procedimiento de restitución como una herramienta del todo coherente con la defensa de ese interés en la emergencia de una sustracción internacional. Ese reconocimiento -que da un contenido preciso al concepto genérico *interés del menor*- obliga a refinar exhaustivamente cualquier impedimento a la consecución de sus objetivos. En otros términos, la Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícita”. En efecto, “el centro de vida del niño cuya restitución se solicita no puede adquirirse a través de un acto ilícito, pues de lo contrario, el sistema de la Convención de La Haya devendría inaplicable”. Por eso, las excepciones normativamente previstas a la restitución son de interpretación estricta y quien invoca alguna de ellas, tiene la carga de la prueba. De allí que se haya declarado (65) que “el arraigo del niño (en el caso, una persona con discapacidad que padece Síndrome de Down) en el país de refugio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni excusa de incumplimiento de la devolución inmediata si el mecanismo restitutorio se activó dentro del año por parte del progenitor, quien permitió su salida para un tratamiento médico, pero no consintió su permanencia en el país de refugio y durante la estadía en el país requirente se preocupó y ocupó de la salud y del desarrollo educativo al brindarle la misma asistencia psicoterapéutica”.

ma en materia de restitución internacional de menores; Rev. Derecho de Familia 2011-1-1, con nota de Dreyzin de Klor, Adriana, *Una vez más, los niños como prenda de conflicto*. La frase citada en el texto viene desde lejos. Ver entre otros, el conocido caso “Daniela”, que llegó a la Corte tres veces; para el concepto vertido en el texto, sentencia del 14/6/1995, Wilner, Eduardo M c/Osswald María G., JS 22-79, Doc. Jud. 1996-1-385 y ED 164-13, con notas de Wetzler Malbran, Ricardo, *Los tratados internacionales se respetan. Las sentencias firmes se cumplen*, y de Bidart Campos, Germán, *El caso “Daniela”*. Un resumen de la jurisprudencia de la Corte Federal en la materia se encuentra en Tagle de Ferreyra, Graciela, *El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Córdoba, ed. Nuevo enfoque, 2009, págs. 129/144 y págs. 279/298. La Corte Federal insiste, en estos últimos años, una y otra vez en la necesidad de cumplir exactamente con las medidas de la Convención de La Haya. Ver sentencias del 21/12/2010, en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, Enero/Febrero 2011, pág. 53 y comentario de Yuba, Gariela, *Restitución internacional de un menor de edad. Valoración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, Junio 2011, pág. 88; del 16/8/2011, elDial.com - AA6E6C y en Rev. de Derecho de Familia y de las personas, año 3 n° 10, Nov. 2011 pág. 106, con nota de Souza Vieira, Viviana, *La restitución internacional de menores y la importancia del respeto de su centro de vida*.

(65) CSN, 8/11/2011, Doc. Jud. 25/1/2012, n° 4, pág. 17.

§6. El incumplimiento de la sentencia que ordena al Estado realizar prestaciones derivadas de convenciones internacionales que establecen derechos económicos, sociales y culturales

Se ha visto qué difícil resulta el cumplimiento efectivo de sentencias referidas a obligaciones familiares típicamente jurídicas. Puede imaginarse el agravamiento del problema cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales, reclamados al Estado por los integrantes de una familia.

Algunos autores muestran una visión restrictiva respecto de las atribuciones del juez; argumentan que, “normalmente, la cuestión enmarca en el contexto de escasez que supone administrar medios limitados, sobre los cuales hay que tomar decisiones generales con una visión sistémica de la cuantía y de los afectados por la satisfacción de necesidades básicas, siendo del legislativo y del ejecutivo la competencia para elaborar y aprobar el presupuesto y el destino de los fondos públicos” (66).

Otros, por el contrario, para evitar que estos derechos sean meras declaraciones, propician alto activismo judicial en la materia (67).

(66) PECES BARBA, Gregorio, *Reflexiones sobre los derechos sociales*, en Robert Alexy. *Derecho sociales y ponderación*, Madrid, ed. Fundación coloquio jurídico europeo, 2007, pág. 99. Peces Barba critica una sentencia de una audiencia nacional que responsabilizó a la administración sanitaria del Estado por la muerte de una persona mientras estaba en la lista de espera; sostiene que esas listas de espera son consecuencia de la escasez de medios, por lo que no pueden ser corregidas por el juez en el caso concreto, sino por la administración con criterios generales.

(67) Ver especialmente, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, ed. Trotta, 2002; Hierro, Liborio, *Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy*, en Robert Alexy. *Derecho sociales y ponderación*, Madrid, ed. Fundación coloquio jurídico europeo, 2007, pág. 163. Para la situación en Colombia, país en el que su Corte Constitucional se ha mostrado muy activa respecto de estos derechos, ver López Murcia y otros, *La garantía de los derechos sociales*, Bogotá, ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2009; para la situación en Europa, Quel López, Javier, *Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en Embid Irujo, Antonio (director) *Derechos económicos y sociales*, Madrid, ed. Iustel, 2009, pág. 305 y ss; en la misma obra, pueden compulsarse artículos sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la cuestión; ver Bourgoigne-Larsen, Laurence, *Los derechos económicos y sociales en la*

Ejemplificaré con el denominado “derecho a la vivienda digna” y el derecho a la asistencia alimentaria por parte del Estado.

La Argentina conoce centenares de decisiones que ordenan al Estado solucionar el problema de vivienda, finalmente incumplidas (68). La Suprema Corte de la provincia de Bs. As. ha intentado dar mayor eficacia a este tipo de decisiones (69). En este sentido, hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley deducido por la asesora de incapaces contra la sentencia que había ordenado al Ministerio de Desarrollo social de la provincia de Bs. As. *procurar* la implementación del programa relativo al acceso a una vivienda, *dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias vigentes*, a favor de una persona discapacitada mental y de su hijo menor de edad, que padece una ceguera, inmersos en un contexto de indigencia y de violencia familiar. La Corte, con gran realismo, dijo que “ante las críticas circunstancias que rodean el caso (el padre del menor, concubino de la actora, también ha sido declarado incapaz, designándose curadora a la abuela, que también tiene deficiencias visuales; el grupo familiar recibe \$199 mensuales; el niño de seis años apenas balbucea), el test de efectividad de la tutela judicial que se desprende de la confrontación entre la solución dada por el a quo y la situación de suma aflicción que padecen los actores, arroja un saldo negativo. En consecuencia, condenó a la provincia de Bs. As. y la Municipalidad de La Plata a que: (a) provean, en forma coordinada y solidariamente, en un plazo que no exceda los 60 días de notificada, una vivienda adecuada a la familia constituida por CP, DS y su hijo menor. Hasta tanto se dé cumplimiento a la aludida prestación, las demandadas deberán cubrir a su exclusivo costo, dentro de las 48 horas, el alojamiento de los nombrados en un hotel o complejo habitacional simi-

jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (pag. 337 y ss) y Morte Gómez, S. y otro, *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos* (pág. 359 y ss); para la cuestión en Francia, ver, de Autores Varios, *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-2008. Réalité d'un idéal commun? Les droits économiques, sociaux et culturels en question*, Paris, ed. La Documentation Française, 2009 (el libro reproduce los trabajos presentados al Coloquio internacional organizado por el Consejo de Europa, que se desarrolló en Estrasburgo los días 16 y 17 de Octubre de 2008).

(68) En otras tantas, los jueces no condenan, argumentando que la obligación del estado es “progresiva”. Compulsar visión crítica de esa jurisprudencia en Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de la ciudad de Bs. As.*, JA 2010-IV-1199 y ss.

(69) SC Bs As 14/6/2010, La Ley Bs. As., 2010-714 y 627, LL 2010-D-232 y Rev. Derecho de familia 2011-1-72.

lar; (b) Incluyan a la Sra. P y su grupo familiar en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital para satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia, el cual deberá hacerse efectivo a nombre de su representante legal mientras no varíen las circunstancias fácticas del caso.

El tema de las prestaciones alimentarias a cargo del Estado sobrepasa las acciones individuales. En los Estados Unidos, un grupo de madres, jefas de hogares monoparentales, iniciaron una acción de clase contra la directora de una agencia estatal a cargo de un programa asistencial por “no haber realizado todas las acciones necesarias para lograr que, finalmente, los padres de sus hijos pasaran la cuota alimentaria”. La cuestión llegó a la Corte Federal en el caso N° 95-1441 “*Blessing, Director, Arizona Department of Economic Security v. Freestone*”. Aunque por unanimidad, y con voto preopinante de la jueza O Connors, el 21/4/1997, el tribunal rechazó la demanda al decidir que la *Social Security Act* no otorga a las personas un derecho federal a los fines de forzar a una agencia estatal para que cumpla integralmente con dicha previsión, no aceptó el argumento del Estado de Arizona demandado, quien alegaba que el esquema de ejecución del instrumento legal no era revisable por el tribunal. En definitiva, la Corte dijo que la cuestión puede ser susceptible de revisión judicial si se demuestran los daños concretos generales, por lo que la doctrina considera que, en definitiva, la decisión fue un éxito en relación con el reconocimiento de los derechos de las mujeres jefas de hogares monoparentales (70).

§7. Medidas para dar eficacia efectiva a las resoluciones judiciales (as- treintes, registros de deudores morosos; otros registros y otras medidas).

El marco antes descripto debería ser considerado por los operadores jurídicos cada vez que se dictan resoluciones que dirimen conflictos familiares. Lamentablemente, no siempre es así.

No estoy hablando del uso irrazonable de la fuerza, sino del uso organizado, a través del derecho, de diversas figuras jurídicas que constriñan

(70) Ver comentario de esta sentencia en Scherman, Ida Ariana, *Acción de clase de madres jefas de hogares monoparentales*, Rev. Derecho de familia, n° 38, pág. 245. La autora recuerda las leyes dictadas durante los gobiernos de Franklin Roosevelt (1935), J.F. Kennedy (1962) y Clinton (1996) vinculadas a subsidios alimentarios a las familias. Para esta cuestión ver también Belluscio, Claudio, *Alimentos y derechos humanos. Revisión crítica del sistema legal en la materia. Hacia la efectividad de la obligación alimentaria*, en Lloveras-Herrera (directoras) *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba, ed. Nuevo enfoque, 2010, pág. 484 (el autor destaca la existencia de esta legislación no obstante que EEUU no ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño)

al cumplimiento de las obligaciones y a la sanción de las conductas que consolidan el incumplimiento (71).

§7.1. Astreintes.

Como dice el dicho popular, “el arma se mide por la coraza”; por lo tanto, las sanciones conminatorias, entre ellas las *astreintes*, deben tener en consideración las circunstancias de cada caso y, muy especialmente, la capacidad económica del alimentante (72).

Este punto de partida implica no compartir la posición según la cual “por ser excepcional, debe optarse por esta medida solo cuando no exista otro medio legal o material para obtener el cumplimiento, por lo que habiéndose trabado embargo y dispuesto la venta de un inmueble, no procede la aplicación de astreintes ya que el cumplimiento aparece como posible por vía del procedimiento previsto específicamente” (73). El procedimiento de ejecución de sentencia es normalmente muy largo; ni qué hablar cuando lo embargado es un inmueble; encontrar vías dilatorias a la subasta nunca es difícil; por lo tanto, no hay razones para no imponer sanciones que tienden al rápido cumplimiento (74).

§7.2. Registros de deudores morosos.

La mayoría de las provincias argentinas han dictado leyes que crean registros de deudores alimentarios. Esa registración tiene diversos efectos; así, por ej., se exige una especie de “libre deuda” emitida por ese registro

(71) CATANIA, Alfonso, *Dislocazioni della forza e nuove dimensioni dell'effettività*, en Catania (a cura di), *Forme della violenza; violenza della forma*, Napoli, ed. Scienfiche italiane, 2007, pág. 11 y ss

(72) CARRANZA CASARES, Carlos y CASTRO, Patricia, *Las astreintes y el cumplimiento puntual e íntegro de la obligación alimentaria*, LL 1987-C-594; Vincent, Mabel, *Astreintes y cuota alimentaria; ámbito de aplicación*, LL 1989-A-380.

(73) Cám. Nac. Civ. Sala F, 31/8/1987, LL 1989-A-380. Parece compartir esta posición Vargas, Abraham Luis, *Tutelas compulsivas frente al incumplimiento alimentario*, Rev. Derecho de Familia, n° 39, 2008, pág. 119, pues afirma que las *astreintes* tienen carácter subsidiario. El autor cita jurisprudencia en ambos sentidos.

(74) Conf. PREVALIL, Sandra, *Medidas frente al incumplimiento alimentario*, en Grosman, Cecilia (coord.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Bs. As., ed. Universidad, 2004, pág. 334.

para renovar el carnet de conductor, abrir cuentas corrientes bancarias, ejercer cargos públicos (incluso electivos, como concejal), disponer de la totalidad de un crédito otorgado por un banco oficial, inscribirse como proveedor del Estado, etc.

Normalmente, antes de ordenar la inscripción en el registro, los jueces exigen que la decisión que verifica el incumplimiento esté firme; otros, equivocadamente, en mi criterio, la condicionan a la expresa petición de parte formulada después de la denuncia de incumplimiento.

La jurisprudencia dominante declara que “resulta razonable que la ley, frente al incumplimiento del progenitor obligado al pago de la prestación alimentaria, autorice a los jueces a inscribir su situación de moroso en un registro especialmente creado pues esta medida tiene una función eminentemente tuitiva, desde que pone en manos del juzgador una herramienta valiosa para constreñir al padre que se sustrae voluntariamente del deber de asistencia y coloca a sus hijos en situación de desamparo, al cumplimiento puntual de uno de los deberes que le impone el recto ejercicio de la patria potestad” (75).

Aún así, alguna vez se declaró la inconstitucionalidad de la medida al hacer lugar al amparo incoado por un chofer de taxi, “a fin de que se le permita renovar su carnet de conductor a pesar de figurar como deudor en el registro de deudores alimentarios morosos, pues si bien el fin de dicha limitación puede resultar políticamente razonable, el medio elegido para evitar el incumplimiento no lo es porque lleva a prohibir, directamente, el ejercicio del derecho a trabajar” (76). Para evitar este tipo conflictos, diversos ordenamientos autorizan se expida un carnet provisorio, por un tiempo breve (por ej., un mes o dos), período dentro del cual la deuda debe ser cancelada. De este modo, no se anula ninguno de los dos derechos constitucionales (derecho a trabajar y derecho a ejecutar la sentencia) sino que ambos se respetan haciendo efectivo el principio de proporcionalidad.

(75) Cám. Nac. Civ. sala M, 25/12/2005, ED 217-177.

(76) Juzgado contencioso administrativo n° 2 de la Ciudad Autónoma de Bs. As., 12/11/2004, Doc. Jud. 2005-1-197, con nota desaprobatoria de Carminati, Adriana y Siderio, A., *Un amparo que desampara*, y en Rev. Derecho de Familia, 2005-II-67, con comentario desfavorable de Castro, Alicia, *Sobre la Constitución mal entendida*.

§ 7.3. Otras medidas.

Frente a deudores recalitrantes, los operadores intentan ser más creativos (77), como lo muestran las siguientes medidas:

a) Comunicaciones

En la línea de las llamadas “sanciones sociales” también se ha propuesto comunicar el incumplimiento de la sentencia de alimentos a la entidad gremial o profesional del deudor, la publicación de la sentencia en un diario local, la publicación de la lista que proporciona el Registro de Deudores morosos en un diario de gran difusión (78), etc.

b) Modificación del régimen de guarda para quien entorpece el régimen de visitas.

Se ha decidido que “ante el reiterado incumplimiento por parte de una madre que tiene la guarda de sus hijos menores de los deberes asumidos en un compromiso de re-vinculación paterno-filial, resulta procedente ordenarle que se abstenga de cualquier acción u omisión que perturbe la vinculación de los niños con su padre no conviviente bajo apercibimiento de reconsiderar la guarda que ejerce sobre ellos” (79). Con el mismo

(77) En sus comienzos, se propuso suspender el régimen de comunicación o visitas; hoy, la mayoría de la doctrina rechaza esta medida por vulnerar el derecho del niño a tener comunicación con ambos progenitores (Ver, entre muchos, Culaciati, Martín M., *La suspensión de la comunicación paterno filial. Aplicación de sanciones obsoletas e ineficaces frente al incumplimiento alimentario*, en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, Marzo 2010, pág. 38, y sus citas; Vargas, Abraham Luis, *Tutelas compulsivas frente al incumplimiento alimentario*, Rev. Derecho de Familia, n° 39, 2008, pág. 133.

(78) Estas medidas han sido expresamente incorporadas en la provincia de Mendoza, por ley Ley 8.326, del 27 de Julio de 2011, publicada en el boletín oficial el 13/09/2011, que modificó el art. 2 de la ley 6879 y que ahora, entre las atribuciones del registro, menciona: “inc. c) Remitir nómina de deudores morosos alimentarios a la Administración Pública; Provincial, centralizada o descentralizada, entes autárquicos, empresas y sociedades del estado, obra social del estado, o cualquier otro organismo dependiente del Estado Provincial, como así también a toda organización privada que así lo requiera; inc. d) Remitir mensualmente al menos a un diario de circulación masiva en la Provincia de Mendoza y a cualquier medio periodístico que lo requiera, una nómina de los deudores alimentarios morosos”.

(79) Cám. Nac. Civ. sala B 19/3/2009, Rev. de Derecho de familia y de las personas, año 1 n° 2, Octubre 2009, con nota de Massano, Alejandra y Roveda, Eduardo,

criterio, se afirma que “frente a un incumplimiento reiterado e irreductible, sin esperanza razonable de cambio de actitud y si han fracasado otras medidas para hacer efectivas las relaciones personales, el interés superior del niño indica que debe modificarse la guarda, aun cuando esta modificación implique no respetar el *statu quo* (80).

c) Suspensión o paralización de procedimientos conexos.

El Artículo 55 de la Ley chilena N°19.947 dispone: “no se dará lugar al divorcio si el demandante durante el cese de la convivencia ...no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes pudiendo hacerlo”.

Este tipo de medidas ha merecido la crítica de un sector de la doctrina; para algunos, resultarían violatorias del derecho de acceso a la justicia; para otros son ineficientes, proponiéndose otras más graves, como la suspensión en el ejercicio de la patria potestad (81).

En una posición intermedia se ha decidido que “la suspensión del incidente de reducción de cuota alimentaria es *improcedente* si el alimentante abonó sumas imputadas al pago de los alimentos y su empleador depositó regularmente importes recibidos por el actor, sin perjuicio de la eficacia cancelatoria de tales pagos, pues la citada suspensión reviste extrema gravedad y debe adoptarse con suma prudencia. En cambio, procedería si el incumplimiento atribuido al incidentista fuese recalcitrante y no existiesen otros medios idóneos y expeditivos al alcance de los beneficiarios para hacer efectiva la cuota debida” (82).

d) Prohibición de salir del país.

Un tribunal ordenó prohibir salir del país al progenitor que incumplió la cuota alimentaria a favor su hijo matrimonial, fijada por sentencia firme,

La participación del niño en un proceso judicial de re-vinculación paterno-filial. El abogado del niño; la sentencia también se publica en ED 232-396; JA 2009-III-677; Doc Jud. n° 31, 5/8/2009 pág. 2174 y en LL 2009-B-709.

(80) Juzgado de Familia n° 3 de Rawson, 16/9/2009, ED 237-54, con nota de Díaz Usandivaras, Carlos y Parada, Adriana, *El cambio de tenencia como remedio en caso de impedimento de contacto. Su correcta implementación.*

(81) ALVAREZ ONOFRE, Osvaldo, *Un aporte para analizar la inconveniencia de la suspensión de los procesos conexos ante el incumplimiento de la obligación alimentaria*, ED 172-504.

(82) Cám. Nac. Civ. Sala A, 30/9/2002, Doc. Jud. 2003-1-151.

después que se hizo la denuncia penal y se inscribió al demandado en el registro de deudores morosos, todo infructuosamente. Fundó la medida en las siguientes argumentaciones: (A) la prueba rendida muestra el alto nivel socioeconómico del alimentante, quien realiza constantes viajes al exterior, de placer y de negocios; (B) no hay una norma expresa que autorice esta medida, pero además de estar contenida en proyectos de leyes, la consagran leyes de menores y de familia de Venezuela (art. 55), de Ecuador (art. 74), de Colombia (art. 148), El Salvador (art. 258), etc; (C) El demandado no ha recurrido las resoluciones anteriores; (D) La medida se compadece con el derecho constitucional de libertad de entrar y salir del país contemplado en el art. 14, desde que cesará una vez cumplida la obligación o prestada garantía suficiente y, al mismo tiempo, alienta la idea de una realización plena de los derechos del niño, claramente vulnerados por el progenitor incumpliente; (E) El Estado argentino se ha comprometido internacionalmente a garantizar al niño su supervivencia y desarrollo; (F) Rige, entonces, el interés superior del niño por encima del derecho temporal del padre a salir del país; (G) La función tuitiva del juez le impone un rol distinto al tradicional; debe participar activamente en el proceso acompañando a las partes en la búsqueda de la mejor resolución para su conflicto; (H) Hay una obligación del Estado a la tutela judicial efectiva en el tiempo (art 8 Convención Interamericana de derechos humanos); en el caso, la sentencia está incumplida desde junio de 2009 y la prohibición se dicta en octubre de 2010; (I) Cumplida la obligación y prestada caución, se levanta la medida, por lo que no hay perjuicio (83).

(83) Trib. Colegiado 5° nom. Rosario, 29/10/2010 (sentencia Dr. Ricardo Dutto), Rev. Derecho de Familia y de las personas, año 3, n° 1, Enero/Febrero 2011, con nota aprobatoria de Belluscio, Claudio, *Prohibición de salir del país ante el incumplimiento alimentario*, y en LL 2011-A-227, con nota adversa de Kielmanovich, Jorge, *¿Prohibición de salida del país contra el deudor alimentario?*. El profesor Kielmanovich, que tanto y tan bien ha escrito sobre el proceso en el Derecho de familia, no se detiene especialmente en la problemática de la eficacia de las decisiones (Ver, *Derecho procesal de familia*, 2° ed., Bs. As., ed. A. Perrot, 2008). Probablemente, considera suficiente definir el derecho procesal de familia como la “rama del Derecho Procesal que estudia los principios y normas que regulan los procedimientos extracontenciosos y contenciosos que tienen por objeto acordar *eficacia* a una relación o situación jurídica o resolver un conflicto fundado en el Derecho de Familia” (Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, Costa Rica, ed. Jurídica continental, 2008, pág. 15. Entre los pocos autores que mencionan la cuestión del cumplimiento de la sentencia, aunque sea, con alguna línea, puede verse, Benavidez Santos, Diego, *¿Cómo son y cómo deberían ser los juicios de familia?* *Revista de Medicina Legal*, San José, Costa Rica, volumen 19, número 1; Vargas, Abraham Luis, *Los procesos de familia y sus principios específicos*, en *Principios Procesales*, Peyrano J. (director), Santa Fe, ed. Rubinzal, 2011, t. II pág. 58.

En contra de lo decidido, un autor afirma que la Convención Internacional de los Derechos del Niño no puede violar el derecho constitucional de salir del país, y que la prohibición no satisface el derecho mismo; por el contrario, se asemeja al denominado “embargo de viaje” de la antigua legislación, suerte de medio de coacción.

Discrepo con la crítica. Como he dicho, y lo repite el juez, hay un derecho constitucional a la eficacia de la sentencia. Por otro lado, el interés superior del niño es hoy un principio general de derecho, con base constitucional y en el derecho internacional de derechos humanos (84). Ser superior es precisamente eso: en el conflicto, priorizar el interés del niño por encima de otros titularizados por personas que destrozan los derechos de la persona vulnerable a través del incumplimiento de concretas prestaciones a su cargo.

e) Medidas que alcanzan directamente a terceros.

El art. 551 del anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 2012 dice: “*Omisión de retener.* Es solidariamente responsable quien no cumple inmediatamente la orden judicial de retener la suma correspondiente a una obligación alimentaria de su dependiente o acreedor”.

Normas similares contienen el código de familia de El Salvador (art. 264), el de México (art. 865), el de Panamá (art. 807).

f) Otras normas abiertas

También en materia alimentaria, el art. 553 del anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 2012 amplía el margen de creatividad al disponer: “*Otras medidas para asegurar el cumplimiento.* El juez podrá imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia”.

§8. Conclusiones provisionarias.

¿Debe la sentencia cumplirse a cualquier costo?

(84) RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, ed. Dykinson, 2000, pág. 32 y ss; del mismo autor, *Régimen sustantivo y procesal del derecho de familia en España*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008, pág. 89.

No he intentado decir eso. Hay supuestos en que la sentencia resulta de cumplimiento imposible; jurídicamente, porque vulnera un principio superior, como lo he mostrado con algunos ejemplos traídos del TEDH, quien, como he dicho, considera que el derecho a la ejecución no es absoluto; materialmente, porque fácticamente no puede ejecutarse.

Pero, como se ha visto, estos casos son excepcionales. Un Poder Judicial cuyas decisiones no se cumplen es un poder débil, poco respetado por la sociedad, con efectos muy negativos para el régimen republicano que la Constitución manda.

¿Qué pueden hacer los jueces para revertir la situación?

Ninguna ciencia ha explicado de modo completo y cierto cuáles son los motivos que inducen a las personas a cumplir o no cumplir con las decisiones judiciales, pero esta no es una razón para permanecer indiferente ante una situación que alcanza ribetes graves.

Para movilizar al cambio quizás sirva parafrasear a Manuel Atienza, quien se refiere a la ley (85), pero los conceptos son trasladables a la decisión judicial. Podría, pues, decirse que una buena sentencia debe cumplir con un conjunto de *racionalidades*:

a) *comunicativa*, o sea, el emisor debe ser capaz de comunicar el mensaje al destinatario con fluidez; de allí la importancia del lenguaje y la fuerza argumentativa de la decisión (86).

b) *jurídico formal*, el mensaje debe insertarse armoniosamente en el sistema jurídico sin producir contradicciones con otras normas.

c) *pragmática*, la conducta de los individuos debe ajustarse a lo prescripto.

d) *técnica*, los fines deben ser alcanzados con instrumentos y medios adecuados, o sea, eficientes.

(85) ATIENZA, Manuel, *Contribución para una teoría de la legislación*, en Bergalli, R. (coord.), *Sentido y razón del derecho. Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*, Barcelona, ed. Hacer, 1992, pág. 115. El citado es un trabajo ulterior en el que resume el anterior, de 1989, sin citas, en el que aparecen explicadas in extenso estas racionalidades.

(86) Ver ARIZA, Ariel, *En torno al razonamiento judicial en derecho privado*, JA 2004-I-1041; Vigo, Rodolfo, *Razonamiento justificatorio judicial*, JA 2004-I-1125.

e) *ética*, la decisión y los fines deben tener una justificación.

El juez de derecho de familia interesado en que su decisión se cumpla debería atender a esas racionalidades; en consecuencia, como mínimo, al resolver el conflicto, debería: hablar en un lenguaje claro y comprensible (87), para que el destinatario, especialmente el que pierde el juicio, entienda, la “razón de su sinrazón”; quizás, en algunas ocasiones, el juez deba explicar la decisión personalmente, en una audiencia, para asegurarse que el obligado comprende el sentido de la resolución. Es necesario convencer al destinatario que el conflicto ha sido resuelto no sólo de conformidad al orden normativo, sino también a la ética y a la equidad.

Probablemente todo esto sea insuficiente frente a deudores recalcitrantes, a odios cimentados por años durante una vida familiar penosa, pero al menos, ese juez podrá dormir tranquilo, sabiendo que hizo todo lo que él podía para solucionar y no para profundizar el conflicto.

(87) Para la necesidad de hablar claro, ver Peyrano, Jorge, *Una imposición procesal a veces olvidada: el “clare loqui”*, en JA 1991-IV-577; del mismo autor, *Del “clare loqui” (hablar claro) en materia procesal*, en LL 1992-B-1159; Baracat, Edgard J., *¿Otro principio procesal: “clare loqui”?*, en *Principios Procesales*, Peyrano J. (director), Santa Fe, ed. Rubinzal, 2011, t. II pág. 69.

FILTROS EN EL DAÑO INTRAFAMILIAR

POR EMILIO P. GNECCO (*)

El derecho de familia se rodea de características que lo dotan de una singular “especialidad”. Alguien ha dicho que desde el punto de vista jurídico se ha tenido mayor éxito al dictarse normas referidas a las relaciones del derecho propiamente patrimonial, que cuando se regula el derecho de la familia, en el que se suscitan mayores dificultades. Esto lleva a que la admisión de las normas generales de la responsabilidad civil en este campo ofrezca, cuando menos, ciertas particularidades. (1)

1. En un trabajo publicado el año pasado por el profesor italiano Lucchini Guastalla sobre el “daño intrafamiliar”, se ponía de relieve que la aceptación de las normas de la responsabilidad civil en este ámbito, se consolidaba a la luz del fenómeno de un “corrimiento” hacia el concepto de “familia comunidad”, evidenciado más acentuadamente desde fines del siglo XX. Se consignaba que se prestaba mayor atención a las prerrogativas individuales en la relación entre cónyuges y entre padres e hijos: la familia se la

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 23 de junio de 2011.

(1) El principio de la “especialidad” del derecho de familia ha tenido mucho fundamento y aceptación. Nada hay más ligado a las tradiciones, costumbres e idiosincrasia de los pueblos que la familia. Nada hay más perteneciente al derecho privado que el derecho de familia que, como dijera Guillermo Borda ante esta Academia, es donde “el hombre nace, crece, ama, vive y muere, por lo que el derecho que regula esta institución “no puede sino participar de ese carácter”, más aun agregaba: “el derecho de familia es parte del derecho civil cuyo campo de aplicación es todo lo que atañe al hombre como tal, con independencia de sus profesiones o actividades peculiares...”: “La especialidad del derecho de familia” en Anales de la Ac. Nac. de Derecho y C. Sociales, Seg. Época, Año XXXVIII, n° 31 p. 25. Elías P. Guastavino lo destaca atribu-

miraba como un lugar de crecimiento de los “individuos” que la componen y agregaba el autor, “...se corre desde el grupo hacia sus componentes considerados individualmente alentándose “una diferente concepción de las relaciones que gobierna la familia, naciendo así nuevas figuras de daño y, en particular, el daño por ilícito intrafamiliar”. (2)

El tema del daño en el derecho de familia por lo tanto, puede sin duda dar lugar a amplias consideraciones, no obstante lo cual, sujeto al tiempo propio de estas exposiciones, nuestra intención es efectuar, reteniendo la “tendencia” anunciada en trabajos como el antes aludido, algunas consideraciones hacia los alcances que deben mantenerse en la interpretación de esta responsabilidad en los “daños intrafamiliares”, o sea, aspectos de la situación actual del tema ante tres cuestiones: el “*interés familiar*”; la “*calificación*” de la conducta del dañador; y la “*significación*” del daño.

2. En el derecho de familia puede hablarse de daños “*exofamiliares*”, que son los provocados por cualquier integrante de la familia respecto de personas ajenas a ella, casos en los cuales obrarían sin duda los principios generales regulatorios de la responsabilidad civil por daños, o puede hablarse de “*daños intrafamiliares o endofamiliares*”, por conductas de integrantes de la familia que provoquen daños y perjuicios entre ellos. En general son daños sufridos no por inobservancia de obligaciones de carácter convencional o patrimonial, sino por incumplimiento o quebrantamiento de deberes u obligaciones familiares específicas (ej: daños en el terreno matrimonial por inconducta de alguno de los cónyuges que lo hagan incurrir en las causales de separación o divorcio —arts. 202 y conc. del CC—, o en

yéndole al derecho de la familia “la mayor singularidad dentro del Derecho Privado, singularidad puesta en evidencia en la valoración ética de los comportamientos y de las figuras legales que los tipifican...la especialidad se proyecta también en el predominio del interés general y en que el Derecho de familia es particularmente sensible a la impronta de la realidad social contemporánea a su formulación y a la cual se destina inicialmente”: “Bien de familia” 2ª edic., t. I p. 13. y MÉNDEZ COSTA, María J., “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, 2006, p. 349. V. MAZZINGHI, Jorge A., “Tratado de derecho de familia” 2006, t. 1 p. 3 y ss.; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., “Manual de derecho de familia”, 2011, p. 22.

(2) LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele (Profesor Titular de Derecho privado y Director de la Carrera de abogacía en la Universidad L. Bocconi, Milán, Italia y Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba): “Daño intrafamiliar” en Rev. Responsabilidad civil y seguros, 2010-VI p. 1, con particular referencia al derecho italiano. LONGO, Franco, “Rapporti familiari e responsabilità civile”, G. Giappichelli, Torino 2004, p. 1 y ss., citado por FERRER, Francisco A. M., en “Derecho de familia”, con María J. Méndez Costa y Daniel H. D’Antonio, 2008 t. IV, Cap. XXII, p. 378.

situaciones que determinen la nulidad del matrimonio —arts. 225 y conc., del CC—; daños por incumplimiento de un régimen de visitas que se pueda haber establecido; daños por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; daños por exceso en el ejercicio del derecho de corrección sobre los hijos —art. 278 del CC—; daños por violencia familiar; daños por falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial; daños por contagio de enfermedades entre los cónyuges o de los padres a los hijos, etc. etc.).

Se podría llegar aun, dentro del ámbito de la familia, a perjuicios por conductas de los cónyuges que en rigor estuvieran fuera de las relaciones familiares, dando lugar a responsabilidad contractual o extra contractual con aplicación directa de las normas generales. Se señala en este campo como posibles daños durante la vigencia del matrimonio (que desde ya resultan demandas muy poco frecuentes y sobre las que casi no se cuenta con antecedentes), por ejemplo, por accidentes de circulación entre miembros de la familia; o por consecuencia de una relación contractual entre cónyuges (entre los cuales el principio general es la capacidad, no obstante encontrarse prohibida entre esposos la celebración de ciertos contratos como el de compraventa, el de permuta o el de donación); o los derivados del posible reclamo por parte de un hijo a uno de los progenitores como consecuencia de la muerte del otro por un accidente de circulación por culpa del demandado, etc. (3)

3. Ha habido y hay importantes autores que se opusieron al ingreso en este ámbito de las normas regulatorias de la responsabilidad civil. (4) Sin embargo, puede destacarse un avanzado antecedente doctrinario que, fuera de las sanciones del “ius familiar”, se anticipó en el tiempo abriendo el camino

(3) MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia”, 2008, pp. 44 y 504/505 texto y notas, donde cita además como un “primer” precedente de reparación entre cónyuges durante la vigencia del matrimonio, un fallo de la sala L de la CNC, 23/11/2006 en LA LEY, 2007-C, 382 con nota de BELLUSCIO, César A., “Acciones judiciales entre cónyuges” y CÓRDOBA, Marcos, “Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges” en LA LEY, 2007-B, 592. Respecto de los supuestos de demandas entre cónyuges durante la vigencia del matrimonio, Abel Fleitas Ortiz de Rozas sostiene que no deberían aceptarse, pues agravan “las penas propias de una crisis matrimonial” y en cuanto a la existencia de seguros de responsabilidad alude al “fraude” que podría encubrir el juicio de uno de los cónyuges contra el otro: “Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges” Rev. Der. Daños, n° 2001-2, p. 177. Graciela Medina no comparte este criterio y dice que considera “que cuando se interpone una demanda de un cónyuge contra el otro, existiendo cobertura de seguros, o la armonía marital se terminó antes de ser interpuesta la misma (separación) o con la demanda, no se va afectar la armonía marital...” ob. cit., p. 508.

(4) BORDA, Guillermo A., “La especialidad del derecho de familia” citado, n° 31 p. 25.

hacia el reconocimiento de las posibilidades de reparación del “daño moral” dentro de la familia. Así, en particular en la separación personal, los autores coinciden en tener como uno de sus precursores a Juan Carlos Rébora, que en artículo publicado en 1924 en Jurisprudencia Argentina con el título “El daño moral” y luego en sus obras “La familia” de 1926 e “Instituciones de la Familia” de 1945, (5) hablaba ya en esos años, al fundar la aceptación de la reparación del “daño moral”, de atender a lo que llamaba un “*sistema protector del sentimiento*”, (que solo aparecía atendido con las sanciones civiles del derecho de familia que eran las únicas que contemplaban el interés particular del lesionado). (6) También podemos recordar como criterios adelantados sin duda, que Rébora, junto a su estimado amigo Eduardo B. Busso, y en re-

(5) “La familia”, t. I, n° 91 e “Instituciones de la familia”, t. I, n° 64 y ss.

(6) Agregaba el autor mencionado en el texto, que se entraba así “a la cuestión del interés no patrimonial tomado como premisa de la reparación, la cual no tiene (la reparación), en aspecto alguno de la vida civil la extensión y la importancia que alcanza en materia de relaciones familiares... si la lesión que se supone al hablar de un interés no económico es una lesión ya a las afecciones, ya a vínculos o estados que además de su expresión jurídica tienen una significación moral, el campo mayor que puede ofrecerse a las perturbaciones de esa índole ha de ser indudablemente la vida de familia, que es ante todo afectividad y deber, Sección doctrina, p. 98 y ss., con un subtítulo para la sección primera de “La protección del sentimiento en las relaciones familiares”, refiriéndose en especial al “daño moral” que pueda sobrevenir en relación”: “El daño moral” en JA, t. 14, de 1924 entre padres e hijos como entre cónyuges en el caso de divorcio, extendiéndolo en la sección siguiente de su trabajo a otras relaciones “intrafamiliares”. Pero resulta realmente interesante ver viejos antecedentes que ya el maestro Rébora había puesto al descubierto en aquella primera exposición que eran fallos de tribunales franceses (derecho por el cual siempre demostró una particular inclinación y versación) de finales del siglo XIX: De la Corte de Toulouse del 29 de junio de 1864 o de la Corte de Montpellier del 29 de noviembre de 1897 que admitían la demanda indemnizatoria contra la esposa, que separada de su marido e instalada en la casa de su amante, podía ser condenada solidariamente con su amante a reparar a su marido; o la admisión indemnizatoria del marido cuando su esposa se negaba a mantener relaciones con éste; y particularmente la sentencia del Tribunal de Lyon del 22 de mayo ya del año 1907 que señalaba, en sentido más amplio, que “el esposo que ha demandado la separación de cuerpos, puede obtener, además de la separación, una condenación al pago de perjuicios e intereses correspondientes al daño material o moral que la separación por sí misma no podría reparar”. Y aunque estos precedentes parecen hacer prevalecer los derechos del marido, también se reconoció entonces que la mujer podía lograr una condenación por daños contra su marido que había abandonado el domicilio conyugal dejándole una carta concebida en términos injuriosos y llevándose el dinero que juntos habían retirado de un banco (siendo aplicable el art. 1382 del CC “De los delitos y cuasi delitos”) que sienta el principio de que todo aquel que cause un daño a otro está obligado a reparar): “El daño moral” citado supra, p. 99 y ss. y “Rev. Trim. de Droit Civil” 1907, p. 596.

lación a la redacción originaria del artículo 166 del Código (o en la de la ley 2393 en su artículo 8º) (Adla, 1881-1888, 497), que declaraba que “...ningún tribunal admitiría demanda” por “indemnización de perjuicios” que los esposales de futuro hubieran causado, consideraron que el reconocimiento de la reparación procedería si se había incurrido en “*dolo o culpa grave*” (calificación de conducta que especialmente remarcaremos más adelante). Con posterioridad y luego de las reformas introducidas por la ley 23.515 de 1987 que eliminó del texto del ahora artículo 165 del Código la parte que negaba expresamente la demanda indemnizatoria (de manera semejante a lo que se proyectara en 1936: “Exposición de motivos”), hay quienes han entendido que se producía una “remisión implícita” a las normas generales de la responsabilidad civil. (7)

4. En nuestros tiempos naturalmente que se ha consolidado y ampliado una recepción cada vez más firme y cada vez más aceptada de esta responsabilidad por daños en el terreno familiar, reflejada en una mayoría de opiniones doctrinarias y en la jurisprudencia de los tribunales a partir especialmente de la década de los ochenta, acentuada más aun en los años noventa. (8) Asimismo en Congresos y Jornadas de derecho, que vienen declarando, por ejemplo, que es procedente la indemnización de los daños y perjuicios (intrafamiliares) patrimoniales y el daño moral que sufre el cónyuge inocente en la separación y divorcio y tanto por las causales que provoca el divorcio como por la separación o divorcio en sí; (9) como también conclusiones que aconsejaron admitir la reclamación de daños y perjuicios de los hijos contra los padres por no cumplimiento del deber alimentario. (10)

Y aunque desde esos tiempos se afianzó ese criterio reparatorio, el tema ha continuado dando lugar a diversas expresiones jurídicas (aunque con no muy frecuentes fallos), con aportes doctrinarios de alta significación. (11)

(7) REBORA, Juan C. “ídem de ídem”. Lo entendieron como una remisión implícita Méndez Costa, Zannoni, Bossert, etc.

(8) FERRER, Francisco A. M., “Responsabilidad civil en las relaciones familiares”, en “Derecho de familia”, 2008, citado t. IV, pp. 437/441.

(9) Jornadas Australes de 1980; Segundas Jornadas Provinciales de derecho civil, Mercedes, 1983; Jornadas por Responsabilidad por daños en homenaje a Bustamante Alsina, 1990;

(10) XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2001, Buenos Aires,

(11) Entre estos trabajos especiales para no citar sino algunos: BELLUSCIO, Augusto C. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y ZANNONI, Eduardo A., “Responsabili-

Sabemos asimismo las atrayentes posiciones de distinguidos juristas, sólo admitiendo la posibilidad de la reparación del daño moral, en el caso de conductas de los cónyuges contrariando obligaciones impuestas por el matrimonio, cuando los hechos que le dan fundamento a la separación alcanzan una “incidencia fuera de lo común”.

5. En nuestra legislación únicamente en el artículo 225 del Código Civil (reformado primero por la ley 2393 y luego con la redacción definitiva de la ley 23.515 de 1987) (Adla, XLVIII-B, 1535), se habla respecto de daños intrafamiliares: de “indemnización de daños y perjuicios” para supuestos de nulidad matrimonial, que podía reclamar quien actuando de buena fe había contraído un matrimonio que se declaraba nulo y la demanda no sólo podía dirigirse contra el cónyuge de mala fe, sino contra “terceros” que hubieran “provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia”.

Pero en otros terrenos “intrafamiliares”, por ejemplo, en supuestos de separación o divorcio de los cónyuges, o en las relaciones paterno filiales, no se contempla normativamente una situación reparatoria semejante, aunque sí se establecían, para el caso de los primeros, distintas “consecuencias sancionatorias” o “punitivas” (que no asumen en rigor un carácter “reparatorio”), respecto de la conducta del familiar culpable que violaba o no cumplía con deberes u obligaciones matrimoniales. Esas consecuencias indicaban que para el culpable de la separación personal o divorcio se mantenía la obligación asistencial respecto del cónyuge inocente (art. 207 del CC) y la pérdida de la vocación hereditaria (art. 3574 del CC); que el cónyuge inocente podía continuar ocupando el inmueble que habitaban y pedir que no sea liquidado como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal (art. 211 del CC); que el culpable debía mantener la obligación alimentaria y los medios necesarios para el “tratamiento” del cónyuge enfermo inocente (art. 208 del CC); que el esposo que no dio causa para la separación personal podría revocar las donaciones entregadas (art. 212 del CC); que puede prohibirse la utilización del apellido marital en determinados supuestos de “motivos graves” (ley 18.248 art. 9, texto según ley 23.515) (Adla, XXIX-B, 1420), etc.

Estas consecuencias no parecieron suficientes frente al principio, actualizado fuertemente, de que nadie puede causar un daño a otro sin responder por ello también con idea de resarcir (art. 19 CN “alterum non lædere”).

Por lo tanto, si fuera del caso previsto por el artículo 225 del Código, en cualquiera otra situación familiar donde algún miembro del grupo ha

dad civil en el derecho de familia”, 1983, MÉNDEZ COSTA, María J. de 1995 “Las pietas familiae en la responsabilidad civil”; SAMBRIZZI, Eduardo A. de 2001 “Daños en el derecho de familia”; FERRER, Francisco A. M. de 2008 “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”, y MEDINA, Graciela de 2008 “Daños en el derecho de familia”.

causado a otro de sus integrantes un daño, cabe en principio establecer su responsabilidad para la reparación. Es correcto, pues, reconocer que no es posible aceptar el hecho de dañar sin responsabilidad. (12) Y al advertirse que la responsabilidad debe ser considerada más desde la perspectiva de la víctima del daño, esto es, aceptarla desde la producción del “daño”, material o moral (doctrina del daño injusto), (13) se la suma a los “remedios” específicos del “ius” familiar: Principio de no dañar y “derecho a ser indemnizado”.

De allí el punto de partida. Constatando que los remedios típicos del derecho de familia no alcanzan para disciplinar de manera exhaustiva las eventuales consecuencias dañosas de la crisis de los vínculos conyugales y de filiación, la jurisprudencia también comenzó gradualmente a admitir la posibilidad de obtener, sumándola a los “remedios” específicos previstos para la familia en la legislación (que no asumían en rigor un carácter “reparatorio”) el resarcimiento del daño sobre la base del principio general de “no dañar”. Frente al daño que alguien de la familia experimente a consecuencia de la conducta antijurídica de otro integrante del grupo familiar, tiene que existir un responsable que asuma la consiguiente obligación de reparar. En consecuencia respecto de la responsabilidad por los daños intrafamiliares que puedan haberse producido, se termina por aceptar la aplicación de las normas generales que regulan la consiguiente responsabilidad civil. (14) En principio, pues, debe reconocerse que existe un deber de responder.

(12) MOSSET ITURRASPE, “Los daños emergentes del divorcio” en LA LEY, 1983-C, 348; FERRER, Francisco A. M. ob. cit., pp. 383/384. “Responder civilmente, en sentido lato, es el deber de resarcir los daños ocasionados a otro por una conducta lesiva antijurídica o contraria a derecho”: TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, 2004 t-I p. 57 y CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, ed. 2010, t. IV, p. 485.

(13) En la teoría general de la responsabilidad civil por daños el acento se ha puesto en la víctima, por lo que la construcción parte del concepto de “daño injusto” independientemente del acto que le haya dado lugar; FERRER, Francisco A. M., ob. cit., p. 385. En la actualidad, dicen algunos, “mas que hablar de “responsabilidad civil” hay referencia a “reparación de daños”: TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, 2004, t. I, p. 58.

(14) La aplicación de disposiciones del derecho común dentro del ámbito del derecho de familia, la podemos encontrar incuestionablemente, por ejemplo, en lo concerniente a los vicios del consentimiento (error, dolo y violencia) contemplados en el art. 175 del Código, aunque bien se encarga también esta norma de destacar, quizá innecesariamente (pero relevante por ello mismo según las “barreras” de lo que venimos exponiendo), que en la “valoración” judicial se tendrán en consideración “las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega”.

El cambio fue en su momento trascendente comparado con aquella posición clásica según la cual sólo si se estaba ante un delito del derecho penal, se podía llegar a desembocar en una “condena resarcitoria”; y según la cual “la familia” constituía un ámbito impenetrable (la jurisprudencia norteamericana e inglesa habló durante mucho tiempo de “inmunidad familiar”). Se llega al reconocimiento de que los hechos ocurridos dentro de ella que hayan producido un daño a alguno de sus integrantes será posible indemnizarlos. (15)

Pero no obstante tal genérica doctrina del “daño injusto”(16) (que lleva, como decimos, a considerar la responsabilidad más desde la perspectiva de la víctima), como único requisito para la obligación de reparar, no parece fácil y llanamente aceptable en las relaciones intrafamiliares, pues en este campo no podemos quedarnos con la idea del “deber de reparar” desentendiéndonos de la calificación del obrar del autor: de la necesidad de desentrañar como se ha presentado la conducta (culposa o dolosa) del integrante de la familia que lo provocó; de cómo ha sido el daño y hasta dónde puede reconocérsele suficiente entidad en este terreno.

Son entonces “compatibles los remedios iusfamiliares y resarcitorios,” pero, como Francisco A. Ferrer también lo dice, al mismo tiempo “hay coincidencia en que es preciso poner límites a las acciones resarcitorias por responsabilidad civil familiar, en razón de que los hechos dañosos no se producen entre extraños, sino precisamente, entre familiares”. (17)

Por consiguiente *¿qué alcances pueden reconocerse en el ámbito del específico “daño intrafamiliar” a esta responsabilidad que acompaña a una idea en principio tan justa como la de la necesidad de reparar el perjuicio que pueda haberse sufrido?*

Aquí entonces las barreras o límites y algunos comentarios por consiguiente sobre los tres puntos que inicialmente hemos adelantado.

6. El interés familiar no es una referencia vaga e insustancial, sino algo definible y determinable: la estabilidad de la institución; su protección; la cohesión familiar; la solidaridad de sus miembros; la protección filial, etc. Sencillamente es el que está directamente derivado del reconocimiento (y con ello de la intención de robustecimiento), de la familia como institución

(15) FERRER, Francisco A. M., “Responsabilidad civil en las relaciones de familia” en “Derecho de familia...” citado, 2008, t. IV, Cap. XXIII, p. 377 y ss.

(16) BUERES, Alberto J., “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en Derecho de daños, homenaje al Prof. Jorge Mosset Iturraspe, 1989, p. 141 y ss.

(17) FERRER, Francisco A. M., ob. cit. ..., p. 385.

esencial de la sociedad y del Estado (como tantas veces se ha entendido), y actúa en verdad en el tema que nos ocupa como un filtro base y condicionante en general.

El profesor italiano que, como tantos otros, ha puesto de relieve el avance de la responsabilidad civil en este derecho sobre la idea de la necesaria reparación del daño injusto, también ha advertido (ponderando el “interés” superior de la institución) que es necesario encontrar las delimitaciones o barreras “que eviten que las crisis familiares desemboquen directamente en el ámbito resarcitorio”. (18)

Allí está el resguardo del “interés familiar”. Y al decir de otro autor: allí está “el corazón del problema”. (19)

También se han efectuado llamados de atención sobre esta idea de una generalizada aplicación de las normas de la responsabilidad civil en el supuesto de perjuicios causados dentro del ámbito de la familia, agregando asimismo, en alguna oportunidad, que “el principio de responsabilidad por daños no es aplicable como factor único determinante, pues el principio de protección de la familia no le va en zaga y, en pareja jerarquía, el contexto de los derechos subjetivos de familia es ineludible. (20)

7. Lo primero que se encontró, por lo tanto, como tema central, es en realidad un conflicto o enfrentamiento entre el principio de no dañar y el de protección familiar, ambos de raíz constitucional, y la necesidad de llegar a su debido compadecimiento. No para descartar de plano la reparación, sino en todo caso para evitarla o “ajustarla”. (21)

La necesidad de resguardar el “interés familiar” en este campo de la responsabilidad por daño ha sido muy bien expuesto en sentencias de la Suprema Corte de Buenos Aires, tribunal que muchas han sido las veces que ha marcado el camino de relevante doctrina. Al respecto, luego de destacar

(18) LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, ob. cit. p. 1.

(19) FERRER, Antonio A. M., “Responsabilidad civil en las relaciones familiares” en “Derecho de familia” 2008 ya citado p. 390 f.

(20) MÉNDEZ COSTA, María J., “La pietas familiae en la responsabilidad civil” en Libro de Homenaje al Dr. I. H. Goldenberg, 1995 p. 526 y “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, 2006, p. 348.

(21) En un reciente trabajo, titulado “Responsabilidad civil y responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del derecho” en LA LEY, 2011-A, 1091, su autora Marisa Herrera, efectúa interesantes consideraciones hacia soluciones de los conflictos familiares derivados de la responsabilidad parental que, dice, “sin llegarse a anular o rechazar de plano el ingreso

el “riesgo” que puede correr el interés de la familia al admitirse cualquier litigio indemnizatorio entre sus integrantes, se dice en uno de sus fallos, que “la regla de *no dañar a otro* debe armonizarse con las que conceden garantías a la familia, apelando a recursos que eviten la oposición irreductible de intereses antagónicos.... La verdad es que ninguno de los dos principios (derecho a reparación por daño e interés familiar) debe ser prevaleciente en desmedro del otro, aun cuando deben ser admitidas ciertas delimitaciones... La doctrina imperante impone una exégesis útil, coordinada, anticonflictiva, equilibrada, coherente consigo misma, totalizadora y armónica del conjunto de sus enunciados y que si elegir entre soluciones resulta inevitable, se impone acudir a los valores de toda razonabilidad en el hecho de contemplar las peculiaridades del caso procurando inclinarse por la interpretación conciliadora, no abrogatoria de ninguna norma o principio”. (22)

También buscando los caminos, se ha hablado de poner la atención en lo que se llamó “defensa de la familia implicada”: analizar y ponderar la incidencia del daño producido respecto de la familia en particular que lo ha sufrido, pero como la propia autora que enuncia esta dirección lo dice: “defender la comunidad concreta padeciente y defender la institución familiar (que es aludir en rigor al “interés familiar”) también es defender al hombre y sus derechos fundamentales...” (23)

del derecho de daños en los conflictos derivados del incumplimiento de los derechos y deberes emanados de la responsabilidad parental, nos parece que una mirada pertinente acorde con la complejidad del tema, nos obliga a ampliar el estudio e indagar sobre aptitudes y ventajas de otras medidas, que no sólo aborden la idea de reparación en sentido amplio (incluso no jurídicas), sino también que estén a tono con un elemento fundamental como lo es la prevención”. V. asimismo KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños y perjuicios causados por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, *Rev. Der. Daños* 2001 - 2, p. 285.

(22) SCJBA, 24/04/1998 en JA, 1999-III-461, en especial voto del Dr. Eduardo Pettigiani.

(23) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “El principio de no dañar en las relaciones de familia” en “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, 2006, p. 370. Señala esta autora como “directivas o criterios propiciados para superar la tensión entre los principios”: a. el juicio de equidad, lo justo para el caso; b. el juicio de justicia, índice seguro para verificar la razonabilidad de la interpretación y citando a R. Vigo (“Los principios jurídicos”) dice que “el operador judicial no ha de circunscribir su mirada al caso sino que debe reflexionar sobre lo que la solución implica por su proyección en la realidad social íntegramente encarada y en los casos análogos (una decisión equitativa para el caso que ignore las otras dimensiones de la justicia general o justicia del bien común, puede terminar siendo inoperante y perjudicial incluso para el mismo

Los intereses “individuales” de los integrantes de la familia no pueden concebirse en menoscabo de los que correspondan al “interés familiar” del conjunto y en tal sentido sitúan esta cuestión central con claridad las palabras de quienes fueran dos apreciados juristas que mucho recordamos.

Señalaba Elías P. Guastavino, que “el interés familiar puede ser distinto del interés individual de los integrantes de la comunidad familiar, pero no es independiente...”, el interés individual no puede desvirtuar los intereses (fines) familiares”. (24)

Y Enrique Díaz de Guijarro, que con toda propiedad encuadra justamente el tema, dice: “en el interés individual encontramos la causa y el impulso de la acción, mientras que en el “interés familiar” hallamos la medida de la acción. (25)

Estos autores son aludidos también por Eduardo Zannoni, quien, por su parte agrega, que “el contenido de las relaciones jurídicas familiares trasciende el mero interés particular de los individuos para satisfacer, en muchos casos, contenidos de orden público. No dejan de ser relaciones de coordinación entre personas, aunque estén en función —o para lograr— de la satisfacción de intereses familiares”. (26)

En la parte correspondiente a la responsabilidad en el derecho de familia del “Tratado de la Responsabilidad Civil” del distinguido miembro de esta

beneficiario particular); el juicio de ponderación, cual de los intereses “abstractamente del mismo rango, tiene mayor peso en el caso concreto” (cita de LORENZETTI: “Las normas fundamentales del derecho privado”); el juicio de prudencia, ligado a la razón práctica. Y desde la enunciación de estos criterios la autora señala que “no cabe el rechazo a priori del principio de no dañar y sus consecuencias en el daño entre familiares pero sí es pasible de rechazo su empleo *à outrance*, esto es, de manera indiscriminada y automática, sin profundizar en la razonabilidad que resulte de confrontar los principios”. “No se concluye razonablemente negando la indemnización por daños entre miembros de una familia. Lo deseable es encauzar dicha responsabilidad armonizando los dos principios en juego”.

(24) GUASTAVINO, Elías P., “Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil”, *JUS*, n° 22, p. 56.

(25) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “Tratado de Derecho de familia”, t. I, n° 25.

(26) ZANNONI, Eduardo A., “Derecho de familia”, 2006, citado t. I, p. 56. También agrega este autor: “...mantener el derecho de familia dentro del derecho civil, reconociendo que la noción de orden público no es ajena a su contexto y que la existencia de intereses familiares no implica excluir su integración del derecho privado”, *ob. cit.*, p. 55. Este criterio, resulta obvio señalar, está lejos de la idea de la “inmunidad familiar” que llevo en los primeros tiempos a los tribunales ingleses y norteamericanos a

Corporación Félix Alberto Trigo Represas, se destaca por el doctor Gustavo S. Reviriego que hace un aporte en este tema, que aceptando en definitiva en el ámbito familiar el principio de “no dañar” (principio general del derecho y de jerarquía constitucional) “disciplinando la coexistencia y mitigando las consecuencias derivadas de la afectación de intereses no menos dignos de tutela que los que se originan en las relaciones jurídico-patrimoniales”, tal aceptación lo ha sido “sin dejar de reconocer concesiones a la especialidad del derecho de familia. (27)

Coincidentes conceptos se han expuesto al decir que, admitida la posibilidad de aplicación en el ámbito de la familia de las normas generales de la responsabilidad civil, “ello no implica que no deban valorarse (axiológicamente) los intereses individuales del damnificado y los intereses generales de la constitución de una familia y su estabilidad ...”. Y específicamente se ha puntualizado, que “...no son indiscriminadamente identificables el caso de la mujer que desinterpretó una promesa, con el de la mujer seducida con métodos engañosos; ni son idénticas la situación del cónyuge que es víctima de delitos penales y la de quien recibe injurias en un proceso de deterioro que desquicia el matrimonio por el relajamiento de las reglas del deber”. (28)

Asimismo en Jornadas de Derecho Civil se ha declarado que si bien se toman las disposiciones generales de la responsabilidad civil en las relaciones

rechazar toda demanda por daños entre cónyuges, posición ésta que naturalmente fue siendo dejada de lado. En Inglaterra con la reforma de 1962 que permitió la acción por daños y perjuicios a los cónyuges entre sí, y en los tribunales estadounidenses que comenzaron a partir de 1961 a admitir las demandas por daños entre cónyuges.

(27) TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2004 citado, t. IV, “Responsabilidad civil en el derecho de familia” p. 248. Se agrega aun que “..en el marco de una generalizada aceptación de la operatividad de la responsabilidad civil, se impone un ajuste en su aplicación a las instituciones del derecho de familia, a efectos de compatibilizar los intereses de orden familiar con los que demanden el resarcimiento de daños con criterio general”, ob. cit., p. 249.

(28) ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia” en LA LEY, 1991-A, 950 y ss. Advierten estos autores que en el sistema general de responsabilidad civil hay situaciones en que no obstante la existencia del daño no cabe su resarcimiento cuando de trata del ejercicio regular de un derecho, como se desprende de los arts. 1071, 1066 del CC e inc. 4 del art. 34 del C. Penal y que en otros casos se exigen factores de atribución especiales para darle lugar, no sólo la simple culpa, así, dolo o culpa grave para atribuir responsabilidad, por ejemplo, en la rendición de cuentas del tutor (art. 461 CC); y recordar la mala fe en el cónyuge para que en el caso de nulidad del matrimonio se le pueda reclamar indemnización por daños y perjuicios por parte del cónyuge de buena fe

de familia, los criterios de aplicación deben tener en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad y con el sentimiento de justicia de la comunidad. (29)

8. En el caso específico del posible daño intrafamiliar que se podría haber sufrido en los supuestos de separación personal o divorcio, y según lo adelantamos, ha habido quienes no aceptaron la posibilidad del resarcimiento. Porque, se dice, si se tiene en cuenta la obligación alimentaria que el cónyuge culpable debe continuar afrontando, además condenarlo por daños y perjuicios sería hacer recaer sobre él una doble sanción. Pero en realidad la obligación alimentaria que dispone el art. 207 del Código Civil a cargo del cónyuge que hubiera dado causa a la separación o divorcio no tiene carácter resarcitorio. También se dice que, remarcando la especialidad del derecho de familia, no habiéndose previsto en este terreno una norma específica referida a la reparación de daños, como ocurre en la nulidad del matrimonio para el cónyuge de buena fe (art. 225 ya citado), no puede reconocerse la posibilidad de estos reclamos. Guillermo A. Borda es quien, entre otros, insistió en esta posición, entendiendo que el cónyuge inocente ya encontraba satisfacción con las sanciones previstas de alimentos y de continuidad en la vivienda familiar, no pudiéndose agregar “otras reparaciones no previstas en la ley”. Sólo reconoció que si de los hechos que fundaban las causales de separación o divorcio derivaran lesiones físicas o atentado contra la vida del cónyuge o hijos, la reparación de los daños estaría asentada en la comisión de conductas penales, no en la causal de separación o divorcio. (30)

(art. 225 CC), etc. Y señalan que “Si bien “la relación familiar no puede implicar un valladar inexorable para los reclamos indemnizatorios de quienes, antes bien que integrantes de ella, son personas, correlativamente deben jugar pautas jurídicas condicionantes de la solución para cada situación en particular”, Remarcan que “la regulación de la responsabilidad en las relaciones de familia no se puede desentender de estos criterios genéricos...” y que “todavía ella está incidida por conceptos como el de la denominada solidaridad familiar que de alguna manera funde los destinos de sus miembros, o el de la designada como piedad filial. Estos autores, citando a LEGAZ Y LACAMBRA, Luis en “El derecho y el amor”, p. 136 señalan con referencia a la “*pietas filiae*”, “lo que llamaban los antiguos la piedra filial es una virtud a la vez interior y exterior” en un contorno que “debe ser recogido y regulado por el derecho”. Finalmente estos autores afirmaban que “...es preciso no someter la relación varón-mujer a temores y amenazas crematísticas (demandas económicas de reparaciones) que, en definitiva terminen desalentándola” y que “ese desaliento es alarmante porque podría llegar a poner en crisis a la familia como núcleo social”, ob. cit., p. 950.

(29) Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Méndez Costa, Santa Fe, 1990.

(30) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Familia”, t. I, p. 516 y ss. Sin perjuicio de las consideraciones que hemos dejado expuestas con an-

Aun para quienes rechazan la posibilidad de la reparación por el daño probado en los casos de separación o divorcio (reclamo indemnizatorio, ya dijimos, no contemplado expresamente por el legislador), sosteniendo la autonomía del régimen sancionatorio del Código (ya anotamos que ni el Código, ni la ley 2393 ni la ley 23.515 han efectuado una remisión al sistema general de responsabilidad civil), se ha deslizado la posición que llega a admitir, de todas maneras, que si los hechos que dan lugar a las causales de separación o divorcio provocaran daños de gravedad fuera de lo común que afectaran íntima y espiritualmente al cónyuge inocente, podría aceptarse la reparación por la afectación al bien moral. (31)

9. Lo que venimos diciendo sobre el “interés familiar” nos lleva a señalar que, desde esa base innegable (el interés común de la familia), será preciso aceptar ciertas exigencias para admitir los extremos propios de la responsabilidad civil en estos daños. Es decir, nadie dudaría de la legitimidad de la reparación de un daño ocasionado, pero en los “daños intrafamiliares” esa responsabilidad debe admitirse como se remarca en el “Tratado de la responsabilidad civil” del académico Trigo Represas, dentro de “especiales recaudos para tener por existente el daño y su relación de causalidad con el obrar del agente; para apreciar la producción de consecuencias dañosas de consideración (desde que en principio, el daño leve derivado de una simple negligencia no debe en general alcanzar para disponer una condena a reparar); para el condicionamiento del factor de atribución de responsabilidad (conducta gravemente culposa cuando no dolosa); y para una particular consideración de la antijuridicidad”. Se agrega: “...la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad civil, no puede hacerse con olvido de los intereses superiores que tienden a resguardar las instituciones del derecho de familia, de la estabilidad familiar, de los sentimientos de justicia de la comunidad y de los valores inherentes a la familia. Lo que obliga al tratamiento de las cuestiones de responsabilidad civil entre convivientes desde una óptica

terioridad de Salvatore Reviriego en el Tratado de la Responsabilidad Civil de Félix A. Trigo Represas y López Mesa, este autor desde luego también afirma que debe partirse de una inicial admisión general: ni “la falta de previsión legislativa, ni el hecho de que en determinados supuestos el legislador haya consagrado expresamente el derecho al resarcimiento (v.gr. en el caso de nulidad de matrimonio) constituyen razón suficiente para negar reparación en otras situaciones en las que la ley ha guardado silencio. Frente a la infracción del deber genérico de no dañar, el régimen regulador de la responsabilidad aquiliana brinda una respuesta que es, en principio, válida para todo el ordenamiento jurídico”, ob. cit., t. IV, pp. 250/251.

(31) V. El interesante desarrollo efectuado por CIFUENTES, Santos en “El divorcio y la responsabilidad por daño moral” en LA LEY, 1990-B, 805.

distinta a la que se utiliza para la apreciación de las situaciones dañosas entre extraños...” (32)

10. Si aludimos a la antijuridicidad en los daños intrafamiliares, esa infracción de “deberes” se “particulariza en determinados sujetos que, por la posición en la que se encuentran en relación a las instituciones familiares, están en situación de exigir de otros determinada conducta cuya desatención podrá generar responsabilidad”. (33)

Veamos. En el caso del divorcio el cónyuge que viola los que constituyen verdaderos deberes impuestos al matrimonio (arts. 198 y 199 del Código Civil) e incurre en alguna de las causales previstas en las normas del Código (arts. 202, 204 *in fine* —abandono— y 214 inc. 1° —divorcio—, del CC con excepción del caso de la separación por razón de alteraciones mentales graves del art. 203 del CC), incurre en una conducta antijurídica determinante de un acto ilícito (conducta culposa y grave aunque también se la ha juzgado como dolosa), (34) que más allá de las consecuencias pro-

(32) TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2004, citado t. IV, p. 248. Como se señala en esta obra, las notas particulares del régimen familiar hace que el principio de “no dañar” deba apreciarse “dentro de la existencia de ciertas limitaciones que a modo de exigencias de congruencia del sistema, operan en la apreciación de los requisitos generales que concurren a generar la responsabilidad civil, que se justifican por la especialidad de esta rama del derecho, en la que predominan los deberes de contenido extrapatrimonial que por regla deben ser cumplidos personalmente y cuya desatención suele determinar sanciones de carácter retributivo antes que resarcitorio ... concesiones en un marco de reconocimiento de la operatividad del deber general de no dañar”, ob. cit. p. 254. En las Jornadas de Responsabilidad por daños en homenaje a Bustamante Alsina de 1990 se aprobó un dictamen en el se consignaba que los daños y perjuicios en los casos de separación personal y divorcio exigen: contrariedad de la conducta del cónyuge culpable con los deberes u obligaciones emergentes del ordenamiento, (antijuridicidad); atribución de culpa o dolo, daño, relación de causalidad entre el hecho y el daño. Agregándose que tanto son reparables los daños materiales como morales (que no es indemnizable la pérdida de la vocación sucesoria ni la pérdida de la chance matrimonial, y que es indemnizable el daño por la disolución anticipada de la sociedad conyugal), que la acción por daños y perjuicios es autónoma si se trata de hechos ilícitos genéricos (injurias, instigación al delito y tentativa) y condicionada a la demanda de separación o divorcio en el casos de hechos ilícitos específicos (adulterio, abandono).

(33) TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado...”, 2004, citado, t. IV, p. 255 y ss.

(34) Jorge Mosset Iturraspe califica estos hechos de los cónyuges como “hechos dolosos y no culposos: no descuidos o abandonos en el obrar, sino accio-

pías del “ius familiar” puede dar lugar a “daños” que justifiquen una condena a reparar; en las relaciones filiales el padre que no cumple con el deber alimentario, incurre en una conducta antijurídica que viola “gravemente” un deber; y en la falta de reconocimiento por el padre del hijo extramatrimonial, la “antijuridicidad”, si bien parecía difícil de admitir desde que nuestra legislación otorga “el derecho” al reconocimiento por el padre pero no lo impone como una obligación, se ha concluido que tal conducta se torna “antijurídica” si se la toma frente no sólo “al derecho” del hijo a poder accionar reclamando su filiación (art. 254 CC), sino sobre todo luego de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (aprobada entre nosotros en 1990), ante la clara proclamación del “derecho del niño” a conocer su identidad (arts. 7 y 8). (35) Varios fallos últimamente vienen reconociendo esta

nes u omisiones que persiguen un resultado” a sabiendas y con intención”. V. MÉNDEZ COSTA, María J., “Los principios jurídicos...”, 2006, citado p. 360 b. Augusto C. Belluscio hace notar que en casos de las injurias graves se podrá estar ante la “culpa” más que el dolo (alude a conductas culposas no dolosas en las injurias “sin *animus injuriandi*”) “pero que se concretan en proceder que se sabe o debe saberse que son incompatibles con los deberes conyugales”: “Daños y perjuicios derivados del divorcio” en “Responsabilidad civil en el derecho de familia” n° 9. MÉNDEZ COSTA en “Los principios...”, citado p. 360 expresa “con exactitud, solo en la causal de injurias graves cabría remitirse a la culpa pues en todas las otras motivaciones de la separación personal o divorcio causados se trata de acciones dolosas” (aún el supuesto del art. 204 CC si uno de los cónyuges demuestra su inocencia en la interrupción de la convivencia). En verdad la antijuridicidad en el derecho de familia debe analizar primordialmente “la intensidad de la ofensa inferida a la dignidad del cónyuge o del hijo...” “que “la antijuridicidad aparece claramente si se comprende que la misma consecuencia que deriva de la violación de un precepto legal expreso, deriva de la violación de prohibiciones implícitas, desprendidas de reglas éticas de respeto por la persona y por su convivencia”: “los principios jurídicos...” citado pp. 358, 373, con cita de LORENZETTI, Ricardo Luis, “La responsabilidad civil” en LA LEY, 2003-A, 973.

(35) LLAMBÍAS, Jorge en su “Tratado de derecho civil. Obligaciones” dice: “cuando la desaprobación legal surge limpiamente del ordenamiento jurídico apreciado en su plenitud, es indudable que el acto es ilícito aunque falte un texto explícito que prohíba su realización...” y que “...hay necesidad de obrar toda vez que la pasividad sea desaprobada o descalificada por el ordenamiento jurídico mediante un mandato explícito del legislador de obrar, o por la imposición de una sanción al sujeto inactivo o por abuso de la libertad de abstenerse en que él incurra”: t. III, n° 2208 y ss.. V. también MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia”, 2008, p. 151.

reparación del agravio “moral” al hijo no reconocido, calificando la conducta del progenitor no reconociente de “antijurídica”. (36)

En el caso de la separación o divorcio el presupuesto de “antijuridicidad” se da frente a los hechos que justifican su declaración, pero los daños experimentados también pueden resultar para algunos autores, derivados de la “separación o divorcio en sí” (37) que a veces, esencialmente en el orden moral (“protección de los sentimientos” de que hablaba Rébora), pueden alcanzar verdadera y *grave* entidad. (38) Aunque en el supuesto de divorcio por culpa de ambos, “no sería indemnizable el daño moral sufrido por los esposos ni los que fueran causados con motivo del divorcio

(36) Según la sentencia de la Suprema Corte de J. de Buenos Aires, Ac. 46097, 17/03/1992, no podía considerarse como ilícito —se decía— que no se hubiera reconocido por el padre al hijo extramatrimonial por cuanto no existía determinada la “obligación” de hacerlo (argumento del art. 1066 CC). Sin embargo en el posterior Ac. 59.680 del 28/04/1998 (DJBA 155-83; ED, 181-226), se aceptó la reparación del agravio moral en este caso del no reconocimiento del hijo. Extendió la interpretación del art. 1066 haciendo valer: 1. el derecho del hijo a reclamar el reconocimiento (art. 254 CC); 2. diciendo además que no sólo hay “sanciones” para el padre (art. 3296 bis CC: indignidad para suceder al hijo), sino que se está ahora ante el “derecho humano a conocer la identidad” (Convención de los Derechos del Niño) (Adla, L-D, 3693), principio de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Reconoce así que existe de esta manera un deber del padre a reconocer, y si no lo hace su conducta resulta antijurídica y configura grave culpa o dolo.

(37) El daño moral se ha considerado que también se deriva, aunque de manera indirecta, de los hechos que dieron lugar a la separación o divorcio, y si queda comprobado, la obligación de reparar sería procedente. Pero dice Graciela Medina que el daño será indemnizable siempre que el agravio invocado “guarde una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del divorcio” ... “porque se debe responder hasta las consecuencias mediatas del obrar antijurídico”: “Daños en el derecho de familia” 2008 citado p. 71. Los daños por la separación o divorcio en sí, son causa indirecta de los hechos ilícitos producidos por el cónyuge culpable que justificaron la propia separación o divorcio, por lo cual si asumen en todo caso la “gravedad” que algunos exigen, resulta justificada su reparación: BELLUSCIO, Augusto C., “Daños y perjuicios derivados del divorcio...”, Rev. Resp. Civil en Der. de familia 1983, n° 9; BARBERO, Omar U., “Daños y perjuicios derivados del divorcio” 1977, n° 180. y MÉNDEZ COSTA, María J., “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, 2006, citado, p. 358, LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., “Derecho de familia”, 1989, p. 53.

(38) En este supuesto los daños morales, aunque puede haber incidencias de orden material, serían la “frustración de un proyecto de vida unida en matrimonio; pérdida de la compañía y asistencia espiritual, padecimiento de la soledad, pérdida del nivel social de la esposa, pérdida de colaboración para crianza y edu-

o separación en sí, pero si en cambio los daños materiales derivados de los hechos constitutivos de las causales del divorcio o separación”. (39)

A los fines de establecer la “ilicitud” de la conducta, indudablemente respondiendo a la característica especial de este derecho familiar, como lo hemos ya dicho, se ha remarcado que tienen una indudable influencia “las valoraciones morales y costumbres sociales” (40) Graciela Medina dice que “en el ámbito del derecho de la responsabilidad familiar entre los miembros de una familia, la “antijuridicidad” tiene una presencia muy fuerte y cuando se admite la obligación de reparar siempre debe existir un acto antijurídico”. (41) Y para Mosset Iturraspe la antijuridicidad deviene de la “transgresión de una obligación jurídica de obrar que abarca los deberes legales y los impuestos por las buenas costumbres, el orden público y la buena fe”. (42)

11. Enfocada la apreciación hacia la conducta antijurídica asumida por el familiar autor del daño, surge ahora un nuevo límite.

La responsabilidad objetiva “no tiene acogida en la responsabilidad civil familiar en el ámbito interno, es decir, entre sus miembros (intra-

cación de hijos, mortificaciones que sufren los hijos con motivo de la separación o el divorcio que es sufrimiento propio que se debe computar para el cónyuge inocente”, etc.: MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia”, 2008, p. 69; FERRER, Francisco A. M., “Resarcimiento del daño en el divorcio y la separación personal” en “Código civil comentado...”, 2004, p. 296; SAMBRIZZI, Eduardo A., “Daños en el derecho de familia”, 2001 citado, p. 145, n° 69.

(39) SAMBRIZZI, Eduardo A., “Daños en el derecho de familia, 2001 p. 147.

(40) TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2004 citado, t. IV p. 255.

(41) MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia”, 2008, p. 26 donde agrega como ejemplos, que “...cuando se admite la obligación de reparar en el divorcio o en la falta de reconocimiento de un hijo, hay un deber jurídico violado y por eso se condena a indemnizar al dañador...” dice también que “en general no se advierte que en el derecho de la responsabilidad familiar se acepte (llanamente) la obligación de reparar el daño injustamente causado, es decir, que se recepte la teoría del daño injusto; así por ejemplo, no se condena a reparar la falta de amor o el desamor o la preferencia de un padre hacia un hijo matrimonial sobre el extramatrimonial, que evidentemente causa un daño pero que parte de la violación de deberes morales sin contenido jurídico”. Salvo, agregamos, que tales actitudes, gravemente culposas, causen a su vez un daño de gravedad convenientemente comprobado, como se anota más adelante en el texto.

(42) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, t. I, n° 13. V. asimismo *supra* nota 35.

familiar), donde por el contrario el factor de atribución sigue siendo la culpa o el dolo, más precisamente la culpa grave”. (43) Por consiguiente, la imputabilidad (factor de atribución de la conducta jurídica) en el terreno de los “daños intrafamiliares” será una atribución de responsabilidad subjetiva: por dolo o por culpa (arts. 1109 y conc., del Código Civil), (44), lo que nos lleva al mismo tiempo, particularmente, a la necesidad de la “calificación de la culpa” del familiar responsable.

La culpa que se exija debe entenderse como una “culpa que encierre gravedad”. En tal sentido en fallo de la Cámara Nacional en lo Civil del año pasado se ha dicho que la culpa en el derecho de familia debe entenderse como “mal desempeño de un rol” que constituya una *grave inconducta* que al propio tiempo produzca un serio agravio”. (45) Con igual alcance lo hemos visto en el Proyecto de Código Civil de 1998 que establece una culpa “calificada” para la responsabilidad intrafamiliar. “...Hay una clara tendencia a limitar la atribución de responsabilidad a los supuestos de culpa grave. Tanto razones superiores de cohesión familiar como las más pedestres derivadas de las dificultades que presenta la misma convivencia concurren a recomendar la gradación de la culpa”. (46) También volvemos a remarcar que la legislación acepta a veces daños cuando pueden resultar del legítimo ejercicio de un derecho (arts. 1071 y 1066 del Civil) y califica en muchos otros casos la conducta del autor del daño como lo hemos ya recordado. (47)

Exigir la configuración de “culpa grave”, tiene el propósito de “limitar los factores subjetivos culposos de atribución de responsabilidad a casos de

(43) MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia”, 2008, p. 24, agregando la autora “...ni el matrimonio es una actividad o acto riesgoso ni lo es el divorcio, y existe un derecho positivamente reconocido a casarse y a poner fin al matrimonio: por ello el ejercicio de ese derecho solo puede originar el deber de reparar si el factor de atribución fue el dolo o la culpa, y más precisamente la culpa grave”.

(44) SALVATORI REVIRIEGO, Gustavo J. en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de responsabilidad...” 2004 citado t. IV, p. 256, “... El deber que se infringe no constituye técnicamente el cumplimiento de una “obligación”, por ende la responsabilidad será en tales casos necesariamente aquiliana”. *ídem de ídem*.

(45) CNC, sala I, 09/02/2010, “FZH c. TEC s/divorcio”, ED, 12/08/2010, n° 12564, p. 5.

(46) SALVATORI REVIRIEGO, Gustavo J. en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado...” citado, *ídem de ídem*.

(47) V. *supra* nota 28.

excepción, en los que se produce ese efecto negativo cuando el sujeto agente ha desbordado los límites de conducta normalmente respetados por las personas corrientes”, dice Graciela Medina y, citando a Nicolás H. Barbato, agrega “la entronización de la culpa grave como presupuesto de atribución implica dejar dentro del ámbito de la neutralidad jurídica a omisiones, inadvertencias e incumplimientos de deberes que serán insuficientes para producir el efecto de atribución de responsabilidad”. Evidentemente en el caso del divorcio o separación la conducta *levemente culpable* (por ejemplo las desavenencias simples cometidas con “culpa leve”) en principio no configura causal ni tampoco será entonces un factor de atribución de la posible responsabilidad civil por daño que se pretenda alegar. (48)

Nos detenemos un momento en un supuesto: Reteniendo la idea del “grave” accionar del familiar responsable del daño, es que hemos leído repetidamente que la indemnización no cabe por actos que simplemente son expresiones de desamor, de pérdida del vínculo afectivo, aunque puedan implicar un apartamiento de los deberes familiares, (49) y tanto para la separación personal como para otras relaciones de orden familiar. Sin embargo, precisamente indagando la *medida de la culpa asignada* y teniendo presente la exigencia de “*gravedad*” que venimos remarcando, cabe aquí, como lo han hecho sentencias judiciales, “calificar” la conducta culposa del familia, de forma tal que si en una relación paterno filial tal “desamor” llega a provocar *graves* consecuencias en la persona que lo sufre, determinando una “*conducta gravemente culposa*” de su autor, se ha podido justificar el reclamo indemnizatorio. Así lo ha hecho ver también un interesante precedente de la justicia italiana del 2008 (Tribunal de Lecce, Maglie) en el cual la falta por parte del progenitor de apoyo espiritual y afectivo hacia sus hijas, que asumió el carácter de “grave”, dio lugar a una condena indemnizatoria. (50) En ese caso, no obstante la contribución económica prestada por el padre, se acredita una total y absoluta privación del “afecto paterno” (sin gesto de aprecio o cariño alguno hacia las mismas

(48) MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia”, 2008, pp. 81, 83 y BARBATO, Nicolás H., “Culpa grave. Derecho civil y Derecho de seguros”, Rev. Der. Priv. y Com. n.º 19, 1998 p. 176. En contra TARABORELLI, José N., “La culpa grave en las relaciones de familia según el Proyecto de CC unificado con el C. de Comercio” en LA LEY, 2000-D, 1182.

(49) CNC, sala F, 21/05/1993 en JA, 1994-I-321. V. *supra* nota 41.

(50) Sentencia de fecha 03/09/2008. Se trató de dos hermanas gemelas, nacidas al mismo tiempo que se producía la trágica muerte de su madre, y que fueran entregadas a parientes tanto del padre como de la madre que cuidaron y criaron a las mismas hasta la mayoría de edad (tíos).

durante toda su minoridad), poniendo en evidencia una “grave inconducta” del progenitor, lo que les provocó a su vez una “grave” incidencia “comprobada” en el desarrollo de sus personalidades (contrariedades, problemas y afectación de sus comportamientos sociales, sentimiento de vergüenza y disminución, etc.), lo que el tribunal italiano consideró que daba lugar a un daño intrafamiliar cuya *gravedad* estaba acreditada y que debía ser reparado.

12. Recordamos de paso, en este terreno, que en el *derecho suizo* se exige para la procedencia del daño moral que se dé un “grave atentado” a los intereses del inocente, “*gravedad* que debe interpretarse como referida tanto a la extensión del daño como a la calificación de la conducta del culpable (CC art. 151); y en el derecho griego (art. 82 del CC de 1946) se requiere “grave ofensa” hacia el cónyuge no culpable del divorcio. El Código Civil Uruguayo, por su parte, contempla el caso de perjuicios de índole intrafamiliar por mala administración de los bienes de la sociedad conyugal, pero requiriendo una conducta que configure una gestión *dolosa o gravemente culposa* (arts. 1969 y 2008).

Es acertada, pues, en nuestro criterio la orientación evidenciada en el Proyecto de Código Civil de 1998, (51) en cuyo Capítulo I referido a la “Responsabilidad civil” (del Tit. IV del Libro Cuarto), y en el Parágrafo 8° y sobre los “Casos en los que se exige dolo o culpa grave”, el art. 1686 dispone que sólo hay responsabilidad, si se obra por dolo o culpa grave: a. si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia...” Y culpa grave en el Proyecto se da por la “*falta extrema de diligencia*”, que se “*asimila al dolo*” (inciso c) del art. 1604).

A su vez el art. 1589, también de ese Proyecto, en la Sección Primera del mismo Capítulo de la Responsabilidad civil señala que “El daño está justificado” ... d. En el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad de sus miembros y, en su caso, de la piedad filial”.

Y el art. 525 siempre del mismo Proyecto (Cap. III, Tit. IV del Libro Tercero), —y concordantemente el art. 529— admite expresamente la posibilidad del reclamo de reparación de “los daños materiales y morales” que la separación o el divorcio hubieran causado al cónyuge inocente. La demanda, dice la norma, sólo será procedente “en el mismo proceso” de separación o divorcio y que en

(51) Comisión designada por Decreto 685/1985, y Proyecto firmado por los Dres. Héctor Alegria, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

todos los casos se aplica lo dispuesto en el artículo 1686 que hemos ya aludido. El art. 551 a su vez señala en su segundo párrafo “Los daños causados al hijo por no haberlo reconocido son indemnizables conforme el artículo 1686”.

13. El “interés familiar”; la culpa calificada; y también aquí, finalmente, una referencia sobre “la limitación” que se opera en cuanto a la determinación y cuantificación del daño propiamente ocasionado.

Algo ya adelantamos sobre que el daño en el ámbito intrafamiliar debe tener una *entidad suficiente* que justifique la reparación: el daño leve no sería reparable. “El reclamo indemnizatorio no es viable cuando el daño sólo involucra perjuicios pequeños y triviales, aunque se reúnan todos los demás requisitos de la responsabilidad aquiliana”. (52)

De tal forma, y en orden a la lesión más corriente en este terreno, o sea al “daño moral”, corresponde subrayar —para apartar muchas veces “aventuras judiciales” y remarcar la verdadera trascendencia que debe atribuirse al perjuicio que se alegue— que, con apoyo en la jurisprudencia de nuestros tribunales, se ha ido construyendo una doctrina que se nutre de conceptos repetidamente expuestos: se requiere en estas demandas “reparatorias” familiares que “el daño moral” a reconocerse tenga *gravedad*, posea cierta envergadura...”, caracterizándolo como “una lesión espiritual de razonable hondura que hiera o quebrante los sentimientos o el equilibrio subjetivo de una persona que afecte su personalidad con una entidad tal en el sufrimiento que supere los meros malestares, inquietudes o alteraciones anímicas que crean las vicisitudes de la convivencia con otra persona, o las simples penas y conflictos propios de la vida del hombre”. (53) En general se ha notado que los magistrados han sido sumamente exigentes para desentrañar la gravedad del agravio y para dar por existentes estos daños. (54)

(52) FERRER, Francisco A. M., “Responsabilidad en las relaciones de familia” en “Derecho de Familia”... 2008, citado p. 460: “La lesión debe tener entidad suficiente como para justificar una condena. El daño moral no es título para hacer indemnizable cualquier molestia, perturbación de ánimo o mortificación espiritual”.

(53) CNC, sala K, 14/02/2002, y FERRER, Francisco A. M., “Responsabilidad...” citado p. 461. V. asimismo las interesantes consideraciones sobre la configuración del daño moral efectuadas por el académico Mariano Gagliardo en su comunicación del “Perfil ...”.

(54) Se lee en el “Tratado de Responsabilidad Civil” de TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, 2004, t. IV, ídem p. 257: “Se detecta también una mayor gravitación de la equidad y de la discrecionalidad de los jueces en la fijación de la

Si bien es cierto, como se ha advertido, que existe tanto el derecho a contraer matrimonio como el derecho a separarse o divorciarse, lo cierto es, como también se deja reconocido, que las causas que fundan la separación o el divorcio determinan una “conducta antijurídica” que, fuera de las consecuencias que la legislación de familia contempla, pueden provocar daños que deben ser reparados. (55) Hace casi treinta años un precedente judicial de la sala II de la Cámara Primera de Apelaciones de La Plata, condenaba a reparar el agravio moral producido por el divorcio”, admitiendo el reclamo resarcitorio como consecuencia del adulterio cometido por la esposa (además de las injurias graves y abandono del hogar en que incurriera), desde que, se decía en el pronunciamiento, la infracción al deber de fidelidad había provocado en el otro esposo “*graves*” padecimientos

indemnización, puesto que, por los valores comprometidos, debe asegurarse la proscripción del abuso”, y citando a Omar Barbero, “Daños y perjuicios derivados del divorcio”, 1977, p. 247, se transcribe en la obra: “si el juez no procede de este modo, corre el riesgo de abrir la puerta al negocio vil con este tipo de juicios, permitiendo injusticias mayores que las que se quieren evitar mediante la admisión de estas acciones resarcitorias”. Se menciona, en la cita que efectuamos, la idea de “una justa indemnización” prevista en el derecho suizo a favor del cónyuge inocente del divorcio o en la discrecionalidad acordada inicialmente al juez en el derecho italiano (Ley 898 de 1970, asignación compensatoria resarcitoria, carácter que pierde con la ley 74 de 1987). V. SAMBRIZZI, Eduardo A., “Daños en el derecho de familia”, 2001, citado p. 148 y ss.

(55) Las causales de separación o divorcio sin duda pueden lesionar el “derecho a la vida del cónyuge inocente, el derecho a su integridad física y moral, a la de sus hijos, su derecho a la lealtad del consorte, el derecho a ser moral y materialmente asistido, el derecho a tener una convivencia”, y como ejemplos de posibles daños concretos Méndez Costa anota por ejemplo que “hay daño patrimonial en el deterioro de la reputación que incide en la actividad laboral o profesional disminuyendo expectativas razonables de obtener ingresos; en lesiones físicas o psíquicas sufridas...”; y hay posible daño moral “en la lesión de los sentimientos y afecciones del consorte, de su honra, de su dignidad y su seguridad personal...”. Y extendiéndonos a lo que puede sufrirse “a consecuencia del divorcio en sí”, se ha dicho que la sentencia desde que decreta la separación personal o divorcio acarrea daños como es en lo patrimonial la extinción de la sociedad conyugal de pleno derecho (art. 1306 del CC, con la partición de ganancias que pueda ser solicitada), el deterioro del nivel de vida socioeconómico que la sola asignación alimentaria pueda permitir mantener. El daño moral (la “protección de los sentimientos” de que hablaba Rébora) que puede producirse en la separación y el divorcio puede ser muy profundo a consecuencia de lo que se sufre por la separación de los padres y las consecuencias del discernimiento de la tutela de los hijos (la inclinación muchas veces no es hacia el inocente sino en todo caso hacia el más “apto”. Y

psíquicos y sentidas sanciones sociales al adquirir la situación estado público, lo cual no podía sino constituirse en un evidente y “grave daño moral” contemplado por el art. 1078 del Civil. (56)

14. La necesidad de la especial consideración que estamos remarcando, detenida en la “apreciación acerca de la verdadera *gravedad*” de los daños intrafamiliares, también ha conducido a los mismos magistrados a señalar que, por ejemplo, el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil de 1994 según el cual puede condenarse al cónyuge culpable también a reparar el daño moral ocasionado al inocente, (57) debe interpretarse como que la consecuencia de esta reparación “no puede ser automática” (descontando dolor y agravio), sino que debía quedar supeditada “a las particularidades de cada caso según el análisis de elementos de juicio que se aporten, la conducta de los cónyuges y la entidad del daño moral que uno de ellos alega.” (58)

15. En el derecho italiano, las sentencias de distintos tribunales vinieron admitiendo la vigencia de los principios generales de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia, ponderando la *gravedad* de las conductas y la comprobación de *daños significativos*.

Desde ya la conocida decisión del Tribunal de Piacenza del año 1950 (31 de julio de 1950) que acogió la demanda de una hija contra su padre por

en el caso del no reconocimiento, la grave culpa y el significativo daño moral del hijo extramatrimonial ha de presentarse como evidente. V. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Los principios jurídicos...” 2006, citado, p. 362.

(56) C. 1ª CC. La Plata, sala II, en LA LEY, 1983-C, 348.V. BARBERO, Omar U., “La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio” en ED. 107 p. 925.

(57) Cám. Nac. en lo Civil de la Capital Federal en pleno, in re “G.G.G. c. B. de G.S.M.”, 20/09/1994 en LA LEY, 1994-E, 538; ED, 160-162.

(58) Entre otros, Cam. Nac. en lo Civil de la Capital Federal, sala A, 30/09/2010 in re “O.C. c. M.M.O.D.” en LA LEY, 2009-B, 702 y causas de la misma sala, n° 224.667, 25/09/1997; n° 234.046, 20/04/1998 y n° 267-131, 11/08/1999; sala D, 03/02/2006 in re “I. de A.L.M. c. A.H.E.” en La Ley Online. Julio César Rivera en sentido concordante señala que “conviene aclarar que el fallo plenario no implica que siempre el cónyuge inocente va a tener derecho a la indemnización reparadora y que admitir la posibilidad de responder por daños que provengan de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, no implica que éste sea un efecto que necesariamente se produzca en todos los casos...”: “Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio ¿Permite el plenario las indemnizaciones de equidad?” En JA, 1994-IV-576.

haberle transmitido una enfermedad (sífilis), provocando por entonces, tal fallo, una gran crítica doctrinaria. Luego, ya en 1990 un tribunal de Verona hizo lugar a una demanda reparatoria del hijo contra los padres por haber nacido con padecimientos originada en afecciones de los progenitores. Un tribunal de Torino el 31/03/1992 aceptó fundando la *gravedad* que evidenciaban los hechos, la indemnización del daño moral a favor de la hija reconocida falsamente por quien figuraba como su padre; tribunales de Roma de 13/06/2000 y de Monza de 05/11/2004 reconocieron la reparación a favor del cónyuge que no tiene la guarda del hijo por la obstaculización *dolosa* que impedía el cumplimiento del régimen de visitas (tema que han abordado recientes fallos de tribunales nuestros); un tribunal de Firenze del 13/06/2000 acordó la indemnización a favor de la esposa abandonada en estado de gravidez, atribuyendo al esposo abandonónico una conducta de “*gravedad*”, etc.

En el derecho francés es interesante señalar que el art. 266 de su Código Civil, con la reforma de 1975, permitía expresamente que cuando el divorcio fuera decretado por culpa de uno de los esposos éste podía ser condenado al pago de “los daños y perjuicios materiales o morales” que hubiera causado a su otro cónyuge. Fallos de tribunales franceses habían reconocido aun antes de la época de esta reforma, y más tarde en sentencias posteriores a 1975, que, con independencia de la prestación alimentaria prevista a cargo del cónyuge culpable, el inocente podía reclamar los daños y perjuicios materiales o morales, ello por aplicación de la norma genérica de responsabilidad civil del art. 1382 del Civil (similar al art. 1109 de nuestro Código Civil). (59) Pero la última reforma a la legislación francesa por la ley 439 del 26 de mayo de 2004 modifica el art. 266 del Código Civil ya citado, estableciendo que, decretada la definitiva ruptura del vínculo matrimonial, el esposo que no pidió el divorcio y, en el caso, el esposo que lo obtuvo por culpa exclusiva del otro puede obtener una indemnización de los daños reparatorios de las consecuencias “de una *particular gravedad*” que ha sufrido. Esta “limitación” del daño reparable a consecuencias de una “*particular gravedad*” obligará en verdad, como lo dice Augusto C. Belluscio, “a un mayor rigor en su apreciación que la anterior referencia genérica al perjuicio material o moral”. (60)

(59) LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., “Régimen del matrimonio. Separación judicial y divorcio”, p. 318; y SAMBRIZZI, Eduardo A., “Daños...”, 2001, citado p. 170 texto y notas.

(60) BELLUSCIO, Augusto C., “La nueva ley de divorcio francesa”, LA LEY, 06/08/2004 p. 1.

16. Digamos en conclusión que, en el ámbito del derecho de familia, la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil confiere una respuesta ineludible al principio de “no dañar” y a la consiguiente sanción reparatoria del daño ocasionado (arts. 19 de la Constitución Nacional y arts. 1109 y conc., del Código Civil).

Pero para la resolución de los casos en los “daños intrafamiliares”, en la valoración de los requisitos generales propios de la responsabilidad civil, la decisión está sujeta a exigencias particulares, ya sea en la innegable necesidad de conjugar siempre la implicancia del concepto del “interés familiar”; ya sea en la necesidad de proyectarse en una especial consideración sobre la “antijuridicidad”; ya sea en la necesidad de demandar una “calificación” de la conducta del autor del hecho dañoso; y ya sea, también, en la necesidad de apreciar el daño en sí, en su configuración y entidad.

LOS “ESPECIALES VINCULOS” DEL ART 33, INC. 2º DE LA LEY DE SOCIEDADES

POR RAFAEL M. MANÓVIL (*)

“Cuando la influencia se traduce en una ingerencia interna, aun cuando no afecte a la persona jurídica en su existencia, se alteran y trastocan los principios del sistema de derecho que regula su funcionamiento”.

1. Introducción y conceptos liminares. 2. Alemania: desde los orígenes remotos hasta el AktG de 1965. 3. El primitivo Art. 2359 del Cód. Civ. italiano y sus orígenes. 4. La evolución en Alemania. 5. La evolución de la normativa italiana. 6. Algunas precisiones que resultan del derecho italiano. 7. El régimen argentino. 8. La diferencia de substancia entre el control interno y el control externo. 9. Cuánta influencia dominante debe derivar del contrato. 10. Fuentes no contractuales de dominación externa. 11. Efectos de la calificación de control y su difícil asimilación en los casos de control por especiales vínculos. 12. Tampoco la inoponibilidad de la personalidad jurídica justifica la equiparación del control externo al control interno.

1. Introducción y conceptos liminares

La elección de este tema para mi primera comunicación a este ilustre cuerpo, se debe a una preocupación que data de muchos años, casi deve-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 14 de julio de 2011.

nida en obsesión: la de demostrar el error de la equiparación de vínculos contractuales, e incluso de otros no individualizados, pero en ambos casos *especiales*, a las relaciones participativas, directas o indirectas, para definir el control societario. Me limito aquí exclusivamente a la función societaria de esa definición porque participo de la opinión de quienes sostienen que la caracterización del *control*, lo mismo que la de la *empresa*, tiene connotaciones finalistas según la rama del derecho y hasta según la normativa concreta que requiera valerse de ese dato. El propósito de caracterizar una relación como de *dominio o control* no es el mismo en materia fiscal, donde está en juego la apetencia del Estado para aprehender correctamente los hechos imposables, que en el derecho de defensa de la competencia, donde se trata de establecer los mecanismos que impidan que por una concentración excesiva de poder se afecte el mercado, que en el derecho laboral, donde se procura proteger a los trabajadores, que en el derecho de la insolvencia, cuya finalidad es proteger a los acreedores, que en el derecho de los mercados de capitales, cuya finalidad es proteger la transparencia de las transacciones, que, finalmente, en el derecho societario, cuyo principal objetivo es reglar el adecuado y transparente funcionamiento interno de la persona jurídica societaria, así como su inserción en el mundo jurídico externo y los vínculos establecidos con éste. Esta última perspectiva debería inducir a una reflexión, por cierto no demasiado frecuente, acerca de cuál es el contenido, el alcance y la finalidad del Derecho Societario como un todo, cuestión que, por cierto, excede los límites de esta comunicación.

Lo cierto es que el legislador de 1983 modificó el Art. 33 de la Ley de Sociedades Comerciales y a la tradicional definición del control participativo, no sólo añadió una clara diferenciación entre el denominado *control interno de derecho* y el *control interno de hecho*, sino que agregó el denominado *control externo de hecho*. Para ello introdujo la figura del ejercicio de una *influencia dominante*, ya no sólo a través de participaciones directas o indirectas en la sociedad controlada o dependiente, sino también “*por los especiales vínculos existentes entre las sociedades*”.

Esta formulación, cuyo origen se indagará enseguida, no deja de sorprender cuando se tiene presente que con la noción de *control* (o *dominación y dependencia*) sobre una persona jurídica, se alude a un dato que afecta algunos de los elementos característicos que el ordenamiento creó y consolidó para esta última. Como sujeto con autonomía jurídica y patrimonial y con separación respecto de cualquier tercero, incluidos sus miembros, (1) en la persona jurídica el proceso de formación de su voluntad surge de

(1) WIEDEMANN, Herbert, Gesellschaftsrecht, Ed. C.H. Beck, München, 1980, p. 198.

sí misma, (2) ocurre en su seno interno. Es más: el principio mayoritario para la adopción de resoluciones orgánicas se legitima en la autonomía del sujeto en tanto la actuación de sus órganos está condicionada por su propia legitimación interna, orientada por un objeto y finalidad propios. (3) En este marco, las influencias externas a las que pueda estar expuesta la persona jurídica, lo mismo que la persona física o natural, no tienen reflejo sobre su funcionamiento orgánico y, por tanto, no la afectan en tanto sujeto de derecho. En cambio, cuando la influencia se traduce en una ingerencia interna, aun cuando no afecte a la persona jurídica en su existencia, se alteran y trastocan los principios del sistema de derecho que regula su funcionamiento. (4) Al respecto, a principios de los años treinta ha dicho Kronstein, un notable autor alemán, que cuando una persona jurídica es dependiente, *“la independencia de la formación de su voluntad, así como el fin propio de la organización corporizada en la persona jurídica, son, total o parcialmente, sólo aparentes. Su voluntad es dominada decisivamente desde afuera, sus fines se ubican en mayor o menor medida fuera de sí misma; su única meta no es ya el propio y más grande éxito posible, sino en forma más o menos exclusiva, la consecución de ventajas para ciertos miembros, o para personas totalmente extrañas”*. (5)

Estos efectos no pueden producirse si no es a través de una relación por la que la persona jurídica, en el caso, la sociedad, está sometida a otro sujeto que ejerce *poder*. Quien dispone de ese *poder* puede hallar diversas limitaciones para ejercerlo. Algunas de ellas pueden derivar del ordenamiento cuando tiende a proteger los intereses en riesgo frente a esa realidad. De todos modos, el modo natural en que se establece esa relación de poder es mediante el dominio que se impone a los órganos sociales para la adopción de sus resoluciones. Esto puede ocurrir, en rigor, sólo por dos medios: la presencia del controlante, directa o delegada, pero en todo caso decisiva, en los órganos sociales mismos, o un contrato con fuerza obligatoria por el cual el órgano social está constreñido a acatar las instrucciones y requerimientos de aquél. Esto último sólo es posible mediante contratos cuyo directo *objeto* es la dominación sobre la sociedad o su órgano de administración. Empero,

(2) SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 2ª edición, Carl Heymanns Verl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1991, p. 400.

(3) WIEDEMANN, H., *Gesellschaftsrecht*, cit. nota 1, p. 212 y ss.

(4) Cfme.: SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, cit. nota 2, p. 401.

(5) KRONSTEIN, Heinrich, *Die abhängige juristische Person*, J.Schweizer, München-Berlin-Leipzig, 1931, pp. 6/7.

por razones que exceden esta exposición, contratos de esta naturaleza sólo son lícitos si la ley los autoriza expresamente. Esto sólo ha ocurrido a partir de 1965 en Alemania, en Brasil a partir de 1976, en Portugal a partir de 1986, y luego de la caída del muro de Berlín, en Eslovenia y Croacia.

La protección que establezca el ordenamiento puede haberse implementado a partir de la presencia de una intensidad calificada de tal *poder*, por ejemplo, desde que se está en presencia de lo que la norma denomina *influencia dominante*. Esta noción es decisiva para el estudio del control por vínculos no participativos, porque, precisamente, junto con la instrumental relación jurídica que funda el vínculo, debe lograrse el efectivo ejercicio de esa *influencia dominante*. Y aunque el ejercicio de ésta tenga en el derecho argentino y en su modelo italiano dos fuentes distintas, la participativa y la externa, en la doctrina italiana se ha señalado con acierto que se trata de dos instrumentos para una análoga calidad e intensidad de influencia dominante, a saber, la que tenga equivalente idoneidad para ser ejercida de modo estable sobre la estructura organizativa y la gestión de la sociedad controlada. (6)*Influencia*, como acción y efecto de influir,

(6) RENZULLI, Mariangela, Il controllo contrattuale, tesis inédita en la Universidad de Catania, 2009/2010, pp. 26/7 y notas 69 a 71, con citas de LAMANDINI (Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica, Milano 1995); PASTERIS, Carlo, (Il “controllo” nelle società collegate e le partecipazioni reciproche, Milano, 1957); NOTARI, Mario (La nozione di controllo nella disciplina antitrust, Ed. Giuffrè, Milano, 1975); MINERVINI, Gustavo (La capogruppo e il “governo” del gruppo, en “I Gruppi di Società”, atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16 al 18.11.95, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996, Vol. II, p. 1564); JAEGER, Pier Giusto (Le società del gruppo tra unificazione e autonomia, en “I Gruppi di Società”, atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16 al 18.11.95, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996, Vol. II, p. 1425); BASSI, Amedeo (Gruppi di imprese, en “Manuale di diritto commerciale a cura di Vincenzo Buontuore, Ed. Giappichelli, Torino, 2007); ABADESSA, Pietro (I gruppi di società nel diritto italiano, en “I gruppi di società, ricerche per uno studio critico a cura di Antonio Pavone La Rosa”, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1982, p. 29); ANGELICI, Carlo (La partecipazione azionaria nelle società per azioni, en “Trattato di diritto privato, diretto da Pietro Rescigno, Vol. 16, t. II, 1985, ed. UTET, Torino, p. 34); y SCOGNAMIGLIO, Giuliana (Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società, Ed. Giappichelli, Torino, 1996); entre otros. “La influencia ejercida de hecho en virtud de participaciones o de particulares vínculos contractuales puede calificarse de dominante solo en cuanto se caracterice por una intensidad e idoneidad que determine la gestión de la sociedad controlada, análoga a la que deriva de la disponibilidad de la mayoría de votos en la asamblea ordinaria” (RENZULLI, M., ibídem, p. 28 y p. 42, la primera con cita de SPOLIDORO, Marco Saverio, Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust, en Rivista delle Società, 1995, p. 468).

se refiere, conforme al Diccionario de la Real Academia, a la acción de ejercer una persona o cosa predomino o fuerza moral en el ánimo. Sólo en un sentido figurado *influencia* significa poder, valimiento, autoridad de una persona para con otra u otras. Por ello, la expresión legal califica la influencia con la característica de dominación y habla de *influencia dominante*. (7) Esto implica haber precisado que se trata de una influencia que tiene carácter irresistible, que cuando es ejercida, hace que el sujeto dependiente no esté en condiciones de determinarse en sentido diferente. (8)

Descartados los contratos cuyo *objeto* es establecer la dominación sobre una sociedad, el control al que se refiere la norma argentina es, por una parte, *externo*, y por la otra, esencialmente de tipo *económico*. Esta dominación *económica* comporta el supuesto de un sujeto que imponga a una sociedad los datos negociales que la sometan a una cierta conducta en su estrategia y su política empresaria. Como fue descripto por un autor con ilustrativa precisión, para la sociedad dependiente se da una situación de “*no puedo de otro modo, aunque quisiera*”. (9) Esto contrasta con el supuesto de intervención en el proceso de formación de la voluntad de la sociedad dependiente, o dominio *jurídico u orgánico*, (10)

(7) Así el Art. 33, inc. 2, LSC argentina; § 17, I, del AktG alemán; Art. 2359, incisos. 2 y 3, del Código Civil italiano. Sin embargo hay diferencias: mientras para el § 17, I, del AktG son dependientes las sociedades sobre las cuales una empresa “puede ejercer una influencia dominante”, es decir que basta que la influencia dominante pueda ser ejercida aunque en la realidad no se ejerza, las normas argentina e italiana distinguen entre, por una parte, el caso en el cual la relación de dominio surge del dato objetivo de la tenencia de participaciones sociales que permitan prevalecer en las decisiones de la asamblea ordinaria, sin importar si ese poder se ejerce, o no, ni cómo se ejerce, y por la otra el supuesto en que es preciso que se ejerza la influencia dominante (LSC argentina) o que las sociedades estén bajo (“sono sotto”) la influencia dominante (Código italiano). Esto último debe interpretarse en forma equivalente al efectivo ejercicio de la misma.

(8) En Italia el Art. 7 de la ley antimonopólica utiliza el concepto de influencia determinante, lo cual, generó discusiones doctrinarias acerca de si son conceptos equivalentes o si existen diferencias precisamente en cuanto a lo irresistible de la influencia. Para este debate puede verse RONDINONE, Nicola, I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale, Milano, Giuffrè, 1999, p. 109 y ss.

(9) VON GRAFFENRIED, André, Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung (Die Relegung der Europäischen Aktiengesellschaft als Beispiel?), Lang, Bern-Frankfurt, 1976, p. 140.

(10) Para la diferencia entre ambas clases de influencia, WERNER, Horst, Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand (Ein Unternehmen über Herrschaft-

donde la situación se presenta como “*no quiero de otro modo, aunque pudiera*”. (11)

2. Alemania: desde los orígenes remotos hasta el AktG de 1965

Cuando se indaga en la evolución que llevó a la cristalización de la norma tal como hoy la hallamos en nuestro derecho, lo mismo que respecto de tantos otros institutos vinculados a esta materia, es preciso, hurgar en el derecho alemán. Debe recordarse que, frente a la existencia de contratos de dominación en la realidad empresarial, la primera reacción fue plantear el interrogante acerca de si, en realidad, una persona jurídica puede despojarse de su voluntad en un grado tan intenso como el que presuponía ese tipo de contratos. Y la inicial respuesta fue la sentencia adversa del Reichsgericht que, en el caso de los *Ferrocarriles Rumanos*, de 1881, (12) declaró nulo un contrato de dominación con fundamento en que “*así como una persona física capaz no podría haberse sometido voluntariamente a la tutela de un tercero, tampoco la asamblea de una sociedad podía aprobar un contrato*” por el cual se despojaba a sí misma de la facultad de formar su propia voluntad. (13) Todavía en 1913 el Reichsgericht (14) declaró nulo, por contrario a las buenas costumbres, el contrato por el cual la *Deutschamerikanische Petroleumsgesellschaft*

möglichkeiten von Unternehmen über Unternehmen in den faktischen Konzernverbindungen), Wire Verlagsgesellschaft, Göttingen, 1979, pp. 100/106. Tal dominio puede establecerse incluso por medio de una disposición estatutaria, como cuando ésta dispusiera que el objeto social es servir determinadas necesidades de otra sociedad. Así lo describe HOMMELHOFF, Peter, Die qualifizierte faktische Unternehmensverbindung; ihre Tatbestandsmerkmale nach dem TBB-Urteil und deren rechtsdogmatisches Fundament, en ZGR, Año 23, 1994, N° 2, pp. 403/5.

(11) VON GRAFFENRIED, A., Über die Notwendigkeit ..., cit. en nota 9, p. 140.

(12) Fallo del 19.2.1881, publicado en RGZ 3, p. 123, citado y comentado por VEELKEN, Winfried, Der Betriebsführungsvertrag im Deutschen und amerikanischen Aktien - und Konzernrecht, Nomos, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, t. 42, Baden Baden, 1975, p. 75, y por BECKER, Michael, Die Behandlung des Konzerns nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im deutschen Recht, en “Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich”, Nomos Vrlg., Baden-Baden, 1990, pp. 422/3.

(13) En el caso la sociedad dominante había adquirido el derecho de designar al directorio sustituyendo a la asamblea en esa función.

(14) Fallo de 27.5.1913, publicado en RGZ, t. 82, p. 308.

se había asegurado contractualmente la dirección de la *Deutsche Petroleumverkaufsgesellschaft mbH*, incluyendo el derecho de designar a sus gerentes societarios. El tribunal consideró exagerado el grado de intromisión de la sociedad gestora en la independencia y libertad de la sociedad dominada, la cual se había convertido en una “*herramienta carente de voluntad*” de la primera. (15) Empero, con mayor tolerancia judicial, la práctica de esos contratos continuó, generalmente en situaciones en las que preexistía un vínculo participativo, entre otros motivos, para crear un vínculo obligatorio directo cuyo sujeto pasivo fuera el propio órgano de administración social.

En este estado de cosas se produjo en septiembre de 1931 una reforma a las normas sobre sociedades por acciones del Código de Comercio alemán (HGB), cuyo § 226 IV pasó a definir la dependencia como la “*influencia dominante de una sociedad sobre otra, que puede ejercitarse como consecuencia de una participación o de cualquier otro modo*”. Empero, esta definición tuvo por único propósito regular la adquisición de acciones de la dominante por la dependiente. Fue esta reforma del HGB, pues, y no el AktG de 1937, como muchas veces se cree, la que primero acuñó la expresión *influencia dominante*. (16) De allí pasó a la citada ley de 1937, de donde la tomó el Código Civil italiano de 1942. El § 15 del AktG de 1937 estableció que había dependencia cuando una empresa está bajo la influencia dominante de otra, fuera ello por participaciones mayoritarias o, directa o indirectamente, por otros medios, con lo cual, además, se tenía por configurado un *Konzern*.

Es preciso consignar también un importante fallo del Reichsgericht del año 1941, en el caso Thega, en el que se decidió que “*para la existencia de un vínculo de dependencia es decisivo que la empresa dominante disponga de medios que le permitan someter a la empresa dependiente a su voluntad, e imponérsela. No es de relevancia qué medios le dan el poder para ello. Además de configuraciones jurídicas como un contrato ... también pueden ser circunstancias de hecho las que le otorguen a una empresa la preponde-*

(15) Citado por VEELKEN, W., *Betriebsführungsvertrag...*, cit. nota 12, p. 76, por VON GRAFFENRIED, A., *Über die Notwendigkeit ...*, cit. nota 9, p. 61, y por BECKER, M., *Die Behandlung ...*, p. 424 y ss., cit. nota 12 quien critica su fundamentación en standards generales, como el de las buenas costumbres, porque las normas imperativas e inderogables del sistema societario brindaban suficientes elementos para resolver estos casos.

(16) Para detalles, véase DIERDORF, Josef, *Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, pp. 14/19.

rancia sobre la otra”. (17) Esta jurisprudencia puso de relieve, por una parte, que el dominio o control podía derivarse de cualesquiera circunstancias, aun de relaciones distintas de las participaciones sociales, y, por la otra, que, para tener por establecida la dependencia y la existencia de un grupo, era necesario que la influencia dominante fuera efectivamente ejercida.

3. El primitivo Art. 2359 del Cód. Civ. italiano y sus orígenes

El legislador italiano de 1942 bebió de estas fuentes, pero no en todos los aspectos. En lo esencial, se limitó a definir el control, pero con el sólo propósito de establecer el alcance de las restricciones a la controlada para adquirir acciones de su controlante, o sea, vinculado a las participaciones recíprocas. (18) Decía el Art. 2359 del Código Civil en su texto original que

(17) Publicado en RGZ, t. 167, pp. 40/49, citado por SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, cit. nota 2, p. 789, por EMMERICH, Volker y SONNENSCHNEIN, Jürgen, *Konzernrecht*, München, C.H. Beck, 3ª edición, 1989, pp. 58/9 y por WERNER, H., *Die Aktienrechtliche...*, cit. nota 10, pp. 19/21.

(18) Empero, la doctrina italiana destacó que el legislador de 1942 no estaba preocupado por una regulación general del fenómeno de las participaciones recíprocas, sino que sólo buscaba el modo de evitar que se perpetrara una elusión de la prohibición a las sociedades para adquirir sus propias acciones, lo cual explica las lagunas que dejó la norma. Al respecto puede verse CANDI, Alberto, *Le partecipazioni reciproche dopo la riforma*, en “La disciplina dei gruppi di società nella “novella” del 1974”, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffré, Milano, 1978, pp. 76/7. En respaldo a su afirmación cita allí el modo como se encaraba el problema del fraude a la ley respecto de la prohibición del Art. 144 del Código de Comercio, que prohibía a la sociedad la adquisición de acciones propias. También DE GREGORIO, Alfredo, *L’acquisto di azioni di una società anonima per conto della stessa società e l’art. 144 cod. comm.*, en *Studi in onore di Cesare Vivante*, t. II, Roma, 1931, p. 375 y ss., citado por Candi (ibídem, p. 77, nota 29). Ante el silencio legal, se debatió acerca de si podían afectarse las reservas legales. A este respecto, por la inclusión implícita de éstas en la prohibición del primitivo Art. 2359, FANELLI, Giuseppe, *Le partecipazione sociale reciproche*, Ed. Giuffré, Milano, 1957, p. 88 y ss., así como SCOTTI CAMUZZI (citado por D’ALESSANDRO, Floriano, *La nuova disciplina dei gruppi di società (nota esegetiche)*, en “La disciplina dei gruppi di società nella “novella” del 1974”, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffré, Milano, 1978, p. 127, nota 37 y AMATUCCI, Alberto, *La nuova disciplina delle partecipazioni sociali*, en “La disciplina dei gruppi di società nella “novella” del 1974”, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffré, Milano, 1978, pp. 1 y 21. En sentido contrario, FERRARA Jr., F., *Sguardo generale alla riforma delle società di capitali*, en *Riv. delle società*, 1966, p. 8, y GUERRA, Pietro, *Le società di partecipazione*, Ed. Giuffré, Milano 1957, p. 90, también citados por D’ALESSANDRO, F., *La nuova...*, p. 127, nota 37.

“las sociedades no pueden invertir, ni siquiera parcialmente, su propio capital en acciones de la sociedad que ejerza el control sobre ellas ni de otras sociedades controladas por la misma”. A tal fin, en el segundo párrafo, definió el control: *“se consideran sociedades controladas aquéllas en las que otra sociedad posee un número de acciones tal que le asegure la mayoría de votos en las asambleas ordinarias o aquellas que, en virtud de particulares vínculos contractuales, están bajo la influencia dominante de otra sociedad”*. En otros términos, se siguió el criterio antes mencionado del régimen accionario de la reforma alemana de 1931. Empero, también hubo un precedente en la propia legislación italiana: el decreto ley 1450 del 30 de octubre de 1930, convertido en ley 660 del 4 de junio de 1931, que preveía la prohibición a la sociedad de otorgar préstamos a sus administradores y directores generales, y extendía la prohibición y sus sanciones también a las sociedades controladas y controlantes, mas sin definir estos conceptos. Ello impuso que se acudiera a la caracterización que otorgaba el sentido o la conciencia común, (19) pero también generó un amplio debate doctrinario antes de la sanción del Código de 1942. En esta discusión ya se advirtieron las posiciones encontradas de quienes sostenían que el control societario era únicamente aquel que se estructuraba por medio de participaciones sociales y por su intermedio la determinación de la voluntad social, (20) frente a otros que también incluían como fuente del control los vínculos obligatorios que instrumentaran un poder de influencia sobre la gestión de la sociedad. (21) Estos debates se tradujeron en diferencias entre las formulaciones de los proyectos previos al texto definitivo. Así, el Art. 289, segundo párrafo del esbozo III del Libro de la Empresa y del Trabajo, de marzo de 1941, todavía contenía un dato relevante, luego suprimido en el esbozo IV (donde el Art. fue el 296), que fue el texto definitivo: la versión de marzo, luego de la consabida fórmula *“...en virtud de particulares vínculos contractuales, se hallen bajo la influencia de otra sociedad”*, terminaba

(19) PASTERIS, C., Il “controllo” nelle ..., cit. nota 6, p. 14.

(20) VIVANTE, Cesare, La riforma delle società anonime: le società a catena, en Rivista Bancaria, 1931, p. 151; FERRI, Giuseppe, Osservazioni sulle proposte di Cesare Vivante, en Foro italiano, 1936, IV, p. 69; FINZI, E., Società controllate, en Rivista di diritto commerciale, 1932, I, p. 462 y ss.; MESSINEO, Francesco, Dominio o controllo di azienda altrui, en Foro lombardo, 1932, p. 355 y ss., todos citados por RONDINONE, N., I gruppi di imprese ..., cit. nota 8, pp. 54/5.

(21) DOMINEDO, F., Collegamento di imprese e società tra società, en Foro lombardo, 1934, p. 196 y ss.; SALANDRA, V., Il diritto delle unioni di imprese, en Rivista di diritto commerciale, 1935, I, p. 122 y ss. 164 y ss. y 174 y ss., también citados por RONDINONE, Nicola, I gruppi di imprese ..., cit. nota 8, p. 55.

agregando la condición de que ello fuera “*en cuanto se refiere a la formación de la voluntad social*”. (22)

De haberse dejado esta última formulación en el texto del Art. 2359, se hubiera evitado la incongruencia que nuestra ley heredó en 1983.

Producto de la época y de la ideología imperante en Italia, en la Relazione del Guardasellos sobre este punto se hace referencia a la “*moderna economía organizada*”, de la cual los agrupamientos de varias sociedades en torno de una que las controla son una manifestación. Agrega que el agrupamiento se presenta como el desarrollo de “*un núcleo productivo inicial que se integra dando vida a otras actividades subsidiarias y colaterales, a las cuales, en razón de la racionalidad organizativa, conviene mejor una gestión autónoma. ... Las relaciones entre las sociedades del grupo que se forma de este modo, representan, en definitiva, una ventaja para la producción, mientras se proteja a las nuevas sociedades que surjan en torno a la madre de las eventuales dificultades financieras, dejándoles la necesaria autonomía con la consiguiente responsabilidad...*”. Es decir, resultaba claro el propósito de proteger el patrimonio de las sociedades controladas, (23) aunque sin una explicación razonable acerca de los motivos por los cuales se incluían en la definición de control supuestos en los que, en realidad, el agudamiento del capital como efecto de las participaciones recíprocas no tenía vínculo con la configuración del control. Tal vez por esto mismo, curiosamente, al analizarse cuál era el control al que se refería la norma para impedir la adquisición de acciones, dado que el Art. 2359 ya diferenciaba el control entre el participativo que otorgara los votos necesarios para prevalecer en las asambleas, y el control externo derivado de vínculos contractuales, la doctrina se encargó de aclarar inmediatamente que la prohibición de emplear el capital para adquirir acciones de la controlante, solamente se podía aplicar al caso del control interno participativo. (24) Esta constatación, que también vale para el derecho argentino, sustenta la inaplicabilidad del Art. 32, segundo párrafo, de la LSC al supuesto del control por *especiales vínculos*, y constituye un argumento más en favor

(22) Información tomada de RONDINONE, Nicola, I gruppi di imprese ..., cit. nota 8, pp. 152/3, nota 162.

(23) En otro párrafo de la Relazione se subrayaba que “el Código se ha preocupado esencialmente de abarcar las combinaciones que pueden sorprender la buena fe de los socios que permanecen extraños y sobre todo de los acreedores”.

(24) Por todos, puede verse FANELLI, G., Le partecipazioni ..., cit. nota 18, pp. 17 y 25.

de la supresión de la equiparación de este tipo de control con el control participativo.

4. La evolución en Alemania

La evolución posterior separó claramente los criterios en ambos países. En Alemania, todavía la Exposición de Motivos del AktG de 1965 parece seguir la línea de equiparación de fuentes del control cuando dice que, para establecer si existe dependencia, importa determinar si una empresa está bajo la influencia dominante de otra y ello puede derivar de los datos más diversos. Sólo se excluyen las relaciones meramente fácticas, que se entendía que rara vez serían suficientes, porque el sometimiento de una empresa al control por otra dependería siempre de circunstancias casuales y de la incidencia, no siempre cierta, de la actuación de terceros. (25) Durante los años iniciales de vigencia del AktG se produjo a este respecto una intensa disputa en la doctrina. (26) El autor más profundo en pro de la tesis de inclusión en el sistema del AktG del control económico, no participativo, fue Dierdorf. (27) A tal fin puso de relieve que el concepto de *influencia dominante* es de tipo económico más que jurídico (28) y que su ejercicio es, en el derecho alemán, mediato. (29) Pero luego se terminó de consolidar en la doctrina y la jurisprudencia la interpretación conforme a

(25) Para el análisis de la Exposición de Motivos, KOPPENSTEINER, Hans-Georg, *Über Wirtschaftliche Abhängigkeit*, en *Festschrift für Walter Stimpel*, De Gruyter, Berlin - New York, 1985, p. 813 y EMMERICH-SONNENSCHNEIDER, *Konzerntrecht*, cit. nota 17, p. 58.

(26) Por la tesis amplia en cuanto a las fuentes económicas de la dependencia, BAUMBACH-HUECK, GODIN-WILHELM, WERNER (éste en *Der Aktienrechtliche ...*, cit. nota 10), DIERDORF (éste en *Herrschaft ...*, cit. nota 16, p. 33 y ss.), PRÜHNS y PAUL; en la posición que restringe el concepto sólo a la dependencia orgánica o societaria, MÖHRING-NIRK-TANK, WÜRDINGER, MARTENS, SURA, Achim (éste en *Fremdeinfluss und Abhängigkeit im Aktienrecht*, Universitätsverlag Konstanz, Konstanz, 1980, pp. 54/58), STROHN, BAUSCH, ULMER, Peter (éste en *Aktienrechtliche Beherrschung durch Leistungs-austauschbeziehungen?*, en *Festheft für Hans Würdinger zum 75. Geburtstag*, en *ZGR*, Año 7, 1978, p. 459 y ss.), Karsten SCHMIDT, KÖHLER, WESTERMANN, GEßLER-HEFERMEHL-ECKHARDT-KROPF y RITTNER, todos citados por KOPPENSTEINER, H.G., *Über wirtschaftliche ...*, cit. nota 25, p. 811.

(27) DIERDORF, J., *Herrschaft ...*, cit. nota 16, pp. 34 y ss. y 97 y ss.

(28) DIERDORF, J., *Herrschaft ...*, cit. nota 16, p. 39.

(29) DIERDORF, J., *Herrschaft ...*, cit. nota 16, pp. 53/7. Este autor ilustra detalladamente su postura en relación con la influencia ejercida en contratos de pres-

la cual los propósitos enunciados en la Exposición de Motivos no habían tenido, en realidad, traducción en los textos positivos de la ley. Consecuencia de ello es que se considera, ya desde hace décadas, que, en lo que concierne a la eventual *influencia dominante* ejercida sobre la base de meras circunstancias fácticas o de vínculos contractuales no implementados en contratos *orgánicos* de dominación previstos en los §§ 291 y sigtes. del AktG, la amplitud de la jurisprudencia del caso Thega de 1941 ha quedado derogada.

El punto final lo colocó la decisión del BGH en 1984 en el complejo y relevante caso *Beton und Monierbau AG* (BuM). (30) Se había invocado, entre otros fundamentos de la demanda, la responsabilidad de un banco, accionista minoritario con una tenencia del 20%, en los términos de los §§ 311 y 317 del AktG. Dijo el BGH que ese porcentaje no era suficiente para tener por configurada la relación de dominio, ni tampoco lo eran las particulares relaciones crediticias establecidas entre el banco y la sociedad fallida. Además de referencias concretas a las normas positivas que parten del concreto presupuesto de relaciones societarias internas, (31) destacó que lo decidido se reforzaba,

tación de servicios, de concesión, de façon, de licencia, etc., así como respecto de ciertos préstamos financieros (ibídem, pp. 127/151), y también de vínculos de hecho no contractuales, como los personales y económicos. También se apoya extensamente en que ese tipo de vínculos son relevantes a la luz de la legislación antimonopólica de la época, que, por ejemplo, considera los interlocking directorates como elemento de unificación del poder en el mercado (ibídem, pp. 154/208). Pero estos argumentos no alcanzaron a convencer a la mayoría de la doctrina alemana, ni a la jurisprudencia, acerca de que los remedios que les conciernen deban incluirse en la aplicación de las normas especiales del derecho societario referidas a la dominación interna. En igual sentido que el anterior, WERNER, H., *Die Aktienrechtliche ...*, cit. nota 10, a lo largo de toda su obra, partiendo de la similitud de conceptos del § 17 del AktG de 1965 con el § 15 de su predecesor de 1937 (p. 22 y ss).

(30) Publicado en BGHZ T. 90, p. 381. El Banco West LB era accionista de la sociedad que da nombre al caso, con una participación significativa, reducida luego a alrededor del 20 %. En esa época, el Banco autorizó a extender los descubiertos de la sociedad, luego fallida, hasta DM 87.000.000. Hacia fines del año en cuestión, la deuda se saldó. Luego la sociedad cayó en quiebra y el administrador concursal demandó al Banco la restitución de las sumas pagadas en cancelación del préstamo, con invocación, entre otros argumentos, de que se traba de un crédito sustitutivo de un aporte de capital, devuelto en contravención a la prohibición de restituir capital del § 62 del AktG, lo cual fue acogido por el BGH. Empero, rechazó la calificación de la relación como de control en los términos del AktG.

(31) Dijo en particular el tribunal, que “no sólo la presunción de dependencia del § 17, II del AktG, que parte del principio liminar de la participación mayo-

además, a la luz del carácter eminentemente societario de las normas que se acoplan a la dependencia, en especial los §§ 311 y sigtes. del AktG. (32) Un destacado autor, en consonancia con el fallo, remarcó no sólo el fundamento normativo del cual se deriva la tesis restrictiva en el sistema del derecho alemán vigente, sino también la falta de necesidad de este tipo de protección, propia del derecho societario, en supuestos de dependencia económica: en la actuación entre sujetos de derecho distintos es suficiente el derecho común y, en su caso, el derecho público económico. (33) Ello así, aunque la dominación surja de la combinación de circunstancias externas y de participaciones societarias, en tanto éstas, por sí solas, no configuren esa dominación: *“así como las peras no se convierten en manzanas por agregarles una porción de manzanas, tampoco los medios de dominación externos, por su combinación con elementos internos, pueden adquirir la relevancia jurídica que no tienen para establecer el presupuesto fáctico de la dependencia”*. (34)

En el derecho alemán, entonces, a diferencia del argentino y del italiano, para la aplicación de las normas societarias específicas a la relación de control, es preciso que se trate de una dependencia de carácter estrictamente orgánico-societario: no configura control en el sentido societario el que derive de una relación económica fundada en contratos de cambio, cualquiera sea el grado de poder o influencia que derive de ellos. (35)

5. La evolución de la normativa italiana

En el derecho italiano, como quedó dicho, pese a sucesivas reformas, no se abandonó nunca, hasta hoy, la inclusión del control económico externo en la definición de control.

ritaria, sino también los deberes de información de los §§ 20 a 22 del AktG o la disposición básica para el concepto de Konzern contenida en el § 18 del AktG, parten de presupuestos fácticos típicamente impregnados de aspectos jurídico-accionarios o, en todo caso, jurídico-societarios. Por ello, es razonable limitar la norma conceptual del § 17 del AktG, párrafo 1., del AktG a supuestos de posible imposición del dominio por medios societarios”. Véase al respecto, SCHMIDT, K., Gesellschaftsrecht, cit. nota 2, pp. 791/2.

(32) Sobre este último aspecto, KOPPENSTEINER, H.G., *Über wirtschaftliche ...*, cit. nota 25, pp. 817/9, y también, con análisis del estado de la doctrina antes del fallo citado, ULMER, P., *Aktienrechtliche ...*, cit. nota 26, p. 459 y ss. Puede verse, asimismo, SURA, A., *Fremdeinfluß ...*, cit. nota 26, pp. 54/58.

(33) ULMER, P., *Aktienrechtliche ...*, cit. nota 26, pp. 468/72.

(34) ULMER, P., *Aktienrechtliche ...*, cit. nota 26, p. 473.

(35) KOPPENSTEINER, H. G., *Über wirtschaftliche ...*, cit. nota 25, p. 812.

A partir de la década del sesenta existieron varios proyectos de reformas al régimen societario que incluían modificaciones al Art. 2359. Todos los proyectos y sucesivos textos positivos de la norma, igual que el derecho argentino, que consideraron únicamente el vínculo vertical entre controlante y controlada, sin reglas para la relación entre distintas controladas por una misma controlante. (36)

El proyecto De Gregorio (37) establecía en la última parte de su Art. 5 (38) que “*se consideran controladas a) las sociedades de las cuales otra, en virtud de acciones o cuotas poseídas, dispone de más de la mitad de los votos en la asamblea ordinaria; b) las sociedades que están bajo la influencia dominante de otra, en virtud de las acciones o cuotas poseídas por ésta o de los particulares vínculos con aquélla; c) las sociedades controladas por otra mediante las acciones o cuotas de otras sociedades controladas*”. El Art. 2 del proyecto Marchetti en su versión del 9 de mayo de 1973, en forma muy similar, proponía sustituir el Art. 2359 del Código Civil por un nuevo texto que establecía que “*son consideradas sociedades controladas: 1) las sociedades en las cuales otra sociedad, en virtud de las acciones o cuotas poseídas, dispone de la mayoría requerida para las deliberaciones de la asamblea ordinaria; (39)2) las sociedades que están bajo la influencia dominante de otra sociedad en virtud de las acciones o cuotas poseídas por ésta o de los particulares vínculos con aquélla; 3) las sociedades controladas por otra sociedad mediante las acciones o cuotas poseídas por la sociedad controlada por ésta*”. Idéntica formulación a la precedente fue la de la última parte del Art. 3º del decreto-ley 95 del 8 de abril de 1974 sobre mercado mobiliario y tratamiento fiscal de los títulos accionarios. Empero, el texto finalmente sancionado por la ley 216 de 7 de

(36) D’ALESSANDRO, F., La nuova ..., cit. nota 18, p. 108, con cita de Nobile.

(37) Fue elaborado por una comisión presidida por Alfredo De Gregorio e integrada por Auletta, Belli, de Angelis, de Gennaro, Ferri, Giannotta, Micheli, Santoro Passarelli, Scarpello, Stammati y Visentini.

(38) Como ya se señaló, los números de los artículos del proyecto fueron alterados en diversas versiones. Conforme se indica en la Relazione del proyecto Marchetti (versión del 9.5.73) una versión posterior a la transcripta en el texto traía la disposición en el Art. 4º, y una última revisión en el Art. 3º.

(39) La diferencia aquí es importante, porque en lugar de la mayoría de votos que preveía el proyecto De Gregorio, el proyecto Marchetti hace referencia a la mayoría necesaria requerida para la asamblea ordinaria, lo que contempla la eventualidad de que los estatutos hubieren modificado la mayoría legal.

junio de 1974 (de conversión en ley, con modificaciones, del decreto ley anterior) fue también literalmente igual al del proyecto Marchetti, excepto en su inciso 2), donde se suprimió la expresión “*particolari rapporti con essa*” y se la sustituyó por la de “*particolari vincoli contrattuali con essa*”. Con lo cual el Art. 2359 volvió a limitar el carácter de esos particulares vínculos solamente a los contractuales, excluyéndose los demás. (40)

Continuó limitado, así, el control externo al caso de los vínculos contractuales. Esto fue objeto de variados pronunciamientos en la doctrina, que en buena parte favorecía la fórmula amplia, como quedó sancionada en la LSC argentina, porque no sólo incluía los supuestos de vínculos personales, coincidencia de administradores, parentesco entre ellos, etc., sino que cerraba el camino a la elusión de la norma por medio, por ejemplo, de participaciones repartidas entre la sociedad a la que se desea evitar la configuración de la calidad de controlante, y socios principales de la misma. (41)

En otro orden de cosas, tanto el proyecto Marchetti como el texto convertido en ley 216, incorporaron un último párrafo al Art. 2359: “*son consideradas vinculadas (collegate) las sociedades en las cuales se participa en medida superior al décimo de su capital, o en medida superior al vigésimo*

(40) Interpretando el sentido del texto, NOBILI decía que “los vínculos contractuales ... —de cualquier naturaleza que sean— deben atribuir en concreto a una sociedad el poder de condicionar la actividad de la otra: así ocurre, por ejemplo, en el caso en que una de las dos sociedades sea obligada a adquirir de la otra todos o la mayor parte de los productos que vende, o si fuera obligada a vender a la otra toda o la mayor parte de su producción. A ese fin no parece, empero, que deba existir un contrato de suministro entre las dos sociedades (el cual contenga expresamente la obligación de exclusividad): basta que una sociedad —mediante una multiplicidad de contratos de compraventa— adquiera de la otra todos los productos que venda, o venda a la otra todos los productos que fabrica como consecuencia de una particular situación de mercado, y no por la existencia de una obligación jurídica. Naturalmente, si no existe vínculo jurídico, la sociedad que depende de la otra, en todo momento tiene la posibilidad de encontrar nuevos proveedores o nuevos clientes, y esta libertad suya puede hacer disminuir y tal vez excluir ... la influencia dominante. El control contractual puede verificarse también cuando existen vínculos de comisión o de agencia y, eventualmente, solo de financiamiento” (NOBILI, Raffaele, en NOBILI, Raffaele y VITALE, Marco, *La riforma delle società per azioni*, (Commento alla Legge 7 giugno 1974, n 216 e ai Decreti delegati), Giuffrè, Milano, 1975, pp. 153/4).

(41) CANDI, A., *Le partizipazioni ...*, cit. nota 18, pp. 68/9.

si se trata de sociedad con acciones cotizadas en bolsa", lo cual no interesa a los fines de la presente exposición.

De acuerdo con la *Relazione* que acompañó a la ley 216, las principales consecuencias tenidas en mira para la calificación del control societario siguen siendo las relativas a los estados contables y a las limitaciones a las participaciones recíprocas, de entre las cuales se destacan especialmente la prohibición de voto en los casos en que la sociedad controlada adquiere participaciones en la controlante y la compatibilización de regímenes en lo relativo a la adquisición de las propias acciones. Sobre este punto, la ley 214 introdujo innovaciones en el Código Civil. La doctrina también subraya ese estrecho vínculo entre la caracterización del *control* en el Art. 2359 y la temática de las participaciones recíprocas, especialmente cuando pone de resalto las diferencias entre la finalidad normativa de esa disposición y otras que tienen propósitos diferentes, en particular el Art. 3 de la ley 95 del 3 de abril de 1979 sobre administración extraordinaria de las empresas en crisis: (42) en éste se comprenden no solamente las estructuras piramidales de control, sino también las estelares y radiales y los vínculos horizontales derivados de la comunidad de control respecto de la misma controlante. (43)

(42) SBISÀ, Giuseppe, *Il gruppo de societa nell' amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, en *Giurisprudenza Commerciale, Societa e Fallimento*, (Giuffrè), Año 7, 1980, Ira. parte, pp. 271/4. Para un análisis comparativo de las caracterizaciones de control en ambos regímenes, BONSIGNORI, Angelo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, CEDAM, Padova, 1980, pp. 122/33, QUATRARO, Bartolomeo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, t. I, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 529/35.

(43) SBISÀ, G., *Il gruppo ...*, cit. nota 42, pp. 268/9. Además, en materia de administración extraordinaria, se controvierte si las normas son aplicables también a las sociedades de personas y, sobre todo, a las personas físicas empresarias, como sostienen D'ALESSANDRO, Floriano, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, en *Probleme attuali dell'impresa in crisi*, Studi offerti dai colleghi dell'Università "La Sapienza" di Roma e dagli allievi in onore di Giuseppe Ferri, CEDAM, Padua, 1983, p. 479 y ss., y también en *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, en *Giust. civ.*, 1981, t. I, pp. 3022/34 (citado por RESCIGNO, Matteo, *Der Konzern im italienischen Recht*, en "Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich", Nomos Vrlg., Baden-Baden, 1990, p. 349, nota 31), y SCOGNAMIGLIO, Giuliana, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, Roma, 1984, a lo largo de todo el trabajo y, especialmente, pp. 50/1, 101/4 y 105/70, y también en *Società di persone ed imprese individuali di gruppo nella amministrazione straordinaria*, en *Rivista di diritto civile*, 1984, t. I, pp. 622 y 811 y ss. (en este lugar citada por

Con motivo de la reforma de 1974 se volvió a plantear también la cuestión relativa a si el Art. 2359 bis, que limita la adquisición por la controlada de acciones de la controlante, es aplicable a supuestos de control externo, o sea, por influencia dominante ejercida a través de particulares vínculos contractuales. Por una parte, se reconoce que si el control deriva de una fuente externa, en principio no puede hablarse de participaciones recíprocas, lo que haría que, de acuerdo a la *ratio legis*, la norma no sea aplicada. Por la otra, el texto legal no da ningún fundamento para una interpretación restrictiva. (44)

El Art. 2359 del Código Civil italiano fue nuevamente reformado por el decreto-ley 127/91, que implementó en Italia las IV y VII Directivas comunitarias referidas a los estados contables anuales de las sociedades. Los dos primeros incisos del texto de 1974 fueron ahora desdoblados en tres, que califican como sociedades controladas a “1) *las sociedades en las cuales otra sociedad dispone de la mayoría de los votos ejercibles* (45) *en la*

RESCIGNO, M., *Der Konzern ...*, p. 349, nota 31). Con cita de jurisprudencia contradictoria, CHIOMENTI, Filippo, *I soggetti passivi della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, en *Probleme attuali dell'impresa in crisi*, Studi offerti dai colleghi dell'Università “La Sapienza” di Roma e dagli allievi in onore di Giuseppe Ferri, CEDAM, Padua, 1983, pp. 455/6, autor que sostiene la tesis contraria, o sea la aplicabilidad únicamente a las sociedades de capital (pp. 458/62 y 469/70), lo mismo que GASPERONI, Nicola, *Grandi imprese in crisi e amministrazione straordinaria*, en *Probleme attuali dell'impresa in crisi*, Studi offerti dai colleghi dell'Università “La Sapienza” di Roma e dagli allievi in onore di Giuseppe Ferri, CEDAM, Padua, 1983, pp. 380/4 (aunque con crítica a la solución), LIBONATI, Bernardino, *Il Gruppo Insolvente*, 2ª edición, Nardini, Florencia, 1983, pp. 73/80, y QUATRARO, B., *L'amministrazione straordinaria ...*, cit. nota 42, pp. 535/8.

(44) NOBILI-VITALE, *La riforma ...* cit. nota 40, p. 154. Pueden existir, además del contrato del cual deriva la relación de control, participaciones de la sociedad dominante en la dependiente. Dado que en Italia, aparte del caso del vínculo de control, en que está restringido, y con la salvedad del supuesto de que una de las sociedades cotice en bolsa, no se discute que no hay obstáculo legal para que se formen participaciones recíprocas derivadas (es decir, mediante adquisición de acciones o cuotas en el mercado), la interpretación que se dé a la norma deberá tener en cuenta que, si es amplia y se incluye el control externo, ello importará poner límites a la participación -no importa si unilateral o recíproca- de la sociedad controlada en la controlante. En cambio, con la tesis restrictiva, se permitirá una participación sin límites en la controlante contractual, es decir, incluso con afectación del capital y de las reservas legales.

(45) A diferencia del texto anterior, se refería a la mayoría requerida.

asamblea ordinaria; 2) las sociedades en las cuales otra sociedad dispone de votos suficientes para ejercitar una influencia dominante; (46) 3) las sociedades que están bajo la influencia dominante de otra sociedad en virtud de particulares vínculos contractuales con aquélla". (47) Además, con respecto al control indirecto, la nueva norma también cambió de posición y de enunciado, aunque no el criterio excluyente del control externo en el camino de la transitividad del control. Dispone en su segundo párrafo que "a los fines de la aplicación de los números 1. y 2. del primer párrafo, se computan también los votos pertenecientes a sociedades controladas, a sociedades fiduciarias y a persona interpuesta. No se computan los votos tenidos por cuenta de terceros". (48)

Conforme lo señalado por la doctrina, en todo caso la disciplina del control externo permaneció substancialmente sin variantes respecto de la formulación original de 1942. (49)

Vale la pena mencionar que, como en el resto del derecho comparado, también otras normas del derecho italiano contienen definiciones del *control* a los fines propios de su aplicación, apoyándose sólo en forma parcial

(46) La novedad del texto está en el cambio de posición del elemento influencia dominante. En el texto anterior la sociedad controlada debía estar bajo esa influencia dominante. La nueva redacción aleja toda idea de ejercicio efectivo o de actuación: basta la situación de disponer de los votos necesarios para ejercer la influencia dominante, aunque de hecho no se la ejerza, con lo cual el supuesto del control interno de hecho queda, en este aspecto, equiparado al del control interno de derecho.

(47) Aquí sí, se mantiene la estructura anterior, y para que se configure esta forma de control las sociedades deben estar bajo la influencia dominante, o sea, ésta debe ejercerse efectivamente.

(48) Comentando la nueva norma, FERRARA-CORSI señalan que "también aquí se habla de un control de hecho, pero la situación de dependencia de una sociedad de otra tiene naturaleza esencialmente económica, y nace de un vínculo contractual, como cuando la primera opera sobre el mercado exclusivamente como comisionista o agente de comercio de la segunda, o también cuando su actividad depende de esta última (por ejemplo, por un contrato de suministro) por el cual una está de hecho sometida a la voluntad de la otra" (FERRARA Jr., Francesco y CORSI, Francesco, *Gli imprenditori e le società*, 8ª edición, Giuffrè, Milano, 1992, p. 751).

(49) SPOLIDORO, M. S., *Il concetto di controllo ...*, cit. nota 6, p. 475, también citado por RENZULLI, M., *Il controllo contrattuale*, cit. nota 6, p. 15.

en los conceptos del Art. 2359 del Código Civil, (50) lo cual ha llevado a hablar de una “*babel del control a la que corresponderá la babel del grupo*”. (51) Mas también la indagación sobre este particular excede el marco de esta comunicación.

Aunque no alteró el texto del Art. 2359, es necesario citar la importante reforma societaria del año 2003 por el decreto legislativo N° 6 del 17 de enero de ese año. En lo que aquí importa, aunque sin utilizar el término, legisla sobre los grupos en diversos aspectos. Entre ellos, con sutileza notable, introduce la doctrina de las ventajas compensatorias, y también establece un régimen de responsabilidad y de adopción de decisiones en materia grupal, que pueden dar lugar al ejercicio del receso por los disidentes. No interesa a la presente comunicación entrar en todos los detalles, pero sí tomar nota de la importancia de este régimen y, por consiguiente, la de definir si también se aplica en casos concretos calificables de control contractual externo.

En apretada síntesis, toda la regulación queda centrada en la noción del ejercicio de una *actividad de dirección y coordinación de sociedades*. Del control, el Art. 2497 *sexies* deriva una presunción *juris tantum* de ejercicio de la actividad de dirección y coordinación cuando la sociedad o ente esté obligada a consolidar balance, o que “*de otro modo controle en los sentidos del artículo 2359*”. Con acierto, establece el régimen de responsabilidad a cargo de quien ejerce el control, desplazando la cuestión al ámbito que

(50) Se ha dicho que su ámbito es más amplio que el del Art. 2359 (SBISA, G., Il gruppo ..., p. 257; LIBONATI, B., Il gruppo insolvente, cit. nota 43, p. 61 y ss.). Entre las otras normas que en Italia definen el control, cabe mencionar el Art. 7 de la ley 287/90 de defensa de la competencia, que se remite a la definición de control del Art. 2359 del Código Civil, pero agrega también los supuestos de “derechos, contratos u otros vínculos jurídicos que confieran, por sí o conjuntamente, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, la posibilidad de ejercitar una influencia determinante sobre la actividad de una empresa, incluso a través de: a. el derecho de propiedad o de goce sobre la totalidad o parte del patrimonio de una empresa; b. derechos, contratos u otros vínculos jurídicos que confieran una influencia determinante sobre la composición, las deliberaciones o sobre las decisiones de los órganos de una empresa”. El Art. 2° de la ley 157/1991 considera como insiders a los efectos penales, a los “accionistas que, incluso de hecho, ejerciten el control de la sociedad en el sentido del Art. 2359 del Código Civil”. Para otros supuestos, FERRARA JR. - CORSI, Gli imprenditori ..., p. 777, notas 7 y 8.

(51) MARCHETTI, Piergaetano, Sul controllo e sui poteri della controllante, en “I Gruppi di Società”, atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16 al 18.11.95, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996, Vol. II, p. 1550.

corresponde, en lugar de girar alrededor de la responsabilidad de los administradores, como en casi todo el derecho europeo. Es interesante destacar que la responsabilidad es frente a los socios (no a la sociedad, como en la mayor parte del derecho comparado) por el perjuicio a la rentabilidad y al valor de la participación social: se trata de una acción individual y no social. En cambio, la responsabilidad frente a los acreedores es por la lesión causada a la integridad del patrimonio de la sociedad. La responsabilidad queda excluida cuando *“no hay daño a la luz del resultado completo de la actividad de dirección y coordinación o bien integralmente eliminado también por operaciones sucesivas dirigidas a ello”*. Esta es una fórmula amplia de aceptación del sistema de las *ventajas compensatorias*. La responsabilidad de la sociedad o entidad directora o coordinadora es subsidiaria de la de la sociedad dependiente. Esta es una curiosidad que, según le oímos exponer al Prof. Angelici en esta misma casa, parte del presupuesto de que si quien ejerce la dirección obtuvo ya un beneficio a costa del patrimonio social, lo que corresponde es equiparar al socio para que retire del patrimonio social un beneficio proporcional y equivalente. Al acreedor, como tercero externo, le interesa cobrar y le es indiferente que deba acudir en primer término al patrimonio de su deudora. De allí que el tercer párrafo del Art. 2497 establezca que *“el socio y acreedor social pueden actuar contra la sociedad o el ente que ejerce la actividad de dirección y coordinación sólo si no fueron satisfechos por la sociedad sujeta a la actividad de dirección y coordinación”*.

Por fin, se establece la obligatoria publicidad del hecho del ejercicio de la dirección y coordinación de sociedades: tanto quien ejerce esa actividad como la sociedad que está sujeta a ella, debe inscribirlo en el Registro de las Empresas; además, deben hacer constar el hecho en su correspondencia y en oportunidad de los actos que realiza. El incumplimiento de la inscripción y de la publicidad hace responsables a los administradores por los daños derivados de la falta de conocimiento de la situación. El Art. 2497 *ter* exige que las decisiones de las sociedades sujetas a actividad de dirección y coordinación que estén influidas por esta última, sean *“analíticamente motivadas y contengan puntual indicación de las razones y de los intereses cuya evaluación ha incidido sobre la decisión”*. Dan lugar al derecho de receso nuevas causales, incluso hechos específicos externos a la sociedad sujeta a dirección o coordinación: *“Cuando la sociedad o la entidad que ejerce la actividad de dirección y coordinación haya resuelto una transformación que implique la modificación de su finalidad social, o ha resuelto una modificación del objeto social consintiendo el ejercicio de una actividad que altere de modo sensible y directo las condiciones económicas y patrimoniales de la sociedad sujeta a actividad de dirección y coordinación”*. También *“al inicio y a la cesación de la actividad de di-*

rección y coordinación, cuando no se trata de una sociedad con acciones cotizadas en mercados reglamentados, y surge una alteración de las condiciones de riesgo de la inversión y no sea promovida una oferta pública de adquisición”.

6. Algunas precisiones que resultan del derecho italiano

Revisando muy limitadamente la copiosa doctrina italiana, la conclusión a la que se llega es que los autores no han superado lo que bien podría denominarse *perplejidad* ante la presencia de la fuente contractual de dominación. Por una parte, resulta claro que la doctrina resalta la imprescindible equivalencia de la *influencia dominante* ejercida por medios participativos y por medios contractuales: “*las diferentes fuentes del control deben ser idóneas para generar sobre la controlada una influencia de intensidad análoga*”. (52) En consecuencia, podrá hablarse de control contractual solamente “*donde los vínculos negociales son de fuerza tal que generan una influencia dominante equivalente a la que confiere la posesión de la mayoría de los votos ejercibles en la asamblea ordinaria*”. (53) Es necesario valorar “*cuáles son en concreto los efectos producidos por aquél (el contrato), su contenido y el contexto en el que se inserta*”. (54)

Por la otra, también son casi unánimemente contestes en que los contratos de dominación al estilo del AktG de 1965 son nulos. Empero alguna doctrina, un tanto artificialmente, ha dividido estos contratos entre los *débiles* y los *fuertes*. Estos últimos serían los legislados en el derecho alemán, brasileño y portugués, inadmisibles en Italia, como ya se dijo. Sin embargo, no deja de advertirse que, pese a su nulidad, de haberse celebrado

(52) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 11.

(53) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 18, con cita de BIANCHI, Luigi Arturo, Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo, EGEA, Milano 1990, p. 219; FRE, Giancarlo y SBISA, Giuseppe, Società per azioni, en “Comentario del Codice Civile” a cura di A. Scialoja y G. Branca, Ed. Zanichelli, Bologna-Roma, 1961, p. 245. También cita a GALGANO, Francesco, Il nuovo diritto societario, en “Trattato di diritto commerciale de diritto publico economico, CEDAM, Padova, 2006, p. 277 y NOTARI, M., La nozione di controllo ..., cit. nota 6, p. 380.

(54) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 18, con cita de SCHIUMA, Laura, Controllo, governo e partecipazione al capitale, Ed. Cedam, Padova 1997, pp. 109 y 114, y de PAVONE LA ROSA, Antonio, Tipologia dei vincoli di “controllo” e dei “gruppi” societari, en “Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G. B. Portale, Ed. UTET, Torino, 1991, pp. 584/5.

y ejecutado, cuadran en la noción de control y en sus efectos. En cambio, algunos autores afirman que serían válidos cuando se trata de los llamados contratos de dominio *débiles*. Por tales se entiende los que establecen ciertos deberes de brindar información o de obtener el consentimiento para ciertos actos relevantes de la sociedad. En este marco cabrían, incluso, los contratos de locación de establecimiento o de empresa y los *management agreements*. (55)

Todo ello obliga a tratar de resolver el dilema de esa contradicción: ¿cómo podrá ser equivalente la influencia dominante en uno y otro caso, si en el primero se incide sobre la formación de la voluntad social de la controlada, y en el otro tal cosa está excluida?

Es que no se ha acertado a dar a este supuesto una aplicación concreta tampoco en Italia. Como señala Spolidoro, la definición legal “*contiene, de hecho, una referencia asaz ambigua y poco convincente a las hipótesis en las cuales una sociedad consiga una influencia dominante frente a otra sociedad en virtud de particulares vínculos contractuales. Esta referencia ... viene confundida con una situación de “dependencia económica” ... susceptible de abusos*”. (56) Pero enseguida alerta sobre “*la extrema rareza (por no decir la total ausencia) de aplicaciones jurisprudenciales de esta figura y sobre la multiplicación de presupuestos a los que, en sede teórica, se subordina su eventual reconocimiento concreto: en suma, el control contractual, entendido como dependencia económica, no juega, de hecho, ningún papel efectivo en la disciplina del Art. 2359 del Código Civil (tanto menos en la perspectiva de la disciplina que de él deriva directamente: arts. 2359 bis y siguientes)*”. (57)

(55) RONDINONE, N., I gruppi di imprese ..., cit. nota 8, pp. 254/61.

(56) SPOLIDORO, Marco Saverio, Gruppi di società e gruppi di imprese tra diritto societario e diritto della concorrenza, en “I Gruppi di Società”, atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16 al 18.11.95, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996, Vol. III, p. 2204, con cita del fallo del Tribunal de Milano, 28.4.94 en el caso Ciai c. Giorgio Armani S.p.A., publicado en *Le società*, 1995, p. 74, en el cual se dijo que el control contractual es aquél que pone a la sociedad controlada en una situación de dependencia económica respecto de la otra, de tal manera de condicionar su existencia o supervivencia.

(57) SPOLIDORO, M. S., Gruppi ..., cit. nota 56, pp. 2204/5. Por ello Spolidoro otorga mayor importancia al encuadre en este concepto de los sindicatos accionarios, a los contratos que permiten designar el *management* de una sociedad a otra, etc. (p. 2205).

En el marco de esta desorientación, al no poder escapar del dato de que cuando se habla de control se habla de dominación y de un grupo jerárquico, algunos autores se sienten en la necesidad de bucear en la eventual convergencia de esta noción con la de dirección unificada. (58) Mas esto es incorrecto, porque se trata de nociones tan diferenciadas, como que una es jurídica y la otra económica.

En todo caso, en la doctrina italiana es moneda corriente que en los supuestos de control externo se exige una situación de efectivo ejercicio de la influencia dominante, mientras que en los supuestos de control interno basta la potencialidad de tal ejercicio, (59) lo cual determina, a su vez, que la apreciación de si existe o no control, necesariamente deba hacerse caso por caso, incluso considerando "*la finalidad de la disciplina en juego y el contenido de los particulares vínculos contractuales*". (60) Esto es lo que determina que los efectos que la ley prevé como consecuencia de la relación de control no puedan ser aplicables al supuesto de control externo, precisamente porque previo a ello debería haber una resolución judicial que provea de la certeza necesaria en el caso concreto.

El control contractual implica una forma de determinación externa de la actividad de la empresa, como alternativa a la posesión de la mayoría, un

(58) RONDINONE, N., *I gruppi di imprese ...*, cit. nota 8, pp. 127/8, con cita de TOMBARI, Umberto., *Il gruppo di società*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 25 y ss. y 56 y ss., escribe que "el grupo "jerárquico" se caracteriza como una "estructura organizativa" que, "en un perfil estático se presenta como un conjunto de sociedades ligadas recíprocamente por una relación de control"; el "control" sobre el cual se construye el grupo jerárquico "se identifica siempre con un "poder de influencia calificada" y más precisamente con un poder de influencia dominante"; el poder "de influencia dominante, núcleo de tal control, como se puede derivar de las situaciones en que el legislador lo presume existente sin posibilidad de prueba en contrario, presupone normalmente el poder de designación de miembros del órgano de gestión o del órgano de fiscalización, pero considerando el elenco completo de los "medios de control" previstos en las varias definiciones de control, puede también basarse en otras situaciones, en todo caso idóneos para atribuir el "poder de determinar la actividad de la controlada"; en fin, el poder de influencia dominante coincide también con el poder de dirección unificada".

(59) RONDINONE, N., *I gruppi di imprese ...*, cit. nota 8, p. 155 y nota 166. Sobre este punto, véase el excelente trabajo de ALEGRIA, Héctor, *La sociedad dependiente. Abuso de dependencia económica y control societario externo*, en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, pp. 89/154, donde analiza el tema en pp. 147/52.

(60) MINERVINI, Gustavo, *La capogruppo ...*, cit. nota 6, p. 1568, también citado por RONDINONE, N., *I gruppi di imprese ...*, cit. nota 8, p. 155, nota 166.

condicionamiento objetivo proveniente del exterior de la actividad social, independiente de los socios, que influye directamente sobre la actividad económica desarrollada. Mientras por medio del control interno se determina directamente la voluntad de la controlada, ejerciendo los derechos derivados de su *status socii* pero de conformidad con su propio interés, la controlante contractual sólo puede influenciar la voluntad de la controlada incidiendo sobre un interés ajeno. (61) Por ello, una parte de la doctrina entiende inaplicable el primer párrafo del Art. 2359 bis (62) y el tercero del Art. 2429. (63)(64) En realidad como bien ha señalado una autora, el control contractual tiene tantas peculiaridades, que termina por ser una figura distinta y autónoma respecto del control interno, y tanto así, que es desaconsejable el tratamiento conjunto y unitario de los dos fenómenos. (65) Y si se tiene presente que varios autores italianos señalaron con razón que se trata de una relación que puede presentarse entre empresarios de cualquier tipo, tanto individuales, como también respecto de entes de estructura no asociativa, (66) se tendrá un nuevo fundamento para lamentar la equiparación legal de las fuentes de control interno y externo.

Bien ha señalado Angelici la relevancia de precisar los datos jurídicos que configuran una genuina *influenza dominante*, para evitar que la calificación se funde únicamente en datos sólo económicos. (67) No es adecuado

(61) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 16.

(62) Es el que prohíbe a la sociedad controlada adquirir acciones o cuotas de la sociedad controlante más allá del límite de las utilidades distribuibles y de las reservas disponibles resultantes del último balance aprobado.

(63) Esta norma se refiere a la obligación de agregar al balance de la sociedad controlante los balances individuales de las sociedades controladas.

(64) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, pp. 16/17 y autores citados en notas 49 a 51, entre ellos DI SABATO, Franco, Manuale delle società, Ed. UTET, Torino, 1990, p. 340.

(65) SCOGNAMIGLIO, G., Autonomía e coordinamento ..., cit. nota 6, p. 5.

(66) PASTERIS, C., Il “controllo” nelle ..., cit. nota 6, p. 43; RIMINI, Emmanuele, Il controllo contrattuale, Milano, 2002, p. 89 y ss.; SCOGNAMIGLIO, G., Autonomía e coordinamento ..., cit. nota 6, p. 4, también citados por RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 20, nota 57.

(67) ANGELICI, Carlo, La partecipazione azionaria nelle società per azioni, en Trattato di diritto privato, dirigido por Rescigno, Vol. 16, t. 2, UTET, Torino, 1985, p. 334.

tratar de establecer categorías de contratos que, en abstracto pueden calificar como derivando de ellos una *influencia dominante*, sino, inversamente, establecer las características de la influencia ejercida en concreto sobre la sociedad presuntamente controlada para determinar si cabe la calificación de control. (68)

En otro orden de reflexiones, atenta la restricción del Art. 2359 del Cód. Civ. al control por *particulares vínculos contractuales*, excluyendo las relaciones de hecho, llama la atención que en la doctrina italiana se aluda a instrumentos idóneos no sólo para *fundar* sino también para *consolidar* una influencia dominante (potencial o efectiva). Consolidar convoca a la noción de que existe una conjunción de medios para ejercer el control, lo cual en la jurisprudencia y doctrina alemanas es rechazado, como ya se dijo. En la enumeración de estos supuestos se incluyen cláusulas estatutarias, pactos parasociales en sentido amplio, contratos de dominio, uniones o vínculos personales. (69) Esta interesante cuestión, que es para tener en cuenta, especialmente a la luz del derecho argentino, que no exige que los *especiales vínculos* sean contractuales, es la que se plantea en el derecho italiano acerca de si el contrato que eventualmente dará lugar al vínculo de control es la fuente de este control o si es sólo la consecuencia de una situación de influencia dominante fáctica preexistente. (70) En otros términos, ¿puede hablarse del ejercicio de una influencia tal que imponga la propia celebración del contrato, como si fuera una suerte de vicio del consentimiento? Para una corriente, que sostiene que los poderes que califican la influencia dominante pueden resultar de los hechos, sin

(68) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 29.

(69) RONDINONE, N., I gruppi di imprese ..., pp. 139/40. Empero, con respecto a los pactos de sindicación, siempre se estará en el marco del control interno de derecho y no de vínculos contractuales. *Ibidem*, p. 162, con varias citas; D'ALESSANDRO, Floriano, La nuova disciplina dei gruppi ..., cit. nota 18, p. 113; VISENTINI, G., La rilevanza della partecipazione a sindacati di voto nella configurazione del gruppo SIM, en *Rivista delle società*, 1991, p. 242 y ss.; CARIELLO, V., Controllo congiunto, p. 85 y ss.

(70) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 80, donde en nota 196 cita a Alberto MUSSO (Il controllo societario mediante "particolare vincoli contrattuali", en *Contrato e Imprese*, 1995, p. 24 y ss.) y a CANDI, A. (Le partecipazioni ..., cit. nota 18, p. 68), donde se funda la respuesta negativa. En el derecho argentino la respuesta puede ser distinta.

que sea necesaria una específica cláusula contractual, (71) la respuesta será afirmativa.

Puede decirse que existe unanimidad en la doctrina en afirmar que no cualquier vínculo contractual es idóneo para fundar una calificación de control. Si bien la cuestión ha sido meticulosamente debatida, parece tener aceptación la posición de Graziani y de Abadessa, seguida por otros autores, en cuanto a que, para fundar una influencia dominante, debe tratarse de contratos cuyas vicisitudes sean de gravedad tal que puedan llegar a poner en peligro la supervivencia misma de la empresa. (72)

Es más: hay doctrina que no admite que esta clase de contratos actúe como dato meramente demostrativo: “*no son los “particulares vínculos contractuales” los que generan la situación de sujeción económica, sino ésta es la que se hace manifiesta por aquéllos*”. (73) Otra corriente sostiene que la genérica dependencia económica no es por sí misma suficiente para

(71) LIBONATI, B., Il gruppo insolvente, cit. nota 43, p. 68 y ss. También, con cita del anterior, RONDINONE, N., I gruppi di imprese ..., cit. nota 8, pp. 168/9 y nota 16.

(72) ABADESSA, P., I gruppi di società ..., cit. nota 6, p. 183. La del texto ha sido la doctrina judicial seguida por el Tribunal de Milán en su sentencia de 28 de abril de 1994 cuando dispuso que el estado de dependencia económica sólo se presenta cuando, como lo reseña Abadessa se coloca “a la sociedad en la condición de tener que soportar que el otro contratante, cuando lo quiera, oriente de modo estable y continuado las opciones de gestión que le concierne”, como por ejemplo “la agencia (cuando la rescisión del encargo hiciera esfumarse el avviamento de la sociedad agente), la provisión de capitales y de mercaderías (siempre que la provisión sea esencial para la prosecución de la empresa y el suministrante no sea subrogable), el suministro exclusivo (cuando la empresa suministrante está en condición de suministrar bienes destinados a un solo adquirente), la licencia de patentes (cuando la producción de la empresa licenciataria no está diversificada ni es fácilmente convertible”. También ALEGRIA, H., La sociedad dependiente ..., cit. nota 59, p. 148. Véanse las consideraciones que hace este autor respecto de los llamados contratos de management, respecto de los cuales afirma que “puede estimarse que basta con su mera existencia para que se entienda que hay un sometimiento de una sociedad a la dirección unitaria de otra”.

(73) PASTERIS, C., Il “controllo” nelle ..., cit. nota 6, p. 27 y ss., GUERRA, P., Le società di partecipazione, cit. nota 18, p. 81; CANDI, A., Le partizipazioni ..., cit. nota 18, p. 67 y ss.; SIMONETTO, E., Acquisto di azioni o quote di società controllante e loro regime, en Giurisprudenza commerciale, 1974-I, p. 696, también citados por RONDINONE, N., I gruppi di imprese ..., cit. nota 8, p. 167, nota 193.

establecer una relación de control, y requiere, en cambio que esté presente el poder de condicionar las decisiones de gestión de la empresa, (74) por lo que los particulares vínculos contractuales se caracterizan por la atribución de un poder de influencia sobre la ejecución de la gestión del contratante débil, explícitamente establecido en cláusulas contractuales. (75) En una posición más extrema, pero minoritaria, para que exista control por esta vía, las cláusulas contractuales deben específicamente conferir el poder instrumental de designar y revocar a la mayoría de los administradores de la sociedad porque sólo así existirá unidad en la finalidad de todos los casos de control del Art. 2359. (76)

La reforma societaria del año 2003, al legalizar de algún modo la actividad de coordinación y control sobre otras sociedades sin identificar el vínculo del cual deriva esa actividad, ha introducido en la discusión un nuevo dato de relevancia, y también nuevas perplejidades. Es más, el Art. 2497 *sexies* establece, sin distinción de fuentes, que se presume *juris tantum* el ejercicio de tales actividades en los supuestos de control del Art. 2359. (77) Sin embargo, para el caso del control externo se ha señalado agudamente que existiría una contradicción lógica si se admitiera la posibilidad de que exista un vínculo de control sin que hubiera ejercicio efectivo de una actividad

(74) BIANCHI, L. A., *Informazione societaria ...*, cit. nota 53, p. 218 y ss.; TOMBARI, U., *Il gruppo di società*, cit. nota 58, p. 52, nota 104; MARCHETTI, P., *Sul controllo ...*, cit. nota 51, p. 1556, también citados por RONDINONE, N., *I gruppi di imprese ...*, cit. nota 8, p. 167, nota 194.

(75) SCOGNAMIGLIO, G., *Autonomía e coordinamento ...*, cit. nota 6, capítulo "Grupo" e "controllo": *tipologia dei gruppi di imprese*, p. 106 y ss. y en *Gruppi di imprese e diritto delle società*, Roma 1989, p. 105 y ss. (también citada por RONDINONE, N., *I gruppi di imprese ...*, cit. nota 8, p. 167, nota 195). Esa autora exige que se atribuya específicamente a la parte fuerte "el poder de influenciar de manera determinante la actividad y la gestión de la otra". Es preciso que en el contrato en particular se inserten cláusulas que acuerden a la parte fuerte poderes de influencia, de dirección sobre las decisiones gestorias de la parte débil. No obstante, ve estos contratos como contratos parasociales en el sentido de que establecen deberes obligacionales, pero que no pueden tampoco incidir en la estructura orgánica interna de la sociedad controlada, porque ello sería ilegítimo.

(76) SPOLIDORO, M. S., *Il concetto di controllo ...*, cit. nota 6, p. 482 y ss., también citado por RONDINONE, N., *I gruppi di imprese ...*, cit. nota 8, p. 168 y nota 197.

(77) Véase el debate y los autores citados en RENZULLI, M., *Il controllo contrattuale*, cit. nota 6, pp. 32/6, notas 83/90.

de dirección o coordinación: el Art. 2359, inc. 3º, exige el ejercicio efectivo del dominio, y en cada caso en que se probara contra la presunción del Art. 2497 *sexies*, automáticamente quedaría también sin efecto esa clase de control. (78)

La reforma del 2003 también ha reabierto cierta discusión relativa a la validez o nulidad de los contratos por los cuales una sociedad disponga del propio gobierno cediéndoselo a un tercero, al estilo alemán. (79) Ello así a la luz de lo dispuesto en el Art. 2497 *septies* y de la presunción del Art. 2497 *sexies*. Una parte de la doctrina, con apoyo en el texto de la Relazione del decreto ley 6/2003, sostiene que el Art. 2497 *septies* se refiere solamente a los contratos de colaboración paritarios u horizontales, mientras que la actividad de dirección y coordinación en un grupo vertical sólo puede surgir de una relación de hecho. (80)

Todas estas dudas no son ajenas a la necesidad de diferenciar el supuesto de los particulares vínculos contractuales del Art. 2359 de los contratos del Art. 2497 *septies*. Los primeros no inciden sobre la organización de la sociedad controlada, sino que, por el contrario, se implementan mediante cláusulas atípicas que hayan su causa en contratos típicos en cuyo marco se genera la influencia dominante. En cambio, los contratos del Art. 2497 *septies* determinarían una incidencia directa, tal vez incluso una alteración, de la estructura organizativa de la sociedad. (81) Mas esto último implicaría

(78) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, pp. 61/2, donde, sin embargo trata de establecer una diferencia entre la actividad de dirección y coordinación y el ejercicio efectivo del control. Halla entre ellas una diferencia cualitativa (pp. 63/6), y sostiene que la terminología legal de 2003 reemplaza la noción de dirección unificada. Pero no parece explicación suficiente la de la autora en el sentido de que la actividad de dirección y coordinación se desenvuelve sobre el conjunto de todas las sociedades controladas mientras que el control se ejerce sobre una sociedad en particular (pp. 68/9).

(79) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, pp. 81/2, con cita de GALGANO en nota 201. Como ya se señaló, esos contratos han sido tradicionalmente considerados nulos en el derecho italiano.

(80) GALGANO, Direzione e coordinamento di società, en Commentario Scialoja-Branca, Bologna 2005, p. 211, también citado por RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 85, nota 205, donde se mencionan otros autores en sentido similar. En contra de esta posición autores como Paolo MONTALENTI, Amedeo VALZER y Gianvito GIANNELLI, citados en la misma nota y la siguiente.

(81) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 86.

tanto como admitir que el Art. 2497 *septies* sería la ventana por la que habría ingresado en el derecho italiano la legitimación de los contratos orgánicos o de dominación. Pero, como ya se señaló, la doctrina italiana está lejos de aceptar tal cosa. En consecuencia, la interpretación que es convalidada por la mayoría sostiene que esta última norma se refiere únicamente a los agrupamientos horizontales.

De todo ello derivan nuevas e importantes razones que militan a favor de la ya citada postura que —diferente de la comprobación de corresponderse un contrato con los standards objetivos del texto del Art. 2497 *septies*— predica que la determinación de la existencia de control externo en los términos del Art. 2359, lejos de fundarse en una tipología abstracta, es siempre una cuestión de hecho, que el juzgador determinará caso por caso según las particularidades con que se constate la eventual presencia de una influencia de intensidad suficiente como para calificarla de *dominante*. En esa valoración concreta resultan relevantes algunos datos. El primero de ellos es que la influencia dominante debe abarcar la actividad de la controlada en forma global. Esto fue reafirmado por un fallo de la Casación del 27 de septiembre de 2001 (82) en el que se resolvió que está excluido de la normativa que “*exista una específica tipología de los contratos de dominio o de control de empresas*”, y que debe “*deducirse el carácter “existencial” del vínculo, no del tipo de contrato, sino del concreto comportamiento de su contenido, que lo convierta, en el caso singular, vital para la controlada*”. De lo cual se sigue que la verificación de las conductas y de las relaciones para el encuadre en el Art. 2359, inc. 3º, “*se resuelve, en definitiva, en una “quaestio facti”*”. También se estableció en este fallo que, en los hechos, el contrato debe ser tal que “*su celebración y su perduración representan la condición de existencia y de supervivencia de la capacidad de la empresa de la sociedad considerada controlada*”. Con ello el tribunal subraya la relevancia de la efectiva libertad de elección por la sociedad débil, (83) tanto en cuanto a la decisión de contratar, como con respecto al contenido del contrato. Relacionado estrechamente con esto, se ha señalado la relevancia de

(82) Publicado D&G - Diritto e Giustizia, 2001, 36, 80 y también en Società, 2002, p. 316.

(83) Este aspecto fue puesto de relieve también en un fallo posterior de la misma Corte de Casación del 13 de marzo de 2003 en el caso Drago vs. Fonti di Gaverina SPA (Nº 3722, publicado en Giustizia civile massime, 2003, p. 515), en el cual en un contrato de comercialización exclusiva de los productos de la controlada, con utilización del personal de ésta, se tuvo especialmente cuenta la grave situación financiera de la parte débil al tiempo de celebrar el contrato, el plazo de cinco años, y las graves penalidades para el supuesto de resolución.

la libertad de la sociedad controlada para liberarse del vínculo contractual que se estima vejatorio y para procurarse una alternativa concreta. (84)

Un segundo dato es que el control no deriva de las cláusulas normales y típicas del contrato de que se trate, sino de la estipulación de poderes adicionales sobre cuya base se valide una injerencia calificada y estable en la gestión de la empresa controlada, (85) o sea, de cláusulas anómalas respecto de las características propias que definen el tipo de contrato en cuestión. En otras palabras, no toda situación de fuerza contractual califica como control por particulares vínculos contractuales.

Por supuesto que la doctrina también hace mérito de otros datos particulares a tener en cuenta, como (i) la obligación de modificar la organización; (ii) la duración breve del vínculo, lo mismo que su indisolubilidad; (iii) la presencia, como único elemento realmente *necesario y suficiente*, de la posibilidad de influir positiva y permanentemente en la gestión de la controlada. Como ha reiterado la doctrina, sólo este dato puede producir efectos equivalentes a los derivados de la relación de control interno. Y debe tratarse de una potestad activa, no sólo de una capacidad de obstrucción o influencia pasiva. (86)

Como comentario final sobre el derecho italiano, deberá decirse que la reforma de 2003 y la introducción de la particular responsabilidad de quien ejerce la función de dirección o coordinación (Arts. 2497 y sigtes.), sin duda proveen un incentivo para que se trate de encuadrar el mayor número de supuestos en los particulares vínculos contractuales del Art. 2359, inc. 3º. Empero la jurisprudencia aparenta haber respondido con seriedad. Respecto del franchising hubo dos sentencias importantes. Una fue la del tribunal de Pescara del 2 de febrero de 2009 que rechazó una acción de responsabilidad fundada en los Arts. 2497 y 2497 *septies*. Se había acusado al franquiciante de imponer cargas económicas excesivas en materia de publicidad, información, mantenimiento de surtido y presentación del

(84) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, pp. 96/7.

(85) MUSSO, A., Il controllo societario ..., cit. nota 70, p. 35, también citado por RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, p. 91, nota 224. Hace hincapié MUSSO en que no es suficiente para configurar el control de esa norma que exista una posición de fortaleza en el mercado, y que tampoco lo es un vínculo de mera dependencia técnica que no se traduzca en dependencia de gestión o de decisión.

(86) RENZULLI, M., Il controllo contrattuale, cit. nota 6, pp. 100/6.

local, con el alegado propósito de forzar la venta del negocio al menor precio posible. La otra la dictó el Tribunal de Isernia el 12 de abril de 2006, haciendo lugar a la demanda en un caso en el que el franquiciante había emprendido una campaña agresiva para conquistar clientes, incluso los del franquiciado, ofreciendo a aquéllos los mismos productos en condiciones más favorables que al franquiciado. (87)

En definitiva, en Italia como en la Argentina los casos que no encuadran en la definición de control y, por consiguiente, en las responsabilidades especiales del Art. 2497 por el ejercicio de la actividad de dirección y coordinación, se resuelven, por medio de los institutos del abuso del derecho, del abuso del poder contractual, (88) y eventualmente por violación de la moral y las buenas costumbres o de las normas de orden público societario.

7. El régimen argentino

El régimen italiano sirvió, como se advierte, de fuente al régimen argentino. En su versión original de 1972, la LSC se apoyaba en el texto de 1942 del Art. 2359 del Código Civil italiano, pero diferenciándose respecto de éste en el alcance que dio al concepto de *control* al colocarlo en la parte general, en la introducción del control indirecto a través de otra sociedad controlada, en la no calificación del tipo de asamblea en la que debía predominar el controlante para formar la voluntad social, y en la no recepción del control fundado en vínculos contractuales. Por otra parte, innovó sobre el texto italiano vigente y también sobre el proyecto De Gregorio, en cuanto

(87) Citados también por RENZULLI, M., *Il controllo contrattuale*, cit. nota 6, p. 107.

(88) MACARIO, Francesco, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti d'impresa; verso una nuova clausola generale?*, en *Rivista di diritto civile*, 2005, p. 663 y ss. El abuso del poder contractual se configura cuando, ejerciendo abusivamente los derechos del contrato, se acarrea un perjuicio evitable e innecesario a la contraparte. Al respecto, es ilustrativo el fallo de la Casación del 18 de septiembre de 2009 (publicado con nota de D'AMICO, en *Contratti*, 2010, p. 11 y ss. y con nota del mismo MACARIO en *Corriere di Giurisprudenza*, 2009, p. 1157 y ss.), en el cual entre los datos constitutivos de tal abuso se señala la posibilidad de ejercer el derecho conforme a una pluralidad de modalidades, y, en el concreto ejercicio del derecho según modalidades que, aunque formalmente legítimas, son censurables respecto de un criterio de valoración jurídico o extrajurídico. Referencias en RENZULLI, M., *Il controllo contrattuale*, cit. nota 6, p. 132, nota 306. Imprescindible la exposición de ALEGRIA, H., *La sociedad dependiente ...*, cit. nota 59, en todo su desarrollo. Empero, Alegría no comparte mi preocupación por destacar el carácter no societario de los remedios a este tipo de abusos.

en lugar de hablar de mayoría, se refirió a “*los votos necesarios para formar la voluntad social*”.

La decisión de no incluir el control *externo* fue ciertamente deliberada. Halperín, cuya influencia en la redacción del proyecto fue decisiva, no dejó de reconocer la multiplicidad de medios económicos por los cuales puede adquirirse el control de una sociedad, pero las desechó al señalar con acierto que “*sus consecuencias o su regulación escapan al régimen de las sociedades*”. (89)

La reforma de 1983 aceptó el esquema del nuevo Art. 2359 (texto según la ley 216 de 1974), diferenciándose de éste en que recepta en su encabezamiento el control indirecto, —lo que lo hace aplicable a todo tipo de control y no sólo al participativo, como en Italia— y, como ya se señaló, en que recogió de los proyectos De Gregorio y Marchetti, y del texto del decreto-ley 95 de 1974, el criterio amplio de no restringir la influencia dominante derivada de especiales vínculos solamente a los contractuales. (90) Pero cuando por la ley de conversión fue incorporado al texto del Código Civil, se regresó, aunque invirtiendo el orden de la sintaxis de la frase, al texto primitivo del Art. 2359, restringiéndolo a los vínculos contractuales. En otras palabras: para la interpretación del texto argentino debe tenerse presente que la substancial similitud con el Art. 2359 del Código italiano según la versión de 1974, tiene, sin embargo, algunas importantes diferencias, que sería excesivo examinar aquí.

8. La diferencia de substancia entre el control interno y el control externo

La diferencia entre todos los ordenamientos que no autorizan contratos de dominación o grupos de derecho y los que sí los autorizan, como el régimen alemán del AktG de 1965, el brasileño, el portugués, el croata y el esloveno, es esencial incluso a la luz de la propia estructura de estos

(89) HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 666.

(90) La fórmula argentina, más amplia, está tomada del Art. 5, inciso b. del proyecto de De Gregorio en su primera versión (Art. 4 en la segunda) y del Art. 2, inc. 2. del proyecto Marchetti, que había sido reproducida originalmente en el Art. 3 del decreto-ley N° 95 de 8 de abril de 1974. El proyecto De Gregorio, Art. 5, inc. b., y las demás normas citadas establecían que eran sociedades controladas “las sociedades que están bajo la influencia dominante de otra sociedad en virtud de las acciones o cuotas poseídas por ésta, o de particulares vínculos con ésta”.

últimos regímenes. En el derecho alemán sólo puede establecerse contractualmente una efectiva relación de dominio-dependencia por medio de los contratos previstos en el § 291 del AktG, o sea, el contrato de dominación y el de transmisión de utilidades. Estos son calificados por la doctrina más moderna como *contratos orgánicos* y legitiman la facultad de la dominante de impartir instrucciones obligatorias a los órganos de la dependiente (§ 308 del AktG). Cualquier otro contrato, incluso los demás llamados *contratos de empresa* enumerados en el § 292 del AktG que, a diferencia de aquéllos, son considerados contratos de cambio, no pueden legítimamente fundar una relación de dominio. Si de su contenido se desprendiera que, en realidad, estructuran el derecho a imponer instrucciones que importen una dominación societaria de una compañía sobre otra, la doctrina alemana coincide en que serían juzgados como un medio para la elusión de las normas tuitivas reguladas para los contratos del § 291, y se los tendrá por inválidos.

De ello se desprende que los contratos que en Alemania pueden ser fuente legítima para el ejercicio de influencia dominante, en ordenamientos jurídicos como el argentino y el italiano no son válidos. (91) Paradojalmente, también se presenta la inversa: los contratos que en Italia o la Argentina de conformidad con los Arts. 2359 del Cód. Civ. y el Art. 33, inc. 2. de la LSC, pueden fundar el ejercicio de tal influencia dominante y la consecuente calificación de control, en el derecho alemán son ineficaces si de ellos deriva tal característica. Esto demuestra un enfoque legislativo diferenciado en la definición del tipo de influencia dominante y, por lo tanto, del tipo de dominación o de control que interesa a la normativa. El régimen alemán apunta exclusivamente al aspecto *orgánico* de la dominación: le interesa

(91) Tampoco lo eran en el régimen alemán anterior a 1965. Señalaba KRONSTEIN, con criterios que son aplicables a todos los ordenamientos que no admiten la validez de los contratos de dominación, que: a. No pueden existir contratos que obliguen a la sociedad a designar como integrantes de sus órganos a quien mande el cocontratante. Sólo podría la sociedad recibir propuestas, pero el órgano con facultades para la designación no estará obligado a ajustarse a ellas (KRONSTEIN, H., *Die abhängige ...* cit. nota 5, pp. 51/52). b. Pueden existir cláusulas que otorguen a un tercero ajeno a la sociedad facultades de intervención en ciertos asuntos. KRONSTEIN cita, para la época en que escribe (1931), algunos casos de concesiones públicas en que la autoridad concedente se reservó este tipo de derechos (ibídem, pp. 52/53). c. Pueden existir cláusulas por las cuales la sociedad dependiente se obliga a no realizar ciertos actos sin el consentimiento de la dominante (ibídem, p. 52). Pero estimo que, en este supuesto, plenamente válido desde el punto de vista obligacional, no basta este tipo de cláusulas para tener por configurado el vínculo de dependencia. Recuérdese que en Italia estos últimos son llamados contratos de dominación débiles.

sólo la influencia que el sujeto dominante puede ejercer *internamente*, en el funcionamiento de la organización societaria. Si ese sujeto domina la asamblea o, a través de sus personeros, domina al consejo de vigilancia y luego al directorio, la influencia dominante es de tipo societario y se aplica el régimen de este ordenamiento. Cuando el dominio proviene de una fuente externa, no participativa, la ley atiende a la adquisición de la facultad de impartir instrucciones al órgano de administración de la sociedad dependiente, y lo legitima a condición de que se encuadre en los mecanismos de tutela y compensación establecidos por la ley. En cambio, cuando del contenido real de los contratos surge que no interfieren en el proceso de formación de la voluntad social, ni afectan compulsivamente el criterio y la decisión de los órganos sociales, en el derecho alemán la cuestión deberá ser resuelta en el marco del derecho común de los contratos y obligaciones civiles y comerciales, sin que entre en juego norma alguna del sistema societario. En otras palabras, cuando de las relaciones de dominio económico contractual resultan hechos abusivos y perjudiciales para la sociedad dominada, son los institutos y las normas del derecho privado general, civil y comercial, la ley sobre condiciones generales de contratación y la ley de defensa de la competencia las que resultan aplicables para encontrar la solución del caso concreto. (92)

El sistema alemán funda su lógica en el hecho de que el legislador se preocupó allí por establecer la protección de socios externos y acreedores. En los vínculos establecidos por medio de cualquier contrato de cambio entre la sociedad y otro sujeto que a su respecto es tercero, no existe el concepto de *socio externo*: todos son *externos* al sujeto dominante, y es la propia sociedad la que, como tal, está en riesgo cuando el dominio se ejerce en su desmedro. Pero la sociedad que es parte débil de la relación conserva intacta su independencia funcional. Los integrantes de sus órganos están colocados de su lado del conflicto, no tienen interés vinculado a quien ejerce la dominación, y no dependen de éste. Por lo tanto, tienen la facultad y la obligación de servir y defender los intereses de la sociedad; y, para hacerlo, retienen su propia independencia de criterio. En cambio, nada de ello ocurre cuando la dependencia penetra la formación de la voluntad de los órganos sociales. (93) La sociedad se halla allí inerte para defenderse de

(92) Cfme.: EMMERICH-SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, cit. nota 17, pp. 66/7.

(93) Este tipo de razonamiento es el que seguramente hizo afirmar a Vanhaecke, todavía antes de sancionarse el régimen del AktG, que “un sujeto de derecho no puede asegurarse el control de una sociedad más que si ejerce sobre los órganos sociales de la misma un dominio suficientemente intenso y permanente” (VANHAECKE, Michael, Les groupes de sociétés, L.G.D.J., Paris, 1959, p. 26).

la intromisión del sujeto dominante. Precisamente por esta razón, y sólo por ello, es necesario que la ley organice un sistema de protección contra esa intrusión en los órganos cuando resulta dañosa, o potencialmente dañosa, para la sociedad.

Por contraste, la formulación del concepto de *control* en los derechos argentino e italiano indica que en éstos, pero en especial en el nuestro, además del dominio ejercido sobre el funcionamiento orgánico de la controlada, se apuntó de modo general a todas las clases de relación concentrativa descritas por la doctrina. (94) Empero, equiparar la influencia dominante ejercida en virtud de participaciones sociales con la que deriva de una fuente externa a la sociedad, por lo menos en el derecho societario, constituye un desacierto legislativo. (95) Las diferencias de fundamento apuntadas en los párrafos anteriores son substanciales (96) y explican la comparativamente poca atención que se le ha prestado en la doctrina. (97) Ha sido casi nula la aplicación de las normas relativas al control societario a supuestos de control externo (98) y prácticamente en todos los casos

(94) Véase JACQUEMIN, Alex, *Les groupes de sociétés: décentralisation dans la concentration*, en *Séminaire Organisé a Liege* 19, 20 et 21 Octobre 1972, p. 27, Ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1973, pp. 46/7, donde se pueden encontrar algunas motivaciones que pueden haber inspirado los criterios criticados en el texto.

(95) Véase sobre este punto NOTARI, Mario, *Il gruppo "contrattuale" nella disciplina antitrust*, en *"I Gruppi di Società"*, atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16 al 18.11.95, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996, Vol. III, p. 1699 y ss., autor que al tratar el punto no sólo en materia societaria sino también de defensa de la competencia, señala que en este ámbito se requiere necesariamente la existencia de "ligámenes estructurales entre las dos empresas" (*ibídem*, p. 1703).

(96) HALPERIN, I., *Sociedades anónimas*, cit. nota 89, p. 666.

(97) Para Italia, puede verse el análisis de RIMINI, Emmanuele, *Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione*, en *"I Gruppi di Società"*, atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16 al 18.11.95, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996, Vol. III, p. 1903 y ss. Se demuestra allí la poca claridad que existe en el derecho italiano sobre el particular.

(98) No conozco ningún fallo que se haya pronunciado en la Argentina acerca de la relevancia, para el caso, de una situación de control externo, excepto en el caso Macrini Hnos. SRL (Cam. Civ. y Com. Rosario, sala IV, 19.5.93, ED, 153-652), en el que, al tratarse de la denegación de la extensión de la quiebra en virtud del Art. 165, inc. 1º de la entonces vigente ley concursal (ahora Art. 161 LCQ), la configuración del control no tuvo relevancia para la decisión. En el muy difundido fallo

conocidos en que se discutieron derechos y abusos en contratos que típicamente serían susceptibles de encuadrar en el inciso 2. del Art. 33 de la LSC fueron planteados y resueltos en términos puramente contractuales. Ello da sustento adicional a la opinión crítica sobre la equiparación de control orgánico y control económico externo. Por otra parte, y esto parece decisivo, del mismo tipo de contratos de cambio que podrían dar lugar al ejercicio de *influencia dominante* y a la consiguiente calificación de *control*, puede ser también parte dependiente un empresario individual. El riesgo y el potencial daño que se derive de su dependencia económica será idéntico al que pueda sufrir una sociedad. Empero, no cuenta con ninguna acción propia del régimen societario, por lo que deberá valerse de los remedios jurídicos que le otorga el derecho privado general. Ciertamente, no hay motivo de política legislativa que justifique que una sociedad cuente con más recursos jurídicos que otros sujetos del derecho.

9. Cuánta influencia dominante debe derivar del contrato

Ya se ha visto que en la doctrina y jurisprudencia italianas se ha llegado a la conclusión de que no existen categorías de contratos que, en abstracto, califiquen para fundar su encuadre como fundamento del ejercicio de una influencia dominante sobre una sociedad y que deba bautizarse como *control*, así como que, en todo caso, la *influencia dominante* a la que se refiere la normativa debe ser del mismo tipo cuando se funda en un contrato que la que deriva de participaciones sociales. De esto se siguen consecuencias de variada índole que, a mi juicio, termina de demostrar el error de política legislativa en tratar de equiparar casos que son esencialmente diferentes.

Para comenzar, es preciso reiterar que no cualquier contrato de duración, incluso cuando implique prestaciones gravosas, convertirá a una sociedad en dependiente o controlada. Al lado de ese contrato, la sociedad celebrará otros, desplegará otras actividades, buscará su equilibrio y su desarrollo en la dinámica general de sus negocios. En cambio, cuando el contrato es de aquéllos que comprenden la totalidad de su actividad empresarial, sujetándola a directivas externas que dejan poco o ningún juego para la iniciativa propia, o cuando el contrato compromete la totalidad de la ac-

de la sala E de la Cám. Com. de 11.11.09, Nova Pharma Corporation S.A. c. 3M Argentina S.A., LA LEY, 2010-B, 739, con comentario de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Revisión judicial de Contratos de Colaboración Empresarial. La ruptura intempestiva y el resarcimiento, si bien se invocó la existencia de control, tal invocación no tuvo ninguna incidencia en la solución del caso, que fue resuelto sobre la base del derecho común.

tividad empresaria a una finalidad predispuesta en el mismo, o cuando la viabilidad de la empresa depende en forma exclusiva de las prestaciones de la contraparte, podrá, en el caso concreto, considerarse configurado el ejercicio de una influencia.

Como digresión, cabe señalar que, en todo caso, el análisis casuístico que se realice servirá solamente para establecer la relación de dominio-dependencia entre las dos concretas partes del contrato. Pero de ello no se desprende la configuración de un *grupo* entre ellas, ni mucho menos de un grupo al que pertenezcan también otras sociedades dependientes en razón del mismo tipo de contratos: nunca la uniformidad de vínculos contractuales es total, como fue destacado hace tiempo en un fallo de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea del año 1978 en el caso *BMW Bélgica*. (99)

10. Fuentes no contractuales de dominación externa

El derecho argentino se diferencia del italiano en que éste limita la fuente de la influencia dominante que califica el control externo los particulares vínculos *contractuales*, mientras que el Art. 33, inc. 2., de la LSC, sin calificarlos, se refiere, a secas, a los *especiales vínculos*. (100) Es decir, la norma argentina abre su aplicación a cualquier situación de dominación no participativa, derive de la fuente que derive.

(99) Dijo la Corte allí, refiriéndose a los vínculos con los concesionarios, “que si bien es cierto que los vínculos de dependencia económica existentes entre ellos y BMW Bélgica podrían condicionar su libertad de iniciativa y de decisión, no es menos cierto que la existencia de esos vínculos no excluyó la posibilidad de rehusarse a consentir el acuerdo que les era propuesto, lo que queda demostrado por el importante número de concesionarios que se abstuvieron de hacerlo” (citado por de MELLO, Xavier, en la obra conjunta de BARTHELEMY, Jacques, COULON, Nicolas, EGAL, Jacques, GUIGOU, Hubert, HARDOUIN, Michel, de MELLO, Xavier, PETITEAU, Gérard y SEURAT, Patrick, *Le Droit des groupes de sociétés*, Ed. Dalloz, Paris, 1991, p. 33).

(100) Aunque con una redacción que delimita el alcance, debe considerarse encuadrado en la misma tesitura el Código de Comercio de Colombia en su Art. 261, inc. 3, texto según la ley 222 de 1995, que atribuye condición de subordinada a la sociedad en la cual la matriz (la cual, conforme al Art. 260 y al parágrafo primero del mismo Art. 261, puede ser cualquier clase de persona, aún no societaria, o pluralidad de personas), “en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad”.

Si la definición de supuestos derivados de una relación contractual es difícil, tanto más lo es para vínculos cuyo carácter obligatorio ni siquiera se funda en un contrato. La falta de todo precedente jurisprudencial, resulta puramente especulativa la mención de posibles supuestos que encuadren en esta categoría. Una categoría posible es la de los casos en que la fuente de la eventual *influencia dominante* que se ejerce se configura por vínculos personales entre quienes ocupan posiciones relevantes en las sociedades involucradas: los *interlocking directorates*, o directorios entrecruzados o entrecruzados, los cuales, por presencia y participación recíproca en los órganos sociales de administración, garantizan la ejecución de una política común. Pero este modo de ejercer *poder* encuadra en la categoría de *soft o souple*: no genera un título jurídico del cual derive una potestad para forzar el cumplimiento de una obligación en cabeza de la contraparte.

También puede especularse con lo que genéricamente se ha dado en calificar como *relaciones de hecho*. Estas pueden asumir una variedad infinita, v.gr., por cuanto deriva de la posición en el mercado de la sociedad *fuerte* de cuya calificación como *controlante* se trata, la eventual debilidad sobreviniente en el marco de la relación contractual ya preexistente (v.gr., el hecho de la desaparición de otros proveedores, o de otros clientes relevantes, o de falta de acceso a otro tipo de crédito), supuestos en que exista una situación de monopolio u oligopolio en el mercado (sea de colocación o de provisión), algunos casos en que la parte está en la obligación o en la necesidad de contratar y la contraparte impone condiciones potencialmente desventajosas o abusivas. Empero, insisto, no hay categorías abstractas para este encuadre, sino situaciones particulares y concretas que merecen análisis y resolución una por una.

También se ha planteado la pregunta teórica acerca de si una relación de derecho público puede encuadrar en el concepto de control del Art. 33, inc. 2., de la LSC. ¿Una relación en la que el Estado no actúa como sujeto de derecho privado, sino en ejercicio de la potestad pública, puede erigirse en *fuerza* del dominio que la ley abarca en su régimen de derecho privado? Creo que la respuesta debe ser negativa. Cuando una autoridad estatal solamente ejerce una función de *control público* de la actividad específica de la sociedad, como la del Banco Central, (101) de la Superintendencia

(101) El Banco Central, aunque básicamente es también un organismo de control de la actividad financiera, posee facultades muy particulares. De hecho, no solamente realiza negocios con las entidades que controla (redescuentos, adelantos, etc.), sino que frecuentemente interfiere decisivamente en las pautas y políticas de conducción de los negocios bancarios de las distintas entidades, incluso

de Seguros, de la Inspección General de Justicia en materia de entidades de ahorro para fines determinados, o de la autoridad concedente en supuestos de concesión pública con facultades de intervención más o menos amplias de la autoridad concedente. (102) En estos supuestos, la entidad controlante se limita a la supervisión del cumplimiento de las pautas de funcionamiento, pero no es parte de los negocios de las compañías que controla, ni interfiere, directa o indirectamente, en el modo en que cada una de las empresas estructura su actividad. Falta el vínculo propiamente empresario que subyace en la noción de dominación de las normas que, como el Art. 33 de la LSC, definen este tipo de relación.

11. Efectos de la calificación de control y su difícil asimilación en los casos de control por especiales vínculos

De todo lo expuesto se desprende la indiscutible dificultad para establecer con precisión qué supuestos, tanto contractuales como no contractuales, pueden en un caso concreto determinar el encuadre en el concepto de ejercicio de una influencia dominante. Pese a que hoy día existen conceptos legales que en la época de su obra no existían, para justificar la imprecisión interpretativa que, tal vez, surge de lo expuesto hasta aquí, parece oportuno acoplarse, por su permanente vigencia, a un párrafo de Kronstein: “*nuestro*

para la satisfacción de los intereses públicos a su cargo. Por ello el caso no es tan claro como el del mero ejercicio del contralor de la actividad considerado en el párrafo precedente. Sin embargo, por una parte, la finalidad de control público de la sensible actividad bancaria es el motor principal de su existencia y demuestra la prevalencia de la relación derivada del derecho público en el marco de las funciones que competen al Estado, y por la otra, la interferencia en los negocios sociales no tiene el grado de intensidad omnicomprendiva que la haga, en el destino de la empresa bancaria, más relevante que las decisiones propias que guarda para sí el órgano directorial de cada una de ellas. Por supuesto que, cuando el Banco Central asume en forma directa la administración de un Banco en virtud de las normas que le autorizan a ello, la situación es distinta, porque allí asume la gestión de los negocios sociales. Cfme.: RICHARD, Efraín Hugo, Sobre la responsabilidad del controlante y particularmente frente a la quiebra de la entidad financiera, en Tercer Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, Univ. Nac. de Rosario, 1984, citado por QUINTANA FERREYRA, Francisco y ALBERTI, Edgardo M., Concursos - Ley 19.551 Comentada, Anotada y Concordada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, t. 3, p. 101.

(102) Para el análisis del contrato de concesión pública como fundamento de dominación en el sentido societario, SCHNEIDER, Manfred, Die Gebietskörperschaft als Konzernspitze, Peter Lang, Frankfurt am Main-Bern-New York, 1985, p. 67 y ss.

concepto de persona jurídica dependiente es autodeslizante. No existen indicios unívocos cuya constatación, por una parte, permita concluir que el concepto está configurado ni, por la otra, que la falta de uno de ellos la excluya de por sí. ... La prueba de los indicios debe ser complementada con un juicio de valor sobre la real suficiencia de los mismos para poder hablar, en el caso concreto, de una dependencia jurídicamente relevante. No pueden establecerse reglas sobre las circunstancias bajo las cuales puede emitirse ese juicio de valor. Dependerá, cada vez, desde qué punto de vista, o también para qué fin se realiza la constatación. Así como no acoplamos nuestro concepto a presupuestos fijos —es decir, a ningún tipo de concepto absoluto— tampoco afirmamos que de la aparición de una persona jurídica dependiente deban atribuirse siempre idénticas consecuencias jurídicas”. (103)

Un breve análisis de algunos de los efectos y consecuencias que derivan de la calificación de *controlante* y *controlada* terminará de demostrar el desacierto de incluir en estas categorías a los vínculos ajenos al dominio orgánico de una sociedad.

Así, en materia de estados contables, fuera de la obligación de presentar estados contables consolidados, limitada a supuestos de control interno de derecho (LSC, Art. 33, inc. 1), respecto de los demás deberes de información contable no existe especificación alguna sobre el tipo de control que las haga

(103) KRONSTEIN, H., *Die abhängige ...*, cit. nota 5, p. 136. Más adelante agrega: “Cuanto menos un concepto jurídico presuponga medios técnico-jurídicos, cuanto más la ley regle un acontecer de la vida, tanto menos se puede instalar un concepto absoluto o extraer conclusiones iguales de los conceptos instalados. ... Tan pronto como la ley se acopla a los hechos de la vida social, sólo puede proponer conceptos que constituyen tipos ideales, en el sentido de Max Weber. Los conceptos empleados por la ley coinciden sólo en forma aproximada con los hechos de la vida real, y los efectos establecidos por la ley sólo en forma aproximada se traducen en realidades. Que en el caso concreto, pese a la prueba de los presupuestos que, en apariencia, hacen a la esencia de la cuestión, tal concepto legal quede configurado, dependerá de si puede emitirse un juicio de valor en el sentido del concepto dado por la ley. Que del mismo puedan seguirse en el caso concreto determinadas consecuencias, dependerá de la intensidad de los presupuestos. ... Es necesario apartarse de la creencia de que en la ciencia jurídica se pueda trabajar con conceptos constantes y limitarse a enmarcar datos fácticos típicos de la vida en conceptos ideales que se describan mediante la enunciación de una serie de características especialmente relevantes, y con ello mostrar cuáles efectos jurídicos pueden derivarse de la existencia de aquéllos datos fácticos” (ibídem, pp. 138/9).

aplicables. En rigor, se extienden también a los supuestos de sociedades meramente *vinculadas* (LSC, Art. 33, cuarto párrafo). Esa falta de discriminación plantea la cuestión de si las menciones informativas especiales exigidas por la LSC son aplicables al control *externo*. En el plano dogmático, la respuesta debería ser afirmativa no sólo porque la ley no discrimina los supuestos, sino porque, además, los casos de control interno de hecho y de control externo están contemplados en una sola frase del inc. 2º del Art. 33 de la LSC. Pero la discusión sobre el punto tiene valor puramente académico: si se coincide con las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia italianas en cuanto a que la determinación de si existe o no control por especiales vínculos no puede hacerse en abstracto sino sólo determinada por una autoridad judicial en el caso concreto, la consecuencia inmediata es que nadie, voluntariamente, habrá de autocalificarse como *controlante* para así autoimponerse el cumplimiento de estos deberes especiales de información y exteriorización contable.

Otro tanto, y por el mismo motivo, ocurre con respecto a la incompatibilidad de los directores, gerentes y empleados de la sociedad para ser síndicos, no sólo de la propia sociedad, sino también de sociedad controlante o controlada (Art. 286 de la LSC). Idéntica incompatibilidad rige para los miembros del consejo de vigilancia, por la remisión genérica que hace el Art. 280 al Art. 286. En ninguna de estas normas se hace distinción acerca del tipo de control del cual se trata, por lo que, *prima facie*, debe aplicarse a todos los supuestos, incluso el interno de hecho y el externo. Si es dudoso el autoreconocimiento de la condición de controlante en casos de control de hecho participativo, mucho más lo es en casos de eventual control externo: hasta que no medie una sentencia que en el caso concreto imponga esa calificación, no habrá voluntario encuadre en esta incompatibilidad.

El segundo párrafo del Art. 32 de la LSC establece reglas especiales en materia de participaciones recíprocas cuando una sociedad controlada adquiere participaciones en su controlante o en otra controlada por ella. La interpretación de la norma y la materia en sí de las participaciones recíprocas son de gran complejidad y exceden del marco de esta comunicación. Pero es preciso señalar que, al no hacerse distinción en el texto legal, debería concluirse que el control externo está también incluido en los casos contemplados por el Art. 32, segundo párrafo, de la LSC. Ello así porque, como ya se señaló, el control interno de hecho y el control externo están legislativamente contemplados como una sola unidad en el inc. 2º del Art. 33 de la LSC. Este los engloba bajo la acción de *ejercer una influencia dominante*. Es decir, equipara la influencia ejercida sobre una o la otra clase de relación, atribuyéndoles igual calidad. Importaría forzar el texto legal dividir la atribución de consecuencias no mediando una distinción norma-

tiva específica. Empero, otra vez: difícilmente el control externo encuentre reconocimiento voluntario por el sujeto dominante. Ello hace más difícil la operatividad de la norma del Art. 32 de la LSC por la necesidad de establecer, previamente, certeza material sobre el contenido de la dominación. Por otra parte, no debe perderse de vista que algunos de los mayores riesgos derivados de las participaciones recíprocas —el aguamiento patrimonial, la no restitución encubierta de capital o distribución de reservas legales y la veracidad de los estados contables— no se presentan cuando el sujeto dominante eventualmente participado por la sociedad controlada no posee participación en esta última. Este argumento será siempre decisivo en este último caso: si bien el texto literal del Art. 32, segundo párrafo, de la LSC habla a secas de “*participar en la controlante*”, el contexto de la disposición está enmarcado en el tratamiento del fenómeno de las participaciones *recíprocas*. O sea: la norma no puede servir de obstáculo a la presencia de participaciones unilaterales de la controlada en la sociedad que la controla en virtud de especiales vínculos, sin tener participación en el capital de la primera. Tal sería el caso, que se presenta con alguna frecuencia, en que los concesionarios de una fábrica de automotores, o los franquiciados de una red de franquicias comerciales, son invitados a tomar un determinado porcentual de participación accionaria en la terminal, o en la franquiciante, para estrechar la comunidad de intereses empresarios. Más dudoso es el supuesto de que el dominio ejercido externamente esté acompañado de una participación minoritaria en el capital de la controlada, en cuyo caso, en la improbable hipótesis de un autoreconocimiento de la condición de controlante, debería regir la restricción del Art. 32, segundo párrafo, de la LSC, pese a carecer de sentido alguno a la luz del fundamento de la restricción establecida por esta norma.

12. Tampoco la inoponibilidad de la personalidad jurídica justifica la equiparación del control externo al control interno

Resta como posible campo de aplicación de efectos de la calificación del control externo, el Art. 54 de la LSC, en sus tres párrafos. Como es sabido, los dos primeros establecen responsabilidad y sanción al socio o al controlante, aunque no sea socio, si causa un daño a la sociedad o si usa fondos o *efectos* de la sociedad para negocio propio o de terceros. En estos supuestos el legitimado activo de la acción es la propia sociedad. Empero, como antes se señaló, se trata de un sujeto de derecho cuya voluntad se forma en forma orgánicamente independiente, sin injerencia del sujeto que se pretende *controlante* en las decisiones que adopte: es un vínculo *intersubjetivo*, cuyos conflictos se resuelven por las normas del derecho común, del mismo modo que se resuelven los que medien en cualquier otra relación entre sujetos diferentes. Nada de ello tiene vínculo lógico con el hecho de que, como se

ha señalado para el derecho italiano, el propósito del Código Civil de 1942 y sus reformas al introducir la reglamentación sobre el control societario, tiene como objetivos fundamentales de tutela la integridad del capital social, la distribución de competencias entre los órganos y la información contable de las sociedades ligadas de ese modo. (104)

Resta referirse al supuesto de la invocabilidad por un tercero de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad contra un sujeto pasivo que pudiera ser calificado como controlante en virtud de la influencia dominante ejercida por especiales vínculos y determinar si la ausencia de tal calificación obraría como obstáculo para alcanzar la finalidad prevista en la norma. La cuestión es, ciertamente compleja, pero mi opinión es negativa. Ante todo, es del caso señalar la opinión de la doctrina que considera desacertado, además de innecesario, recurrir a este mecanismo. En tal sentido, se ha dicho que es preciso “*descartar la aplicación de estas teorías a los actos ilícitos cometidos mediante las personas jurídicas*” porque “*en realidad, sólo se trata de un atajo que permite obviar ciertas dificultades inherentes a la aplicación de las reglas generales de nuestra legislación. Pero el camino que ellas señalan es mucho más fecundo. Son cuestiones de ilicitud, nulidad, inoponibilidad, responsabilidad, y no de personalidad*”. (105) Aunque no concuerdo con esta posición, lo cierto es que en supuestos en que no fueran suficientes esos remedios, no existe impedimento jurídico para que, si las circunstancias hacen procedente la aplicación de la norma, el derecho, la obligación o la titularidad de bienes sea extendida o trasladada a cualquier otro sujeto responsable del uso desviado de la persona societaria, o de haberle impuesto una actuación contraria a los principios tutelados en la norma en análisis. A modo de ejemplo, cabe la cita del Art. 190 de la ley uruguaya prescinde, con buen criterio, de calificar al sujeto pasivo de la imputación que dispone la norma. Establece su segundo párrafo que “*se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad*”. Así, los sujetos pasivos del traslado o de la extensión de la imputación se desvinculan de la condición de socio o de controlante: cualquier tercero puede ser alcanzado por la norma. En el derecho argentino, aun en ausencia de la expresa amplitud de la previsión legal, parece legítimo recurrir a la analogía para llegar a idéntica conclusión cuando el caso particular configure una situación que haga aplicable la previsión legal.

(104) SPOLIDORO, M. S., Il concetto di controllo ..., cit. nota 6, p. 478.

(105) BELLUSCIO-ZANNONI, Código Civil comentado, anotado y concordado, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 194.

RELACION DE DERECHO

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

El tema de estas reflexiones merece unas breves aclaraciones pues por nuestra actividad todos sabemos que la relación de Derecho, al ser un vínculo jurídico agota allí su explicitación con lo que mi exposición carecería de sentido.

Sin embargo, el título de mi elección y profundización motivó que deambulara mentalmente por una serie de conceptos jurídicos que una vez aprehendidos parecen definitivos y luego, el tiempo inexorable se ocupa de demostrar la relatividad de dichas nociones jurídicas.

Es que el núcleo de mis reflexiones empezaron a tomar cuerpo a raíz de la detenida y pormenorizada lectura de un libro, hoy para mi incomparable de Francisco Carnelutti, Teoría General del Derecho, escrito en un verano de 1941 —dicho autor había nacido en 1879— en las verdes laderas de las Tofanas, cerca de Cortina. El estado anímico del autor —así lo confiesa— es resultado de “una inquietud de la que procura reponerse”, abrumado, además por el manto siniestro de la guerra. Primero, dice, ideó el bosquejo de un libro pequeño que habría llamado “Principios de estática y dinámica jurídicas”. Y, a medida que avanzaba en sus manuscritos y desarrollaba las energías del trabajo intelectual, llámese pensamiento, entendió que debía avanzar y darle forma más extensa a su propio saber.

Su libro, a cuyo título me refiero, condensa el resultado de una vida dedicada a la investigación, a la enseñanza y a la práctica del Derecho, no obstante no oculta que la redacción de tal obra es en momentos aciagos de su vida y por qué no de la humanidad.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 28 de julio de 2011.

La sola lectura del “índice sistemático”, que no es un simple pasar, demuestra al lector la singular importancia de los títulos, las fórmulas imaginativas y equilibradas que adopta, los aciertos apreciables, la lucidez intelectual en ciertas proposiciones, el catálogo de actos e institutos que aborda, la propiedad en el lenguaje jurídico, también mérito del traductor y en fin su equilibrio y su lógica.

Concluyo aquí el trazo del perfil de este clásico de Carnelutti donde sin vacilaciones de opinión y de manera constante nos transmite sus conocimientos. De la “relación jurídica” sólo diré que me llamó la atención su concepción, en cuanto afirma que es “una relación regulada como un conflicto de intereses, y el efecto de la reglamentación como una atribución a los interesados de un poder y de un deber”.

De más está decir que esta definición nos retrotrae a casi medio siglo, época de su formulación, reconociendo sus huellas en Savigny y de allí en más sus avatares conceptuales.

La irrupción y ascenso de la denominada “relación de derecho” como concepto básico en el siglo XIX debe no poco a ese movimiento pendular que parece ser una constante en la historia del pensamiento y de las ideologías. Frente a la exaltación individualista del derecho subjetivo y los derechos de la persona por las revoluciones políticas del siglo XVIII, aparece, como base del Derecho, la idea, más comunitaria, de la relación jurídica, que Savigny define —vale retenerla— como relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica.

En un primer momento la doctrina acepta que toda relación jurídica ha de ser entre personas, situadas correlativamente en una posición de poder y otra de deber jurídico.

Luego, otros autores creen que también hay relación jurídica cuando un número indeterminado de personas, o la generalidad, debe respetar una posición de poder de una persona concreta o un grupo de ellas frente a un objeto (por caso, respecto a la propiedad ajena) pero ya se ve la diferencia entre ambos tipos de relación: el poder frente a un sujeto determinado, en un supuesto, y la directa influencia sobre una cosa, protegida de cara a todos los circunstantes en el otro.

Hasta aquí, tanto la obra de Carnelutti y el precedente de Savigny, y otros autores, emplean el concepto de Relación de Derecho en el sentido de una vinculación actual entre sujetos suficientemente concretos y jurídicamente próximos, pues se considera innecesario especular sobre aquellos deberes

que prácticamente nunca podrán incumplirse o sobre unas obligaciones negativas de la generalidad indiferenciada.

Esta proposición —pasible de controversia— está encuadrada dentro de categorías normativas que existen en una sociedad civilizada, donde sobresalen los dispositivos jurídicos, que son pautas de conducta impuestos por el Estado con carácter necesario, para regir las relaciones de los hombres en su vida social, las que se encuentran en el orden jurídico.

Claro está que la ilimitada variedad de las relaciones sociales abarca todas las manifestaciones de la actividad humana. Sin embargo, las relaciones sociales se convierten en jurídicas en la medida que resultan de un precepto jurídico. Es que toda vinculación contemplada en un precepto legal tiene el carácter de una relación jurídica. Así, una relación no es jurídica por sí misma; lo es por su entidad o bien en razón de un fundamento de derecho.

Cabe el siguiente interrogante: ¿dónde hay que ubicar la relación jurídica? Una respuesta opina que la relación de Derecho está en la misma fuente que la declara: en un precepto jurídico; la de quienes consideran, por el contrario, que las relaciones jurídicas son relaciones existenciales que se dan en la realidad fuera de su fundamento creador.

Si tomamos como pauta la relación jurídica derivada de un precepto jurídico, dentro de la norma misma, está ya inserta la relación.

En el orden propuesto, cabe examinar los reparos que pueden existir entre un hombre y una cosa; un hombre y una finca.

Tiene dicho Ferrara que toda relación jurídica supone un poder jurídico del que es correlativo un deber jurídico y “tal señorío” tal fuerza ideal jurídica, no puede dirigirse contra la materia inerte, contra los objetos insensibles de la naturaleza, sino contra seres sensibles y pasibles a esta fuerza jurídica, capaces de que sobre ellos se ejercite la coacción jurídica.

A lo dicho cabe observar que no toda relación jurídica supone un poder y un deber por caso el parentesco o la amistad de por sí no generan derecho ni obligación. Sobre las cosas puede ejercerse coacción: castigo a un animal a la vez que este puede dañar y generar responsabilidad objetiva a su dueño o guardián.

Asimismo, existe la posibilidad de relaciones jurídicas entre cosas, siendo varios los ejemplos de tales supuestos: art. 2991 C.C. en cuanto establece

que la servidumbre impuesta a una heredad no priva al propietario de establecer otras servidumbres en la misma heredad, siempre que ellas no perjudiquen a las antiguas o el caso de la servidumbre de acueducto que dispone que toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto a favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones, etc.

Lo dicho no agota las hipótesis de relaciones entre cosas, pues las circunstancias pueden influir en la naturaleza jurídica de aquéllas, transformándolas desde mueble a inmueble, desde cosa autónoma en parte integrante: anexión y avulsión.

Cabe, asimismo, dilucidar el interrogante de si existen derechos sin sujeto, pues tenían uno y luego lo perdieron o bien por no haberlo tenido nunca.

Estas formulaciones parecerían sensacionalistas, no obstante tienen su respuesta: los derechos de servidumbre de un predio abandonado, la herencia vacante o bien el título al portador abandonado por su poseedor no caído en manos de otro. Buscando una explicitación a semejantes anomalías, se dice que se está ante una indeterminación del sujeto que coloca al derecho en una situación interina sometida a una especial regulación. Otra cuestión de no menos interés es la relativa a si existen “derechos sobre derechos”, lo que acontecía con el derecho a la ciudadanía, el de hacer un testamento.

En cuanto a la relación de Derecho, por darle una configuración aparenta constituir un tejido de la vida social, que aparece organizado, de conformidad con unos principios jurídicos dados y con la especial función económica o social que está llamada a realizar.

Es, en suma, algo que se presenta como institucionalizado.

Con ello se quiere decir que la relación jurídica está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. Tiene una naturaleza puramente transitoria. Sin embargo, la relación de Derecho ya extinguida no desaparece del mundo del pensamiento y de las realidades jurídicas. Conserva en él transcendencia como causa o fundamento de las atribuciones que han sido realizadas: cuando el vendedor ha entregado la mercancía y el comprador ha pagado el precio, la relación de compraventa en cuanto tal se ha extinguido. Sin embargo, sigue existiendo como fundamento o causa de la adquisición de la propiedad por el comprador.

La relación de Derecho, tal como se ha visto, tiene características técnicas que la hacen diferenciarse de otras relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial y, obviamente de otras relaciones jurídicas de Derecho privado. Aquí, la moderna doctrina, especialmente la italiana, introduce lo que se denomina “cooperación social”. Y así como las relaciones jurídico-reales resuelven problemas de atribución y distribución de los bienes, las relaciones de obligación resuelven problemas de cooperación dentro del contexto social. La idea o el factor de cooperación es un hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las controvertidas cuestiones del ámbito jurídico. La idea es que en la actualidad la obligación no puede ser considerada como un instrumento de subordinación del deudor al acreedor y ha de ser entendida como un instrumento de cooperación entre ambos, que, con sus rasgos productivistas y mercantilistas, muestra la presencia del valor primario de las personas directa o indirectamente interesadas en ello.

Es que en el fondo, la relación de derecho es una relación de la vida social entre hombres, tutelada por el Derecho objetivo; el derecho subjetivo se desenvuelve siempre en la esfera de estas relaciones.

Pero el dominio social es mucho más extenso que el Derecho: hay relaciones de la vida social que no son jurídicas. ¿Cuáles tienen aptitud para ser reguladas por el Derecho? El Derecho objetivo, por su naturaleza moral y por la función que le corresponde, extiende ese poder ordenador y su protección sólo a aquellas relaciones que sean dignas y estén necesitadas de esa protección: dignas, en cuanto sirvan a los fines humanos: necesitadas, en cuanto se hallen expuestas a los ataques de los hombres y no estén protegidas por otro orden (llámese, religioso, el moral).

Estas relaciones, en cuanto son jurídicas, están sometidas a las vicisitudes de la existencia: nacen, se ejercen, se modifican y se extinguen, y esto siempre en virtud de un hecho que produce tales fenómenos.

Aceptando todas estas ideas, se puede concluir que la relación obligatoria es una relación jurídica cuya función radica en que una persona puede obtener determinados bienes o servicios mediante la colaboración o cooperación de otra y puede por ello ser definida diciendo que es “la relación jurídica establecida entre dos o más personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios mediante la cooperación de otra o el intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación”.

Señalé al comienzo que en la relación de Derecho, existen excepciones de especie que aun en el mundo jurídico, no dejan de tener particulares significaciones. Cito, estos casos, entre tantos:

1. El conductor que por un solo y mismo hecho, aunque con relación a personas y por motivos diversos, sería absuelto y condenado, liberado de responder y declarado responsable.

2. Hechos no imputables al hombre pueden tener relevancia jurídica: por casos: aluvión y avulsión.

3. Hay ilicitud de consecuencia ilícita (art. 1072 c.c.) y acto lícito de consecuencia ilícita (art. 1109 c.c.)

4. No hay conducta ilícita en el supuesto de la demanda de demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre las del contiguo (art. 2518).

5. Hay ilicitud no dañosa, en la hipótesis del paso sobre el fundo ajeno u otras violaciones de los derechos del propietario.

6. Sin culpa y responsabilidad, hay obligación de restablecer a la situación primitiva (no se puede cazar sino en terrenos propios, o en terrenos ajenos que no estén cercados).

7. Responsabilidad del poseedor de mala fe por la pérdida o deterioro de la cosa aunque hubiese acaecido de mala fe, pues esta se proyecta por tratarse de una situación ilícita.

Con el panorama del inicio y estos últimos supuestos enunciados he tratado de rememorar y actualizar conocimientos pasados tal como el recordado filme "Algo para recordar".

EL BICENTENARIO DE LA CONSTITUCION DE CADIZ: SUS RAICES Y SUS PROYECCIONES

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

I. El fenómeno de Cádiz: influencias e integración.
- II. Los Ejes del Cambio Político Constitucional de Cádiz. - III. El principio de legalidad y el poder reglamentario en la Constitución de Cádiz. - IV. La independencia del Poder Judicial y las prescripciones constitucionales que la garantizan. Su proyección en hispanoamérica. - V. Consideraciones finales.

I. El fenómeno de Cádiz: influencias e integración

El año próximo, para ser precisos el 19 de marzo, día de San José, (1) se cumplirán doscientos años de la promulgación de la Constitución de Cádiz, uno de los ensayos constitucionales mejor concebido de la época, que recogió una visión moderna de la sociedad, (2) cuyas principales reformas e innovaciones resultan aún actuales y se proyectan al futuro.

El fenómeno que se produjo en Cádiz operó como un crisol en el que se fundieron diversas influencias provenientes tanto del tronco común de la tradición hispánica favorable a las libertades como del constitucionalismo que entonces asomaba al mundo a través del cauce abierto por las constituciones norteamericana y francesa.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 11 de agosto de 2011.

(1) Motivo por el cual, según una creencia generalizada, es conocida con el mote de la Pepa.

(2) RODRÍGUEZ, Mario, El experimento de Cádiz en Centroamérica, 1808-1826, Fondo de Cultura Económica, México 1984, p. 131.

Al respecto, se ha debatido acerca de la gravitación que tuvo la Constitución francesa de 1791 en la de Cádiz (3) y hay quienes la niegan, con apoyo en las tendencias historicistas que fueron principalmente sostenidas por Arguelles en el Discurso Preliminar.

En cualquier caso, ambas líneas interpretativas convergen en un punto al sostener que el proceso que culminó en Cádiz implicó la destrucción de las bases en que se apoyaba el modelo absolutista, (4) el cual en la inteligencia de la corriente histórica liberal, se consideró contrario a los principios del antiguo derecho español.

La expresión antiguo derecho español o incluso, antiguo régimen ha de emplearse en España con sumo cuidado ya que, hasta el advenimiento del absolutismo que importaron los borbones, la tradición política y sus variados regímenes eran favorables a las libertades y a una relativa limitación del poder real, en una línea contraria a la que más tarde se desarrolló en Francia e Inglaterra, donde se sostuvo la idea del origen divino del poder, reflejada en el principio autocrático, producto, a su vez, de la concepción absoluta de la soberanía real.

La Constitución de Cádiz de 1812 representa una síntesis, realmente original, en la que se fusionaron una serie de principios e instituciones provenientes del antiguo derecho español y de la neo-escolástica salmantina con las ideas liberales que estaban en boga hacia fines del siglo XVIII (principalmente en las obras de Locke y Montesquieu y proyectadas más tarde en los constitucionalismos norteamericano y francés).

En el texto gaditano, fue notable la influencia que tuvo el antiguo derecho español, anterior al absolutismo borbónico, en gran parte de sus normas y principios positivos. Esa gravitación fue paralela a la que ejercieron las tendencias del liberalismo de Locke y Montesquieu, con las que se unieron, en forma armónica, a través de un proceso que muestra cómo las ideas carecen de fronteras y circulan con la velocidad propia de cada tiempo histórico, generando consensos que se esparcen en forma imperceptible y que resultan a veces inadvertidos hasta por los juristas más versados en la historia de las instituciones.

(3) VID: PERONA Tomás, Dionisio A, La influencia de la Constitución francesa de 1791 en la española de 1812, en la obra colectiva Cortes y Constitución de Cádiz. 200 Años (Director José Antonio ESCUDERO), Espasa, Madrid, 2011, p. 367 y ss.

(4) ESCUDERO, José Antonio, Las Cortes de Cádiz: Génesis y Reformas, Discurso de Apertura leído el día 18 de Octubre de 2010, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Separata, Madrid, 2010, p. 33 y ss.

A su turno, la recepción de los principios y derechos reconocidos por la Constitución gaditana, se produjo, de forma sucesiva y sin intermitencias, en el escenario constitucional hispano-americano. Ese proceso de recepción indica a las claras que lo que pareció para algunos un fracaso histórico-político, que rompía la unidad del imperio, se transformó pronto en el más rotundo triunfo de las concepciones hispánicas e ideas liberales en la América española, en cuyas nacientes repúblicas se arraigaron, si bien combinándose con otras fuentes (tanto vernáculas y norteamericanas como continentales europeas).

A la vista del nuevo escenario, resulta trascendente que la tesitura del sistema constitucional gaditano haya configurado el establecimiento de un Poder Judicial independiente e inamovible, con la finalidad de realizar la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos (fórmula ésta de tanta vigencia y actualidad que asombra haya sido empleada en el Discurso Preliminar).

El imperio de la ley y, por tanto, la vigencia efectiva del principio de legalidad, particularmente en materia tributaria, la protección de las libertades —con énfasis en la de imprenta— la tutela constitucional de los derechos de propiedad de todos los españoles, el establecimiento de una sola ciudadanía, sin distinguir a este efecto entre peninsulares y ultramarinos, la consagración, aunque en forma parcial, del sistema representativo, las limitaciones a los poderes del Rey y, consecuentemente, la configuración de un poder reglamentario circunscripto al dictado de las normas que fueran necesarias para la ejecución de las leyes, así como la promoción de la educación popular y del fomento de las industrias, representan, entre otros principios y valores, la herencia constitucional más aquilatada que las repúblicas hispano-americanas recibieron de la Constitución de Cádiz.

La identificación de esos principios, viene a mostrar, en definitiva, que las instituciones gaditanas prosiguieron una línea histórica común que arraigó profundamente en las nuevas repúblicas de la América española, en las que cobraron vigencia y vida propia. De ese modo, como apunta Asdrúbal Aguiar, la Constitución de Cádiz “... fue obra legítima del instinto natural cultivado, de la lealtad hispana para con sus orígenes... sin necesidad de atribuirle sus equívocos y aciertos a Rousseau o a Mirabeau”. (5)

Un movimiento similar se había producido antes en los Estados Unidos y es justo tener en cuenta que fueron escritores norteamericanos los primeros

(5) AGUIAR, Asdrúbal, La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz: Relectura desde la Revolución Francesa, en la obra La Constitución de Cádiz de 1812, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 184-185.

en bucear en las fuentes del antiguo derecho español y de la neo-escolástica salmantina al destacar sus conexiones con el sistema implantado en los EEUU, así como con el derecho comparado americano, en general. Ellos demostraron que muchas de sus ideas, instituciones y principios constitucionales habían tenido origen antes que en la Carta Magna, como algunos aún continúan suponiendo, tanto en los derechos de Aragón, Castilla y Navarra, cuna de nuestras libertades ancestrales, como en los principios de filosofía política de la neo-escolástica. Así, desde William Prescott y James Kent, que escribieron hacia la primera mitad del siglo XIX y Linares Quintana en Argentina y Stoetzer en los EEUU, hasta autores más recientes (como nuestro coterráneo Steverlink), hubo una corriente que contribuyó al esclarecimiento del origen de nuestras instituciones.

II. Los Ejes del Cambio Político Constitucional de Cádiz

En el punto anterior se señaló que la Constitución de Cádiz implicó el primer quiebre del absolutismo monárquico en España. Veamos ahora, aunque sin ahondar en los detalles que rodearon el debate en el seno del poder constituyente, cuáles fueron los ejes del proceso que operó ese cambio político constitucional tan profundo, a través de la integración de distintas concepciones y tendencias que confluyeron en la idea común que buscaba integrar la Nación española. Ese cambio procuró mediante una operación radical consistente en sustituir las bases en que se apoyaba el edificio absolutista por un nuevo ordenamiento constitucional, provocando la caída de los pilares en los que asentaba el anterior sistema.

Uno de esos pilares estaba constituido por la soberanía real, como poder indivisible, ilimitado y exclusivo de la totalidad de las potestades de gobierno y legislativas e incluso, aunque en menor medida en España, de la facultad de decidir las causas judiciales. Se argumentaba, a favor de esta idea absoluta de la soberanía real que el origen del poder del monarca provenía directamente de Dios, con lo que el Rey no debía rendir cuentas a nadie sobre el ejercicio o uso de ese poder de origen divino. (6)

El otro pilar en que se basaba la construcción absolutista de la monarquía era la tendencia natural que brotaba del sistema de la soberanía ilimitada que había conducido a la concentración, en la persona del Rey, de la mayor porción de las potestades públicas, fusionando su persona con el Estado.

La Constitución de Cádiz constituye la contra cara perfecta del régimen absolutista de la monarquía de origen divino y de unidad patrimonial

(6) Ampliar en RODRÍGUEZ VARELA, Alberto La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2004, p. 7 y ss, especialmente pp. 14-26.

entre el Rey el Estado, ya que al par que operó el traspaso de la soberanía real a la soberanía de la Nación eliminó toda posibilidad de unificar el poder en una sola persona, mediante una clarísima e indudable recepción constitucional de la doctrina de la separación de los poderes elaborada por Montesquieu.

De esa manera, una operación de alta cirugía política constitucional, produjo la deconstrucción del sistema absolutista, montado sobre la soberanía ilimitada, reemplazándolo por un modelo liberal, que denominó monarquía moderada, (7) en el que los poderes, si bien ligados por relaciones de interdependencia, fueron divididos y limitados en el ejercicio de sus funciones y potestades por las competencias, mandatos y prohibiciones establecidas, en forma expresa, en el texto de la Constitución.

En definitiva, tal como se puso de relieve en el Discurso Preliminar que acompañó la publicación de la carta constitucional, atribuido a Agustín Arguelles, (8) el fundamento teórico (político, filosófico e histórico) de esa operación constitucional se encuentra tanto en las concepciones del liberalismo político (principalmente en Locke y Montesquieu) como en el antiguo derecho español. A esa influencia cabe adicionar la que tuvo, bien que indirectamente, la neoescolástica de Salamanca, en la medida que influyó en las concepciones de Locke (9) y, a través de éste y de los llamados neoescolásticos puritanos que emigraron a los EE.UU —como Thomas Hooker— esas ideas gravitaron decisivamente en la concepción

(7) En el art. 14 y en el Discurso Preliminar, véase: Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, facsímile que reproduce la reproducción efectuada en la Imprenta Nacional de Madrid en 1820, Civitas, Madrid, 1999, p. 18.

(8) MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, t. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2006, p. 191, anota que, quizás, colaboró con ARGUELLES el diputado ESPINA.

(9) MIGLIORE, Joaquín, John Locke, Influencias filosóficas y políticas en la formación de su pensamiento, tesis doctoral, UCA, Biblioteca Central, Buenos Aires, 1993, p. 5 y ss; RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, La neoescolástica..., cit., p. 270; y TERMES CARRERÓ, Rafael, Francisco SÁUREZ, The fundamental Orders of Connecticut, en Revista Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales N° 37, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Málaga, publicado en Diciembre de 2000. Interesa señalar que, como ha sido demostrado por MIGLIORE, que quien influyó en LOCKE fue el escolástico anglicano Richard HOOKER.

básica que adoptó de la Constitución norteamericana sobre el origen del poder. (10)

A. La concepción de la soberanía nacional

Si en algún punto hay plena coincidencia entre la Constitución de Cádiz y la primera Constitución de la monarquía francesa de 1791 (11) y, fundamentalmente, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, (12) es en la declaración del principio de que la soberanía reside en la Nación.

Pero, a diferencia de Cádiz, la influencia de las ideas que desarrolló Rousseau en su obra "*El Contrato Social*", sembraron en la Constitución francesa (sobre todo, en la de 1793) una semilla distinta que no llegó a fructificar en la Constitución de Cádiz. Esa semilla era nada menos que la concepción de la soberanía de la ley concebida como producto de una voluntad general ilimitada, sagrada, e infalible, en cuanto al representar la voluntad del pueblo sostenía, en forma dogmática, que jamás podía equivocarse.

Aunque se ha intentado asimilar la soberanía nacional a la soberanía popular o del pueblo, con fundamento en la concepción roussoniana, (13)

(10) STEVERLINCK GONNET, Ioris, La Universidad de Salamanca y la Constitución de los Estados Unidos, UCA, Buenos Aires, 2003, p. 122 y ss; ver también: SOETZER, O. Carlos, Las raíces escolásticas de la Constitución Norteamericana, ponencia presentada en las XV Jornadas-Seminario Internacional de la Asociación Argentina de Estudios Americanos, Buenos Aires, 1981, p. 11 y ss y del mismo autor: Raíces escolásticas de la emancipación de la América Española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 29 y ss.

(11) Es artículo 3º de la Constitución de Cádiz consagró la tesis en los siguientes términos "La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales".

(12) Cuyo artículo 3º prescribía: "El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación".

(13) La concepción de la soberanía nacional propugnada, en el proceso revolucionario francés por el Abate SIEYÉS (en su conocida obra *Qué es el Tercer Estado?* de 1789) fue adoptada por la Constitución francesa de 1791 en los siguientes términos: La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación, ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio "artículo 1º del Título III) norma ésta que ha sido fuente del Proyecto de Alberdi y del art. 22 de nuestra Constitución en cuanto prescribe que: "El pue-

lo cierto es que se trata de teorías que acusan marcadas diferencias. (14) En efecto, mientras la tesis de la soberanía nacional es, en principio, limitada e indivisible (15) y en cierto modo negativa, (16) la soberanía popular constituye la expresión de una voluntad general infalible, absoluta, ilimitada y susceptible de división, que reside tanto en el conjunto del pueblo como en cada uno de los individuos que lo componen. Al respecto, no hay que confundir la concepción roussoniana con la tesis de la soberanía del pueblo que acuñó el derecho norteamericano para romper con el absolutismo y la dependencia colonial, dado que esta última reconoce que el fundamento inmediato del origen del poder se encuentra en el consentimiento del pueblo, (17) al igual que otros sistemas constitucionales de Hispanoamérica, como el argentino, (18) esta idea implica sustentar una concepción libertaria y no ilimitada de la soberanía.

La residencia de la soberanía en la Nación significa que toda supremacía y poder no pertenece a persona alguna en particular sino a un ente colectivo que desde el punto de vista de la técnica jurídica, es el Estado. (19) A este

blo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución...”

(14) DALLA VÍA, Alberto Ricardo, El concepto de soberanía en los textos revolucionarios francés y norteamericanos en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, N° 29, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 99 y ss.

(15) La idea de indivisibilidad de la soberanía no resulta incompatible con la separación de poderes. Se trata de una divisibilidad orgánica y material que funciona dentro de una misma persona (la Nación o el Estado)

(16) CARRÉ de MALBERG, Raymond, Teoría General del Estado, trad. del francés, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 (reimpresión), pp. 895-896, afirma que la soberanía nacional no tiene nada en común con la soberanía popular (op. cit. p. 896 texto y nota 11).

(17) STEVERLINCK GONNET, Ioris, La Universidad de Salamanca..., cit., p. 41 y ss: fue la idea fundamental que desarrolló Francisco SUÁREZ, en la obra *Defensio Fidei*, véase: Selección de *Defensio Fidei* y otras obras, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 34 y ss.

(18) BIDART CAMPOS, Germán J., Derecho Constitucional, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 299, texto y nota 16.

(19) VEDEL, Georges, Maurice Hauriou et la science politique, en la obra *Pages de Doctrine*, t. 1, L.G.D.J., París, 1980, p. 51.

último, hacen referencia tanto la Constitución francesa de 1791 (20) como la de Cádiz, (21) lo que no implica caer necesariamente en las deformaciones posteriores introducidas a la teoría del Estado por el idealismo alemán. (22)

Pero siendo un poder de supremacía, limitado y controlado en su ejercicio, la soberanía nacional no tiene un alcance puramente negativo sino también positivo, en cuanto habilita al legislador y al ejecutivo a dictar medidas propias de las relaciones de sujeción o limitación de los derechos de los ciudadanos. (23)

Así, puede afirmarse que el sistema representativo pasa a ser la médula de la concepción de la soberanía nacional en el constitucionalismo francés (24) y, con menor extensión, en el sistema de Cádiz, (25) en el que las representaciones provinciales y municipales se hallan subordinadas a un Jefe político designado por el Rey. (26) En ese sentido, en la Constitución de Cádiz, la soberanía se ejerce en las Cortes a través de

(20) CARRE de MALBERG, Raymond, op. cit., p. 890, nota 3.

(21) Constitución Política..., cit., arts. 8, 171, cláusula décimo sexta, art. 172, cláusula undécima, art. 222, el capítulo VII relativo al Consejo de Estado y el art. 356, entre otros. Como las referencias al Estado son comparables a las concernientes a la Nación ambos conceptos de la Constitución de Cádiz y otros empleados en las constituciones de Hispanoamérica —como la argentina— guardan identidad.

(22) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, t. I, Décimo Tercera edición, Thomson, Civitas, Madrid, 2006, p. 34.

(23) Va de suyo, que la concepción de la soberanía nacional corresponde, en el derecho europeo, a una época constitucional pretérita pues, en la actualidad, las modernas concepciones del derecho comunitario europeo, han superado la concepción clásica de la soberanía nacional, al admitir su cesión y limitación así como el principio de prevalencia de la norma comunitaria sobre los ordenamientos nacionales.

(24) Así lo declara enfáticamente el art. 2º, párrafo segundo de la Constitución de 1791 al prescribir que: “La Constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo Legislativo y el Rey”.

(25) Arts. 15, 27 y 28 y concordantes de la Constitución Política..., cit.

(26) Como consecuencia de las ideas centralizadoras que formaban parte de la modernidad de la época, véase: FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, El gobierno interno

representantes elegidos por el pueblo que encarnan la representación del Estado Nación.

B. La adopción de la doctrina de la separación de poderes

La segunda parte de la operación tendiente a socavar las bases en que se apoyaba del absolutismo monárquico radicó en la consagración, a nivel constitucional, de la doctrina de la separación de los poderes de Montesquieu. La obra de Cádiz en vez de operar la unificación del poder lo desmembró, separando las funciones estatales entre los tres clásicos órganos que lo ejercen: (parlamento, monarca y tribunales), (27) llamados indistintamente (por la confusión reinante en esa época) Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. (28)

La idea principal, partía de la observación real de los hechos que Montesquieu captó con su aguda visión sobre las vicisitudes y ventajas del sistema inglés. Su doctrina, que configuró un esquema universal aplicable a cualquier país y forma de gobierno (monárquica o republicana), propiciaba la separación de los poderes entre distintos órganos de manera que el equilibrio resultante de los frenos y contrapesos de la división de las funciones estatales resultara beneficioso para la libertad. (29) En tal sentido, puede afirmarse que, si bien no fue totalmente original, el “*Esprit de les lois*” perfeccionó el modelo que Locke bosquejó en su obra capital: “*Ensayo sobre el gobierno civil*”. (30)

Carece de sentido traer al debate en la actual circunstancia histórica, las diversas cuestiones que plantea, para la hermenéutica constitucional, la

de las Provincias y de los Pueblos en la Constitución 1812, en *El Gobierno Local, Estudios en homenaje al Profesor Luis Morel Ocaña*, Iustel, Madrid, 2010, p. 115 y ss., especialmente p. 126.

(27) Arts. 15, 27 y 28 y concordantes de la Constitución Política..., cit.

(28) BREWER CARÍAS, Allan Randolph, El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano) en la obra *La Constitución de Cádiz de 1812*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 232-234.

(29) CARRÉ de MALBERG, Raymond, *Teoría General...* cit., p. 346, nota 14.

(30) BOSCH, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, con prólogo de Rafael Bielsa, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1944, p. 62, texto y nota 39 y pp. 113 - 119.

doctrina de la separación de poderes, entre las que cabe mencionar la confusión terminológica entre órgano, función y poder (tanto en el plano orgánico y material) así como la relativa a su unidad y, consecuentemente, si el poder resulta o no susceptible de ser dividido.

Pese que la interpretación doctrinaria, en los distintos sistemas comparados, exhibe una gran diversidad, aún dentro de cada país, la arquitectura adoptada por la Constitución de Cádiz supera, en su estructura dogmática, a las constituciones francesas que la precedieron, con las que exhibe importantes diferencias.

En resumidas cuentas, el sistema seguido por la Constitución de Cádiz vino a traducir una interpretación flexible de la doctrina de Montesquieu, separando las respectivas funciones sobre la base de un criterio material de las respectivas potestades legislativa, ejecutiva y judicial, sin atribuir hegemonía alguna a un órgano sobre otro (como si hubiera previsto el moderno criterio de la colaboración funcional entre los órganos fundamentales del Estado) permitiendo al propio tiempo que, al lado de la función principal, pudieran las Cortes y el Rey, ejercer determinadas actividades que, por su naturaleza o contenido material, fueran propias de la potestad principal atribuida a otro órgano. La excepción a este esquema divisorio flexible de las potestades se halla representada por la función judicial, cuyo ejercicio se prohíbe, en forma expresa y terminante, a las Cortes y al Rey. (31)

La peculiar concepción que adopta la Constitución de Cádiz en punto a la separación de los poderes, se vuelca en aquellas normas básicas de su articulado que sustentan las ideas que venían impulsando las corrientes liberales sobre el principio de legalidad.

En efecto, si por una parte la dogmática constitucional es clara y acotada, en el sentido de que la potestad judicial se limita a la aplicación de las leyes (32) y si, a su vez, la potestad reglamentaria sólo puede ser ejercida por el Rey si es conforme a la Constitución y a las leyes (33) resulta evidente que en Cádiz se consagró un Estado de Derecho montado en la subordinación de los jueces y del Rey al principio de legalidad. (34)

(31) Art. 243 Constitución Política..., cit.

(32) Arts. 7º y 242 Constitución Política..., cit.

(33) Art. 170 Constitución Política..., cit.

(34) Vid, GONZÁLEZ SALINAS, Jesús, La Constitución de Cádiz: su modelo económico-administrativo, Universidad de Cádiz, Lección Magistral del Curso Académico, 1993-1994, Cádiz 1994, p. 8 y ss.

Con todo ello, logra instaurar un perfecto equilibrio y armonía entre las Cortes, el Rey y los tribunales, ya que ninguno de ellos ejerce hegemonía sobre otro y en esto radica la esencial diferencia con el constitucionalismo francés que le precedió que, al inclinar la balanza del poder hacia la Asamblea, alteró el equilibrio del ordenamiento constitucional con consecuencias nefastas para el sistema, el cual desembocó, finalmente, en el cesarismo napoleónico.

Ahora bien, en lo que concierne a la dogmática constitucional interesa destacar aquellas prescripciones de la Constitución de Cádiz que implicaron la adopción del principio de separación de los poderes, como aplicación realista de la doctrina de Montesquieu y, en menor medida, de las ideas de Locke. Entre ellas pueden señalarse las siguientes:

a) la que establece “*la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey*”; (35)

b) la que dispone que “*la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley*”; (36)

c) la que estatuye que “*ningún empleado próximo nombrado por el Gobierno, podrá ser elegido diputado de Cortes por la provincia en que ejerce su cargo*”; (37)

d) la interdicción según la cual las Cortes no pueden “*deliberar en la presencia del Rey*”; (38)

e) las relativas a las inmunidades de los diputados; (39)

f) las concernientes a la determinación constitucional de las facultades de las Cortes (40) y del Rey; (41)

(35) Art. 15, Constitución Política..., cit.

(36) Art. 16, Constitución Política..., cit.

(37) Art. 97, Constitución Política..., cit.

(38) Art. 124, Constitución Política..., cit.

(39) Art. 128, Constitución Política..., cit.

(40) Art. 131, Constitución Política..., cit., algunas de estas facultades son de naturaleza administrativa como la de “disponer lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales” (cláusula décima octava).

(41) Art. 171, Constitución Política..., cit.

g) la que prohíbe al Rey “*imponer por sí directa ni indirectamente contribuciones ...la que sólo pueden decretar las Cortes y las demás interdicciones establecidas en dicho precepto constitucional*”; (42)

h) las dos garantías que hacen a la independencia del Poder Judicial: i. la interdicción de ejercer funciones judiciales por parte del Rey y de las Cortes, (43) cuya trascendencia en Hispanoamérica, particularmente en Argentina (44) ha constituido el basamento esencial del sistema judicialista puro y; ii. la inamovilidad de los jueces. (45)

i) la que determina que el nombramiento de los alcaldes, regidores y procuradores síndicos de los ayuntamientos se realice por elección en los respectivos pueblos, (46) así como la que estatuye las incompatibilidades de los empleados del Rey para ejercer dichos cargos. (47)

III. El principio de legalidad y el poder reglamentario en la Constitución de Cádiz

La Constitución de Cádiz, tributaria, del constitucionalismo liberal, además de las otras fuentes antes indicadas, influyó como era lógico, de modo directo o mediato (a través de otros reglamentos preconstitucionales, decretos o estatutos provisorios de las Cortes) en el derecho constitucional positivo de las nacientes repúblicas hispanoamericanas.

No vamos a precisar aquí ese enlace que se advierte entre la Constitución argentina y numerosas prescripciones de la Constitución gaditana, señaladas por la doctrina nacional, (48) que se combinan y armonizan con otras

(42) Art. 172, Cláusula Octava, Constitución Política, cit.

(43) Art. 243, Constitución Política..., cit.

(44) Ver: ABERASTURY, Pedro, La Justicia Administrativa, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pp. 11-13 y 129. Con anterioridad: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y CASSAGNE, Juan Carlos, La justicia administrativa, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 17 y ss.

(45) Art. 252, Constitución Política..., cit.

(46) Art. 312, Constitución Política..., cit.

(47) Art. 318, Constitución Política..., cit.

(48) DALLA VÍA, Alberto Ricardo, La Constitución de Cádiz y los antecedentes de la Constitución Argentina en la obra colectiva La Constitución de Cádiz de 1812, Actas del IV Simposio Internacional Unión Latina, Cádiz 1812, p. 271 y ss.

fuentes que provinieron del derecho norteamericano. (49) Esa conjunción, unida a las raíces vernáculas, son las que le dan a nuestra Constitución su peculiar fisonomía y originalidad. (50)

A su vez, no están ausentes de la Constitución de Cádiz los principios de supremacía constitucional y de legalidad, si bien a través de formulaciones no tan precisas como nuestros artículos 31 y 19 (51) de la Constitución Nacional. Y mientras el art. 4 nos habla de la obligación de la Nación de proteger “*por leyes sabias y justas*” la libertad civil, la propiedad y demás derechos legítimos de los individuos que la componen y el art. 7 estatuye el deber de ser fiel a la Constitución y las leyes, el art. 170 prescribe que la potestad de ejecutar las leyes debe ejercerse “*conforme a la Constitución y las leyes*”.

Sin adoptar la regla rouseauniana de la soberanía de la ley, como producto de una voluntad general infalible, la concepción constitucional que plasmó en Cádiz, consagró el principio de legalidad en función del dogma de la separación de poderes. (52)

En efecto, al establecerse en los preceptos contenidos en los arts. 15, 16 y 17 que “*la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey, la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey y la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley*”, la Constitución de Cádiz sustituye el principio autocrático de la soberanía del monarca, regla básica del absolutismo, por el principio de legalidad de la Administración.

(49) VANOSSI, Jorge Reinaldo, La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina, en Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, N° 10/11, San Isidro, 1976, p. 109, cabe apuntar que el citado trabajo de VANOSSI se encuentra reproducido en el libro Visiones de una Constitución, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2004, p. 27 y ss.

(50) Como lo señalamos en: Las fuentes de la Constitución Nacional y el Derecho Administrativo, La Ley, 2007-E.993.

(51) CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa, Marcial Pons, Madrid-Buenos Aires, 2009, p. 197 y ss.

(52) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, t. I, Thomson-Civitas, 13ª ed., Madrid, 2006, p. 439.

Es verdad que, en la Constitución de Cádiz, cuando el Rey participa en el proceso de creación legislativa su función se limita a dar o negar la sanción de las leyes, prevaleciendo finalmente la autoridad de las Cortes. (53)

Pero, en rigor, el principio de legalidad afirma la preeminencia de la ley, pues el Ejecutivo debe actuar en el marco que ella le fija, (54) cuya ejecución es una potestad del Rey vinculada positivamente a la ley.

En suma, como puede advertirse, la Constitución gaditana al consagrar el poder reglamentario de ejecución de las leyes, (55) separando esta potestad (que debe ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales) de la potestad puramente legislativa que reside en las Cortes, instituye en poder reglamentario subordinado al principio de legalidad (Constitución y leyes). Esta prescripción constituye una fuente importantísima de nuestro derecho constitucional que también la consagra (actualmente en el art. 99, inc. 2 de la Constitución Nacional), a diferencia de la Constitución norteamericana que no establece esta categoría normativa, lo cual ha originado unos pocos problemas interpretativos al no distinguir los poderes propios del Ejecutivo para reglamentar las leyes de los poderes delegados por el Congreso. (56)

IV. La independencia del Poder Judicial y las prescripciones constitucionales que la garantizan. Su proyección en hispanoamérica

El modelo constitucional de Cádiz creó un Tribunal Supremo de Justicia, como verdadero poder de la Nación o Estado, (57) afirmando así la más absoluta independencia de los jueces.

(53) Arts. 149 y 150 de la Constitución Política.

(54) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Adm., cit., t. I, p. 440.

(55) Art. 171, cláusula primera de la Constitución Política..., cit.

(56) Vid nuestro trabajo: El nuevo criterio sobre la delegación legislativa y la caducidad de la legislación delegada pre-existente a la reforma constitucional, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 04/11/2010, p. 10 y ss.

(57) La doctrina constitucionalista argentina considera que la Corte Suprema constituye un poder del Estado y que más que un tribunal es en realidad un tercio del gobierno, ver al respecto: VÁNOSSI, Jorge Reinaldo, Teoría Constitucional, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 117 y 121.

Las raíces de este principio se encuentran en el antiguo derecho español, al que se remite el Discurso Preliminar cuando funda las respectivas prescripciones constitucionales en los principios de la llamada Constitución histórica de España. (58)

Lo que realmente llama la atención a cualquier jurista que profundice el estudio de las instituciones del derecho hispanoamericano (también debería asombrar a quienes consideran que, en general, éste es un producto derivado de las concepciones de la Revolución Francesa) lo configura el hecho de que trascendentes conquistas del derecho público occidental moderno encuentran su origen, más que en las ideas de los revolucionarios franceses en el antiguo derecho español (anterior al absolutismo) y, en menor medida, en las concepciones del liberalismo ilustrado.

Al frente de ese catálogo de garantías y de derechos se encuentra la institución de la Justicia de Aragón, magistrado independiente encargado de dirimir las controversias, entre el Rey, la nobleza y posteriormente, los habitantes de las ciudades (la burguesía). Y aunque no haya precisión en cuanto a la fecha en que se instauró la figura (desaparecida tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, durante el reinado de Felipe II) su prestigio traspasó las fronteras españolas muchos siglos después, ya que esa denominación (*Justice y no Judge*) es la que han tenido, y actualmente tienen, los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

A su vez, entre las instituciones más arraigadas en ese antiguo derecho español, aparte de una concepción embrionaria de la división de poderes, (59) se encuentran, desde las variadas hipótesis, el derecho de resistencia a la opresión (Victoria), (60) la declaración de nulidad *ipso foro*, (61) el

(58) Vid: MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado..., cit., t. I, p. 186 y ss.

(59) Sobre la influencia de la neoescolástica en LOCKE y en la división de poderes, RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, La neoescolástica..., cit., pp. 30 y ss. Con respecto a la gravitación en los fueros de ARAGÓN, véase: LINARES QUINTANA, Segundo V., Raíces hispánicas del constitucionalismo, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2007, p. 17.

(60) RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, La neoescolástica..., cit., p. 12.

(61) Significa que ella surge del propio foro cumpliendo una función similar a la violación de derechos y garantías constitucionales por arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cuya formulación se encuentra en la regulación de los procesos de amparo de los países iberoamericanos (vgr. Argentina y México).

principio de legalidad e igualdad en materia tributaria, (62) hasta nada menos que el juicio o recurso de manifestación que, según los antecedentes y estudios realizados, (63) equivale al *habeas corpus* del derecho anglosajón, (64) habiéndose instituido con anterioridad al nacimiento en Inglaterra de dicha institución similar. Otro antecedente está representado por el concepto mismo de “*ciudadano*”, que aparece en los derechos de Aragón, Castilla y Navarra, todo lo cual demuestra que siglos de absolutismo no pueden borrar la historia ni el hecho de que la cultura jurídica de los pueblos españoles (en general toda su cultura), durante la Edad Media, haya sido superior a la existente en Inglaterra.

Por último, si se mira al futuro, no se puede desconocer que el Discurso Preliminar hace referencia al paradigma moderno de la tutela judicial efectiva, el cual, aunque sin las actuales proyecciones, fue enunciado por Argüelles en los siguientes términos: “*La justicia, Señor, ha de ser efectiva y para ello su curso ha de estar expedito*”, (65) habiendo dicho antes que “*uno de los principales objetos de la constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial*”. (66) Y, por si fuera poco, el principio de la imparcialidad se recoge en la fórmula del juramento de los jueces. (67)

Como se verá a continuación, para garantizar la efectividad del dogma de la independencia del Poder Judicial, la Constitución de Cádiz incorporó a su texto: a. la interdicción de ejercer funciones judiciales por parte del rey o de las Cortes; b. la inamovilidad de los jueces y, c. la creación de un Tribunal Supremo.

A. La prohibición de ejercer funciones judiciales por parte del Rey y las Cortes

(62) Cuyos orígenes se remontan a los ordenamientos de Castilla y Aragón; véase: Constitución Política..., cit., p. 12.

(63) LINARES QUINTANA, Segundo V., Raíces..., cit., pp. 23 y ss.

(64) Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, t. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 66-67.

(65) Constitución Política..., cit., p. 65.

(66) Constitución Política..., p. 57.

(67) Constitución Política, Art. 279.

Al consagrar la Constitución de Cádiz la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Rey y de las Cortes sentó un principio capital que trasunta la aplicación de la separación de los poderes mediante una versión original, que continúa y perfecciona la tendencia reflejada en las instituciones del antiguo derecho español, que se singulariza en la figura de la Justicia de Aragón. (68)

En efecto, no puede argumentarse que el citado principio se hallaba contemplado en la Constitución francesa de 1791, en cuanto prohíbe al Rey y al Cuerpo Legislativo, el ejercicio del Poder Judicial, (69) ya que su contenido trasunta una interdicción orgánica y no material, como consecuencia del principio de la soberanía de la ley, cuya determinación competía a la Asamblea Legislativa. Así se desprende, además, del propio texto del articulado constitucional francés en cuanto prescribe, entre las facultades del Cuerpo Legislativo, la de “*décréter la création ou la suppression des offices publics*”. (70)

En cambio, la *interdicción* de Cádiz se refiere a las funciones judiciales y es propio de su naturaleza concebirlas en sentido material, (71) representando uno de los pocos principios rígidos, en el marco de la separación de poderes que admite —en la interpretación más flexible— la colaboración recíproca entre el Legislativo y el Ejecutivo en funciones que, desde el punto de vista material, son las preponderantes en cada órgano.

La originalidad del principio establecido por la Constitución de Cádiz, proyectado a las Constituciones iberoamericanas, (72) implica instaurar el sistema judicialista puro. Por esa razón, resultan incompatibles las concepciones elaboradas por el derecho norteamericano en materia de jurisdicción administrativa primaria, (73) algo que no resulta concebible

(68) Constitución Política..., cit., Discurso Preliminar, pp. 12-13.

(69) Cap. V, Artículo Primero de la Constitución de 1791.

(70) Título Tercero, Capt. III, part. 1º, inc. 5º. Cabe acotar que, en la lengua francesa, el término *oficio público* comprende tanto la función como el cargo.

(71) BOSCH, Jorge Tristán, *Ensayo...*, cit., p. 50.

(72) Entre otros, en las Constituciones de Argentina (art. 109 C.N.), Paraguay, (art. 248) y Perú (art. 139).

(73) SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown and Company, Boston-Toronto-Londres, 1991, p. 481 y ss.

en Latinoamérica en cuanto afectaría el diseño, estructura y competencia de los sistemas judicialistas, sin olvidar los peligros que encierra el hecho de adoptar instituciones contrarias a nuestra idiosincrasia. (74) Si aún con la recepción del principio que tomamos de la Constitución de Cádiz resulta muchas veces conculcada la independencia del Poder Judicial, cabe suponer la situación de avasallamiento que podría llegar a producirse si los jueces de primera instancia (no otra cosa es la jurisdicción administrativa primaria) dependieran de la Administración.

B. La inamovilidad de los jueces

Suele creerse que la inamovilidad de los jueces proviene del derecho anglosajón de donde la habría tomado la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que, a su vez, ha sido la fuente directa de un precepto similar existente en la Constitución Argentina. (75) Tal creencia es errónea, como lo han demostrado los propios autores norteamericanos desde el historiador William Prescott hasta el constitucionalista estadounidense James Kent.

El antecedente del principio de inamovilidad de los jueces radica en un fuero de Alfonso V de Aragón de 1442 que dispuso que la Justicia “*obtuviese su oficio por vida y que sólo se lo pudiera remover con causa bastante por el Rey y las Cortes reunidos*”. (76) Al respecto, anota Kent que se trata de “... el más antiguo precedente a favor del establecimiento judicial inde-

(74) Interesa poner de resalto que en el Preámbulo del Estatuto Provisional del Perú de 1821, San Martín declaró que en tanto se constituya el gobierno “... me abstendré de mezclarme jamás en el ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguardia de la libertad del pueblo y nada importa que se ostenten máximas exquisitamente filantrópicas, cuando el que hace la ley o el que la ejecuta es también el que la aplica”. En concordancia con este principio el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo de 15 de Octubre de 1822, en su art. 3^a, prohibió a la Junta “... conocer en asunto alguno contencioso, civil o criminal” interdicción que se retoma en la Constitución de 1823 (art. 81 inc. 3^o).

(75) Art. 110 C.N., sobre el principio en el derecho argentino, véase: BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 796.

(76) PRESCOTT, William H., Historia de los Reyes Católicos, t. 1^o, Junta de Castilla y León, reproducción facsimil de la primera edición de la obra en idioma español de 1845, Salamanca, 2004, p. 84.

pendiente...” y que en Inglaterra recién se acogió un precepto semejante hacia 1641, bajo el reinado de Carlos I, consolidándose el principio tras la restauración de la dinastía real gobernante con Carlos II, pasando de allí a varias constituciones europeas. (77)

En consecuencia, la Constitución de Cádiz (78) en este punto, al igual que las norteamericana y francesa, (79) abrevia en definitiva, en el antiguo derecho aragonés. El desconocimiento del citado antecedente por parte de la historiografía ha sido bastante grande en el mundo hispánico pese a que la primera traducción al castellano que se publicó en España de la obra de Prescott se efectuó en Madrid en 1845 y que, la de Kent, publicada en Buenos Aires, data del año 1865.

C. La creación del Tribunal Supremo

Uno de los cambios más profundos que introdujo la Constitución de Cádiz, con el objetivo de asegurar la separación de poderes y la independencia de los jueces, consistió en la creación de un Tribunal Supremo como cabeza, imparcial e independiente del Poder Judicial. (80)

De ese modo, la reforma realizó la unificación del poder judicial en un órgano superior al que se le atribuyó una amplia competencia originaria para entender en materias administrativas (o gubernativas) y una competencia por apelación en los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dictadas en última instancia “... *para el preciso efecto de reponer el proceso...*” (81) La sola lectura de la jurisdicción que se atribuyó al Tribunal Supremo indica a las claras que se trata de un sistema visceralmente

(77) KENT, James, *Del gobierno constitucional de los Estados Unidos*, 10ª ed., trad. al castellano por A. CARRASCO ALBANO, Imprenta de Buenos Aires (frente a la Casa de Gobierno, Buenos Aires, 1865, p. 127 y notas a. y c.

(78) El art. 252 de la Constitución de Cádiz prescribe: Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos en sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, u suspendidos sino por acusación legalmente intentada.

(79) Constitución francesa 1791, Título Tercero, Cap. V, Artículo Primero, inc. 2.

(80) Arts. 259, 260 y 261 de la Constitución Política.

(81) Art. 261, especialmente, incisos 2º, 3º, 6º y 9º de la Constitución Política.

opuesto al que se instauró en Francia a partir del proceso revolucionario, donde la función de juzgar a la Administración se consideró de naturaleza administrativa, exenta del juzgamiento por el Poder Judicial.

Entre las competencias materiales que componen la jurisdicción originaria del Tribunal Supremo, cabe resaltar las de:

a) juzgar a los secretarios de Estado y del Despacho cuando las Cortes den lugar a la formación de causa (art. 261, inc. 2º);

b) conocer en las causas de separación y suspensión de los Consejeros de Estado (art. 261, inc. 3º);

c) conocer en los juicios de residencia de todo empleado público (art. 261, inc. 6º);

d) conocer en todos los asuntos contenciosos del real patronato (art. 261, inc. 7º), y;

e) entender en los recursos de nulidad antes señalados (art. 261, inc. 9º).

La competencia material que se asigna al Tribunal Supremo es algo así como la contra cara de la prohibición de ejercer funciones judiciales que el art. 243 de la Constitución de Cádiz prescribe con relación al Rey y las Cortes.

En esa inteligencia, aunque suele creerse que el Tribunal Supremo no realizó actividad judicial digna de destacarse, hemos encontrado, al hurgar en la documentación histórica, la correcta interpretación que hizo dicho tribunal de sus facultades judiciales en el proceso segundo contra D. Pedro Acuña y otros, al reclamar al Ejecutivo la remisión de los antecedentes de la causa promovida en La Coruña contra el citado Acuña, para poder resolver la apelación interpuesta.

En dicha causa, al reclamar los antecedentes, el Tribunal no sólo marcó el límite de la separación de poderes a tenor del art. 17 de la Constitución de Cádiz sino que también consideró que la decisión de juzgar era exclusiva de los tribunales conforme al precepto contenido en el art. 243 de dicha Constitución. (82)

(82) Véase: CASTRO, Adolfo, Cortes de Cádiz. Complementos de las sesiones verificadas en la Isla de León y en Cádiz, t. II, Analecta, reimpresión de la obra

V. Consideraciones finales

Pese a ese estado embrionario en que se halla la investigación histórica sobre el fenómeno constitucional de Cádiz, en principio, puede afirmarse que su proyección en Latinoamérica ha sido trascendente (83) ya que, a través de las constituciones hispanoamericanas, los preceptos gaditanos cobraron vida y vigencia para el derecho comparado.

En la carta constitucional gaditana se operó una doble conciliación entre la política y las ideas institucionales que presidieron la filosofía adoptada. Mientras en el campo de la política con Iberoamérica se impuso —a instancia de los diputados americanos— (84) el reconocimiento del “*status*” de ciudadano para todos los nacidos en tierras americanas, en el plano de las instituciones se operó una acertada conjunción entre las corrientes liberales y los principios del antiguo derecho español que, por distintos senderos, sobre todo por el trazado por la escuela de Salamanca, fueron la base de muchas ideas sustentadas por el liberalismo de Locke y las concepciones de Montesquieu que terminaron finalmente anclándose en Cádiz. El resultado de ese proceso consistió en lograr una síntesis histórica original que marcó un hito en el constitucionalismo moderno (85) que, como dijo Francisco de Miranda, verdadero precursor de la independencia de nuestros países, “*iba a ser el iris de la paz, el áncora de la libertad y el primero pero el más importante paso que jamás había dado la metrópoli en beneficio del continente americano*” (86)

original de 1913, Pamplona, 2004, p. 188 y ss; interesa apuntar que las Cortes, en la sesión del 12 de Julio de 1812 mandaron al Ejecutivo (entonces la Regencia) que entregara al Tribunal Supremo la documentación aludida para seguir entendiendo en el proceso y dictar sentencia.

(83) Sobre la influencia en la Constitución argentina, véase: DALLA VÍA, Alberto Ricardo, La Constitución de Cádiz y los antecedentes de la Constitución de la Nación Argentina, Revista El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, diario del 18/07/2008, p. 1 y ss.

(84) FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, El gobierno interior de las Provincias y de los pueblos, publicado en la obra Cortes y Constitución de Cádiz..., cit., pp. 232-233.

(85) Vid: Carnota, Walter F., Reflexiones para el 12 de octubre: España y el Constitucionalismo Argentino, el Dial.com., Abremática, publicado el 18/10/2010, Buenos Aires, 2010, p. 2.

(86) Memorial dirigido por Francisco de Miranda a la Audiencia de Caracas en marzo de 1813, publicada en Francisco de Miranda y la modernidad de América, Fundación Mapfre Tavera y Ediciones Doce Calles, Madrid, 2004, p. 207.

De haberse anticipado en el tiempo y sin enfrentar, por tanto, el proceso independentista, el fenómeno de Cádiz hubiera dejado de ser una idea utópica para convertirse en un buen ejemplo que muestra la integración de diferentes tendencias en un mismo cauce. Porque el proceso constitucional significaba, al fin y al cabo, el retorno a la primacía de las libertades garantizado por una justicia imparcial e independiente. Se diseñó en Cádiz un camino que jamás España debió abandonar ni tampoco debieron desandar las repúblicas iberoamericanas, que recibieron el influjo de la Constitución gaditana, habida cuenta que la vigencia efectiva de aquellas libertades y de los demás derechos individuales y colectivos, que reconocen las actuales cartas constitucionales, constituye la piedra angular del Estado de Derecho.

LAS MUTACIONES CONCEPTUALES DEL MATRIMONIO

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

Del matrimonio se han dado tantas definiciones como autores se han ocupado de él. Entre ellas, optamos por su precisión y brevedad, por las de Busso y Borda. El primero dice que es “La unión de un hombre y de una mujer, tendiente a constituir una plena comunidad de vida, y reglada por el derecho” (*Código Civil anotado*, II, 8). Borda considera que “es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida” (*Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia*, I, 45). En doctrina se debate si el matrimonio es un contrato o una institución social. Una amplia noción del contrato no limitada a las relaciones patrimoniales y un concepto restringido de la misión del oficial público en el acto de la celebración sostienen la teoría del contrato. Dando a la intervención del oficial público un carácter constitutivo, se dice que el matrimonio es un acto jurídico complejo, para el que son necesarias tanto las declaraciones de los contrayentes como la del oficial público. La Iglesia si bien acepta que existe un contrato, lo eleva a la condición de sacramento. Vélez Sársfield señaló los caracteres que lo separan de los demás actos jurídicos, destacando la finalidad social de la institución, regulada por normas que se imponen a la voluntad de las partes, o sea, sin haberlo dicho él, normas de orden público. Bajo la influencia de estas concepciones se dictó la ley de matrimonio civil en 1888.

Sus caracteres esenciales son los siguientes: a) una *unión* del hombre y la mujer que se traduce en derechos y deberes recíprocos; b) una unión *permanente*, sin perjuicio de las legislaciones que admiten la disolución del vínculo; c) una unión *monogámica*, aunque algunos pueblos conservan

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 25 de agosto de 2011.

todavía la poligamia; d) una unión *legal*, no bastando la simple unión que configura el concubinato, sino que es preciso que se haya celebrado con las formalidades de la ley (Borda, ob. cit., p. 46).

De las definiciones citadas o de los caracteres señalados no surge que sea requisito esencial de la institución la continuación biológica de la especie, pues de serlo no sería válido el matrimonio contraído por mujeres de edad avanzada o que, cualquiera que ella sea, tuvieran conocimiento de su impedimento para concebir (no confundir la infertilidad de uno u otro cónyuge con la impotencia preexistente del varón, que sí es causal de nulidad).

Es contrato en cuanto se trata de una declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes (artículo 1137 Código Civil), pero más allá del consentimiento que resulta de aquella declaración, todos los derechos de los contrayentes están fijados por la ley, de la que las partes no pueden apartarse por tratarse de normas de orden público, por lo que también se ha dicho que la voluntad de las partes no tiene fuerza constitutiva del estado de familia. Se han puesto de relieve las notas diferenciales entre contrato e institución: a) el contrato es una especulación que la más de las veces supone intereses contrapuestos; la institución es un consorcio con intereses coincidentes; b) la igualdad es la ley del contrato; en la institución priva la jerarquía; c) el contrato sólo produce efectos entre las partes; la institución los impone tanto a las partes como a terceros; d) el contrato es precario; la institución está hecha para durar; e) el contrato es estático; la institución es dinámica y se adapta; f) el contrato es una relación subjetiva entre personas; las relaciones institucionales son objetivas.

Si bien los autores hablaron con insistencia de contrato, en nuestra opinión el matrimonio es un *acto jurídico complejo* que participa de los caracteres del contrato y de la institución, los que en su aplicación o interpretación deberán jugar armónicamente para conciliar uno y otro aspecto en la búsqueda de los fines superiores que lo inspiran. En el derecho romano, como en el canónico, prevalecía la teoría contractual del matrimonio. La falta de toda solemnidad fue durante mucho tiempo uno de los rasgos fundamentales de la unión. Apareció luego la exigencia de la publicidad por medio de las amonestaciones, sin que se exigiera como requisito esencial la bendición ante la Iglesia. En el siglo XVI el Concilio de Trento impuso la celebración en presencia del párroco, sin que llegara a revestir el carácter de un testigo necesario. Las leyes civiles que secularizaron la institución, dieron al oficial público una intervención de mayor alcance, al punto de que sus declaraciones constituyen elementos esenciales de la celebración. Los canonistas sostuvieron la teoría del contrato para dignificar la unión del hombre y la mujer, superando los resabios de la *coemptio* y/o el *usus*

romanos y para combatir los matrimonios de conveniencia, hechos por los padres sin consultar la voluntad de los hijos; el matrimonio debía, según ellos, fundarse en el amor y en la libre decisión de los interesados. Los juristas liberales de la Revolución Francesa vieron en esta idea un apoyo para el divorcio, pues tratándose de un contrato, las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo. Sin embargo, si bien media una declaración de voluntad común, los derechos de los cónyuges que prestan su consentimiento están fijados por la ley y las partes no pueden apartarse de estas prescripciones de orden público; la voluntad de las partes no tiene aquí la misma potencia generadora que en los contratos, pues no basta como en éstos con la simple aceptación de los contrayentes sino que es necesaria la intervención de un oficial público que los declare unidos en matrimonio.

No se crea por ello que la intervención del oficial público es similar a la de un escribano ante quien pasa un contrato cualquiera, pues éste no hace más que dar fe de la realización del acto, mientras que aquél *lo integra con su actuación*. En esta tesitura algunos autores han dicho que la voluntad de las partes no tiene fuerza constitutiva del estado de familia. Es equivocado concebir al matrimonio nada más que como un vínculo jurídico, pues obedece a profundos instintos humanos y está impregnado de ideas morales y religiosas y tiene, como dice Carbonnier, una inmanencia y una trascendencia, aspectos humanos y otros que la humanidad no explica, es una *mélange*, un encuentro de la tierra y el cielo (Carbonnier J., *Terre et ciel dans le droit du mariage, en Etudes offertes a G. Ripert*, t. I, p. 327). “El matrimonio se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad; es, en fin, una *institución*” (Renard, *L’Institution*, Paris, 1933, p. 191 y ss.; Rébora, *Instituciones de la familia*, Buenos Aires, t. II, p. 9 y ss.; Prayones, *Familia*, Buenos Aires, 1949, p. 20; Frías, *El matrimonio*, Buenos Aires, p. 38; Lafaille, *Familia*, Buenos Aires nº 33).

La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional reconocen al matrimonio como la unión de un varón y una mujer. Ello surge expresamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en el artículo 16.1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...”; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en su artículo 23.2: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...” y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en el artículo 17.2: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...”. También de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discri-

minación contra la Mujer (1979) en su artículo 16. Es interesante advertir que en estos artículos se especifica el requisito de la diversidad de sexo (varón-mujer) para acceder al matrimonio, mientras que en otros se utilizan fórmulas genéricas como “todo ser humano”, “nadie”, “toda persona”. Por lo tanto, la ley 26.618 que elimina el requisito de exigir que el matrimonio se celebre únicamente entre varón y mujer es *inconstitucional*, porque altera las claras disposiciones de los tratados antes transcritos.

Vistos sumariamente estos antecedentes históricos del matrimonio civil en la legislación argentina, pasamos a considerar la ley 26.618, promulgada el 22 de julio de 2010, que introduce modificaciones al Código Civil y, entre ellas, al artículo 172 que resulta sustituido por el texto siguiente:

*“Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos **con independencia que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo...**” (lo destacado nos corresponde).*

Augusto C. Belluscio en su trabajo titulado *La ley de matrimonio 26.618 (Jurisprudencia Argentina, 2010, 4, fascículo 9, p.3)*, considera que: “Por más que el matrimonio homosexual sea contrario a las enseñanzas de un determinado credo, la circunstancia de que éste sea profesado por la mayoría de la población no puede dar lugar a que la legislación civil deba seguir sus criterios... Por lo demás, que a los homosexuales se les impida casarse entre sí no significa en modo alguno que ellos se vayan a inclinar por contraer un matrimonio heterosexual y procrear descendencia”.

Sigue diciendo “La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1948, que ‘Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho... a casarse y fundar una familia’; el artículo 17, párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ‘Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia’, y el artículo 23, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que ‘Se reconoce el derechos del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello’. Ninguno dice expresamente que el matrimonio deba celebrarse entre un hombre y una mujer, como tampoco dice lo contrario”.

Coincidimos con el planteo de Belluscio, pero no con la conclusión que él extrae, pues si en esos textos nada se dice acerca del sexo de los contrayentes, es porque en el derecho positivo y en los usos y costumbres de la

época en que se dieron aquellas declaraciones y normas internacionales, no se ponía en duda que el matrimonio era únicamente la unión entre un hombre y una mujer.

Belluscio termina el trabajo que nos ocupa llegando a esta conclusión: “Que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo no viola la igualdad ante la ley que asegura el art. 16 de la Constitución”. Coincidimos en esa conclusión, pero no en las consecuencias que de ella extrae el autor, pues la violación de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley resulta de un juicio de comparación entre una norma jurídica y un precepto constitucional, y que una norma jurídica no viole el principio de igualdad ante la ley, no significa que por ello sea legítima en sí misma, pues el juicio de legitimidad no necesita de comparación alguna.

Para terminar con la opinión de Belluscio sobre este tema, citamos algunos otros conceptos que aparecen en el trabajo antes mencionado: “La dualidad de sexo como exigencia fundamental para el matrimonio procede de una costumbre inmemorial, de una evidencia milenaria. La dualidad de los sexos es el postulado de todo el derecho del matrimonio... El legislador es impotente para modificar esa realidad calificando de matrimonio a la unión homosexual... El matrimonio civil es la regulación jurídica de las relaciones intersexuales, y no otra cosa... El legislador no puede modificar la naturaleza decretando que una norma legal pueda hacer que el hombre conciba. Su afán por la igualdad no es suficiente a ese fin”.

De las opiniones citadas, podría concluirse que Belluscio está en desacuerdo con el llamado matrimonio homosexual. Sin embargo, parecería que un juicio subjetivo *a priori* prevalece sobre sus argumentos jurídicos y lo lleva a concluir en la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo. Aunque no compartimos sus argumentos a favor del matrimonio homosexual, aceptamos la validez parcial de ellos para avalar nuestra posición contraria.

El matrimonio entre personas del mismo sexo pasa en virtud de la ley 26.618 a tener igual jerarquía y, por consiguiente, iguales derechos y deberes que el celebrado entre personas de sexo diferente. Si bien la ley formal y sustancial es la única fuente creadora de derechos y obligaciones en el ámbito del derecho de familia, el juicio de valor que sus preceptos merecen a la luz de criterios civiles, morales y religiosos, no puede dejarse de lado, porque él será el que oriente y fundamente su interpretación. En su virtud, dejamos constancia de *nuestro rechazo al mal llamado matrimonio entre personas del mismo sexo*.

LA MEDIACION

POR ENRIQUE M. FALCÓN (*)

Las relaciones interpersonales producen muchas veces conflictos que, en una sociedad civilizada, deben tener adecuadas vías de solución, aunque las mismas no siempre resulten satisfactorias. Un conflicto en el lenguaje vulgar, tal como lo definen los diccionarios representa siempre un estadio de alguna manera combativo. Sin embargo, una mirada más amplia, nos permite advertir que en realidad se trata de una situación en que dos individuos o dos grupos de individuos se encuentran con intereses contrapuestos. De Bono especifica que la gente no se pone de acuerdo o porque ve las cosas de distinta manera, porque quiere cosas diferentes, porque su estilo de pensamiento lo impulsa a ello o porque se supone que debe ser así, (1) a ello deberíamos agregar los factores sociales, las creencias y las ideas preconcebidas.

El conflicto en sí mismo no lleva necesariamente a la violencia, ni siquiera a la confrontación. Ello se produce cuando el conflicto se transforma en una controversia que es el choque de estos intereses, que si bien ocupa muchos campos, en lo social es una materia cuya solución corresponde en última instancia al Derecho.

No obstante ello, debido a que es muy raro que alguien tenga el poder absoluto sobre algo, o se trate de valores superiores sobre los que no se puede transar, no es dudoso que, ante la existencia de un conflicto, las partes involucradas traten de realizar una negociación.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 8 de septiembre de 2011.

(1) DE BONO, Edward, "Conflictos, una mejor manera de resolverlos" (Trad. Sardoy, Buenos Aires 1994), pp. 67 a 112.

Negociamos permanentemente en todos los aspectos de la vida, porque ello resulta inevitable para la convivencia. Lo hacemos con nuestra pareja, nuestros hijos, nuestros vecinos, nuestros amigos y también lo hacemos cuando el conflicto de intereses supera la esfera doméstica y la disputa se orienta hacia el reparto de los bienes o la conducta de los individuos, que es la esencia del campo jurídico.

Ahora bien ¿qué es la negociación? Esta consiste en general en el hecho de plantear ante otro, de quien se quiere obtener una conducta, un resultado o una cosa, una serie de propuestas tendientes a que el mismo nos otorgue voluntariamente, por convencimiento, conveniencia, seguridad, economía, legitimidad, etc., aquello que proponemos. Podríamos agregar que en síntesis para cada parte negociar consiste en convertir las desventajas en ventajas y alcanzar el mejor resultado posible. (2) De modo más sintético negociar es, en definitiva, *conciliar intereses*.

Se dice con mucha frecuencia que en el siglo pasado el estilo de la negociación era el tendiente a obtener lo que más se pueda por cada una de las partes (estilo competitivo), hasta que comenzó a cambiar en la década de 1970 en el sentido de que ya no se tenía la expectativa de “*ganar-perder*”, sino la de “*ganar-ganar*”, de manera que ambas partes quedaran satisfechas al haber obtenido beneficios (estilo cooperativo). Este criterio se debió especialmente por la influencia que tuvo la obra Fischer y Ury, *Getting to YES!* (3)

(2) O como dice Sun Tzu: “la dificultad de la lucha armada es hacer cercanas las distancias largas y convertir los problemas en ventajas” (SUN TZU, “El arte de la guerra”, Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2008, p. 45).

(3) Conocida en castellano como: FISCHER, Roger y URY, William, -“Sí... de acuerdo!, ¿Cómo negociar sin ceder?”, Colombia 1991. Desarrollando esta historia Luchi y Zamprile dicen: El primer libro de negociación, centrado en lo que llamaron “conflicto”, fue publicado por la Universidad de Oxford en 1850. Con un enfoque netamente científico, estudiaron los procesos de negociación de bienes que se daban en muchas de sus colonias, es decir, el regateo. Esta es una forma puramente competitiva de negociación, centrada en obtener el mayor rédito a corto plazo, sin ninguna perspectiva a futuro. Ya entrado el siglo XX. en 1925, la Universidad de Harvard publicó un trabajo basado en el estudio de diferentes situaciones de ventas, con los procesos de negociación como trasfondo. Por ejemplo, un vendedor de zapatos que recorre toda la tienda buscando diferentes modelos para ofrecer al cliente, en un intento de arrinconarlo con todo ese despliegue y así garantizarse la venta. Evidentemente, todas estas experiencias están marcadas por una aproximación particular a la negociación, que se puede ver como la más

Sin embargo esta afirmación no es totalmente cierta, pues depende de las personas y sus estilos negociales, así como otros factores esenciales. Shell ha señalado que las personas a menudo pueden tener fuertes disposiciones hacia numerosos estilos, a lo que se le suman aspectos del contexto y los intereses de la otra parte, entre otros aspectos. Además, los estilos pueden cambiar con el tiempo: Así tenemos a quienes gustan negociar, a los que no les gusta negociar, a los colaboradores creativos, a los competitivos, a los que quieren cerrar rápidamente el trato y a veces hacen concesiones innecesarias, (4) etc.

La negociación es un proceso y requiere de cualquier forma un estilo y un carácter específico, donde el interés comercial, el escuchar y saber preguntar, son elementos que nos pueden permitir descubrir los aspectos sustanciales de los intereses en pugna transfiriéndolos a objetivos claramente individualizables.

Para Raga, (5) los factores que intervienen en la negociación son: los objetivos, los argumentos (recursos tácticos) y las conclusiones. Veremos que si bien esta distribución es admisible, estos criterios no son los únicos. Fischer-Ury (6) dan cuatro reglas básicas en cuanto al método para negociar: 1. Separar las personas y el problema, 2. Concentrarse en las posiciones y no en los intereses, 3. Inventar opciones de mutuo beneficio, 4. Insistir en

natural del hombre: la escuela competitiva, siempre concentrada en obtener el mayor rédito posible. Sin embargo, con el posterior desarrollo de la negociación como ciencia, han surgido otras variantes. Fue recién en 1970 cuando, nuevamente desde Harvard, el profesor Roger Fisher empezó a hablar de negociación cooperativa, lo que se transformó en una suerte de biblia para los seguidores de esa escuela. Sí, de acuerdo es el libro que desarrolla un modelo sencillo pero efectivo como alternativa al clásico esquema de competencia. En las últimas décadas, la disciplina continuó su crecimiento, aunque esa tendencia original no ha desaparecido, sino que convive con nuevos planteos y metodologías. Veamos, entonces, los dos modelos principales —el competitivo y el cooperativo— y el modelo del traje a medida, desarrollado en el trabajo “El Arte de la Negociación Posicional”. (LÚCHI, Roberto y ZAMPRILE, Alejandro, “Negociando en un mundo complejo. Desafiando y resolviendo conflictos límites”, Buenos Aires 2009, p. 13).

(4) SHELL, R. G., “Bargaining for advantage”. New York, NY: Penguin Books, 2006.

(5) RAGA, M., “Qué es y para qué sirve la negociación”, Madrid 1980, p.13.

(6) FISCHER - URY - “Sí... de acuerdo!...”, p. 19 y ss.

criterios objetivos. La idea de negociación, aliada a la de persuasión, no está ligada a la idea de verdad, sino de interés o resultado y plantea problemas a toda una filosofía de vida. Por su parte Cohen, que para muchos es el mejor negociador del mundo, (7) ve a la negociación como un campo de conocimiento y de acción cuyo objetivo es ganarse el favor de una gente de la que usted quiere cosas y agrega que es la utilización de la información y del poder para afectar comportamiento dentro de un “remolino de tensiones”.

En la negociación pura las partes actúan por su cuenta y sin intervención de terceros que interfieran entre ellas en ningún grado, (8) aunque pueden tener diversos asesores según la complejidad del tema, la naturaleza del conflicto o los intereses involucrados.

Los factores que intervienen en la negociación son diversos según los autores, pero podríamos centrar ellos en tres generales y uno especial. Los generales se aplican a toda negociación: Información, poder y tiempo; (9) tiempo, espacio y poder (10) y en lo que a nosotros interesa, un cuarto factor: el Derecho, Por su parte, Ury, Brett y Goldberg entienden el poder basado

(7) COHEN, Herb, “You can negotiate anything”, traducido como “Todo es negociable” (trad. Covi, Planeta Respuestas, Buenos Aires 1992, p. 13). El título en castellano contradice lo que el mismo Cohen afirma en p. 19 cuando dice que “Casi todo es negociable”, pues una traducción más ajustada indica que el libro se llama: “Ud. puede negociar cualquier cosa”, que no es lo mismo que todo sea negociable.

(8) Aldao Zapiola luego de revisar las distintas tesis que existen sobre el particular concluye que la negociación es la actividad dialéctica en la cual las partes que representan intereses discrepantes se comunican e interactúan influenciándose recíprocamente, para lo cual utilizan tanto el poder, como la disposición que pueda existir para aceptarlo, con el fin de arribar a un acuerdo mutuamente aceptado que configura, desde entonces, un objetivo común en cuyo logro las partes se comprometen (ALDAO ZAPIOLA, Carlos M., “La negociación”, Buenos Aires 1980, p. 40).

(9) COHEN, “Todo es negociable”, p. 17.

(10) MILIA, Fernando A., “El conflicto extrajudicial”, Santa Fe 1987, p. 18; CERINI, Silvana María, “Manual de negociación”, Avellaneda, Buenos Aires 2004, pp. 18 y 19.

(11) URY, Willian; BRETT, Juane M.; GOLDBERG, Stephn, “Cómo resolver disputas”, Buenos Aires 1995, p. 12.

en los intereses y el Derecho. (11) En cualquier caso los tres primeros elementos: información, poder y tiempo son vasos comunicantes, mientras que el Derecho es el regulador de los mismos (12).

En cualquier caso puede ser que las partes involucradas, por diversas razones, como ser la falta de una comunicación adecuada, la incapacidad de transferir los intereses a objetivos, la incapacidad de argumentar adecuadamente, entre otros supuestos, pueden necesitar el auxilio de un tercero en la negociación que los ayude en ella. Este tercero, que puede asumir diversas características, se denomina en general mediador. La incorporación de este tercero convierte a la negociación simple en una mediación, ya que esta última es —en definitiva— una negociación asistida.

Los aspectos fundamentales de la Mediación van a girar ahora alrededor de la figura del mediador y del campo en el cual el mismo se va a desenvolver (tal si la mediación es voluntaria, optativa, obligatoria, administrativa, judicial, etc.). Sin perjuicio de ello el mediador tiene una serie de funciones que lo diferencian de otros operadores jurídicos.

Sintéticamente podemos decir que las funciones del mediador se concretan en 1. Informar a las partes sobre la mediación, sus objetivos y alcances, 2. Traspasar la mediación a las partes para que negocien, 3. Facilitar la comunicación y el intercambio de información, 4. Crear una atmósfera positiva tratando de llevar a un acercamiento que permita el tratamiento racional de las cuestiones, 5. Ayudar a elaborar una agenda de trabajo, 6. Ayudar a establecer los verdaderos intereses de las partes y diferenciarlos de las posiciones, 7. Generar distintas alternativas de acuerdo, 8. Prestar los elementos para el acuerdo formal. En general el mediador debe inducir a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas (13).

(12) Luchi y Zamprile plantean un modelo de negociación que llaman el traje a medida y que al sistema competitivo-cooperativo, le agregan lo que llaman el decálogo de la negociación, muchos de cuyos aspectos son trabajados en diversos campos por los negociadores: Privilegiar intereses genuinos antes que posturas, seguir el principio de poder, posicionarse dentro del espectro competitivo-cooperativo, establecer aspiraciones elevadas pero razonables, establecer una estrategia de concesiones, administrar la información, gestionar la relación interpersonal, gestionar el uso del tiempo, realizar una adecuada preparación previa y realizar un balance de la negociación para capitalizar lo aprendido (LUCHI y ZAMPRILE, "Negociando en un mundo complejo", p. 14).

(13) HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladys, "Mediación para resolver conflictos", Buenos Aires 1995, p. 195.

La nueva ley de mediación nacional 26.589 agrega una serie de reglas a las que llama principios (aunque sólo algunas de ellas lo sean), que resumen la actitud en el campo de la mediación “*El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria* (y en cualquier mediación agregamos nosotros) *se ajustará a los siguientes principios: a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria; b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación; c. Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación; d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes; e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria; f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto; g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido; h. Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria*” (art. 7°). Es de interés hacer notar que varios de estos “principios” no se cumplen en la ley.

La mediación tal cual la exponemos es la que corresponde al proceso privado (civil, comercial, laboral), pero también hay mediación en el campo penal (v. gr. en la provincia de Buenos Aires, ley 13.433) (Adla, LXVI-A, 600), que viene a ser una especie derivada del sistema de *oportunidad* (conocido generalmente como *principio de oportunidad*), y que en el procedimiento laboral tiende a llamarse *conciliación* (aunque técnicamente la conciliación es la conclusión de la mediación cuando a través de la misma se logra un acuerdo).

La mediación es un instrumento fantástico para la solución de conflictos, pero no solamente no es el único, sino que tampoco es la panacea universal que lo solucione todo, ni puede prescindirse del Derecho en la consideración de la solución a la que se arribe, aunque en los sistemas dispositivos, la conveniencia de la solución del conflicto puede prescindir del Derecho, a menos que se trate de cuestiones de menores, incapaces o indisponibles: Una negociación a pérdida puede no ser justa, como por ejemplo si conviene negociar perdiendo en este caso, porque existen relaciones continuadas que compensarán esta pérdida.

Este instrumento ha sido bastardeado por las leyes nacionales tratando de imponer un sistema de mediación “obligatorio”, que no es tal pues se

puede salir del mismo cuando uno quiera sin ninguna consecuencia (salvo por supuesto, los honorarios del mediador, aspecto al que se le presta especial atención). De manera que la obligatoriedad es sólo un trámite para la admisibilidad de la demanda, cuando la esencia de la mediación (que es la de la negociación) es la voluntariedad y el espíritu negocial al que pueden arribar libremente las partes, uno de los principios del art. 7° de la ley, según hemos visto.

Un segundo factor es que existen muchos intereses para que la negociación nacional se mantenga dentro de sus esquemas. Veamos al respecto un poco de historia. En 1992 el decreto 1480 estableció un sistema experimental que declaró de interés nacional, la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de resolución de conflictos (art. 1°) y entre sus principios se encontraban que el procedimiento sería voluntario para las partes, absolutamente informal, los plazos serían prorrogables, a juicio y voluntad de las partes, etc. (art. 4°).

Pues bien, la ley 24.573 (Adla, LV-E, 5899) en su artículo 1° estableció todo lo contrario: “Institúyese *con carácter obligatorio* la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia”. El sistema no era administrativo ni judicial y además realizaba modificaciones hasta en la ley sustancial por decretos reglamentarios (como por ejemplo en tema de prescripción) que además imponían el tipo de procedimiento a seguir. El dejar de lado sistemas voluntarios pasando a los obligatorios es un error que se ha repetido en la Provincia de Santa Fe (ley 13.151).

El esquema de vigencia de la ley 24.573 fue también interesante. El art. 30 de la misma, en su segunda parte, estableció que la obligatoriedad de la etapa de la mediación establecida en el artículo 1°, primer párrafo de la ley, regiría por un plazo de cinco años, contados a partir de la puesta en funcionamiento del régimen de mediación de conformidad con lo establecido en el artículo 28, es decir a partir de los ciento ochenta días de su promulgación. La ley fue promulgada el 25 de octubre de 1995, de manera que entró en vigencia el 25 de marzo de 1996, finalizando su vigencia, entonces, el 24 de marzo de 2001. Pero antes de su vencimiento, la ley 25.287, publicada el 24 de agosto de 2000 (Adla, LX-D, 4095), prorrogó por otros cinco años, desde su vencimiento la ley de mediación obligatoria, con lo

cual vencería el 25 de marzo de 2006. La ley 26.094 (Adla, LXVI-C, 2390), prorrogó nuevamente el plazo por dos años más, es decir que lo llevó al 25 de marzo de 2008. Luego, la ley 26.368 (Adla, LXVIII-C, 2221) la prorrogó nuevamente por dos años más, es decir hasta el 25 de marzo de 2010. Llegado ese plazo la mediación obligatoria finalizó, aunque inexplicablemente siguió aplicándose en los tribunales.

Recién el 15 de abril de 2010 se sancionó una ley que eventualmente sería la definitiva, promulgada y publicada el 6 de mayo del mismo año, bajo el número 26.589, y que comenzaría a regir a partir de los 90 días de su publicación (art. 63), derogando la ley original de mediación 24.573 (que seguiría rigiendo hasta la vigencia de la nueva ley. Es razonable pensar que era el momento de terminar con este sistema provisorio para pasar a uno definitivo bien realizado. (14) Pues no. Como todas las cosas hechas a la apurada (vencía la ley y quería consolidarse el sistema), luego de más de quince años, se saca una ley que tiene algunas pequeñas modificaciones a errores esenciales de la ley anterior (por ejemplo omitir entre los procesos excluidos de la mediación el *habeas data*) y mantiene criterios absurdos como que lo decidido en la mediación se ejecuta directamente sin homologación judicial, salvo el caso de menores o incapaces, o planea una mediación voluntaria (donde la voluntariedad está sólo en la elección de los mediadores, pero no en prescindir del sistema), o las reiteradas modificaciones que se hacen en un mismo sentido al CPCCN sin orden ni

(14) PEJKOVICH, Maximiliano, "La reforma de la ley de mediación que se viene: Réquiem por la mediación en Argentina", eIDial, 25/06/2007.

(15) El art. 34 modificado del CPCCN entre los deberes del juez dispone en el inciso 1º, segunda parte: En el acto de la audiencia, o cuando lo considere pertinente, si las circunstancias lo justifican, podrá derivar a las partes a mediación. Los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes y se reanudará una vez vencido. Este plazo podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes (modificación establecida por el art. 52 de la ley 26.589), luego el art. 55 de la misma ley agrega al inciso 1º del art. 360 (Audiencia preliminar): 1. Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos *que acordarán en la audiencia. El juez podrá, si la naturaleza y el estado del conflicto lo justifican, derivar a las partes a mediación. En este supuesto, se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes. Vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a pedido de cualquiera de las partes, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria* (el agregado es la cursiva). Pero no incorpora el art. 16 de la normativa

concierto (v. gr. arts. 34 y 360 CPCCN, pero omitiendo el texto el art. 16, inc. d) de la ley, que debió incorporarse al CPCCN). (15)

Es más, esta nueva ley necesitaba esencialmente una reglamentación para poder funcionar. De todos modos habrá tres partes que se aplican directamente desde su vigencia, como son los artículos modificados del CPCCN y lo relacionado con la prescripción y la caducidad, otros relacionados con los mediadores o el procedimiento, que pueden cumplirse sólo parcialmente (cuando las normas son operativas) y finalmente otros que eran inaplicables sin el reglamento correspondiente, más allá de que además la justicia federal tiene que dictar su propia reglamentación al respecto, la mediación de familia se encuentra entrecortada con disposiciones limitativas y contradictorias entre sí como pueden considerarse los artículos 5º, b. y 31, (16) creando un desorden incompatible con la solución de conflictos necesita de mediadores especializados. Finalmente el 28 de setiembre de 2011, casi un año y medio, luego de la publicación

reformadora que dispone en el inciso d.: Durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez actuante podrá en un proceso judicial derivar el expediente al procedimiento de mediación. Esta mediación se cumplirá ante mediadores inscriptos en el Registro Nacional de Mediación, y su designación se efectuará por sorteo, salvo acuerdo de partes respecto a la persona del mediador, aspecto que es sustancial en esta materia.

(16) Véase la comparación del art. 5º y el 31 (especialmente el inciso e) de la Ley 26.589. Art. 5º...b. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; Art. 31. Mediación familiar. La mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, a excepción de las excluidas por el artículo 5º, inciso b. de la presente ley. Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre: a. Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del Código Civil; b. Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes; c. Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial; d. Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia; e. Separación personal o separación de bienes sin divorcio, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil; f. Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio; g. Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

de la ley, se dictó el decreto reglamentario 1467, también bastante defectuoso.

Para finalizar esta breve comunicación quiero referirme por lo menos a dos sistemas de mediación existentes en el país en las provincias y una conclusión final. Uno es el de la provincia de Buenos Aires y el otro el de la provincia de Córdoba.

En la provincia de Buenos Aires recientemente se ha dictado una ley de mediación patrimonial, la 13.951, que sigue los lineamientos de la ley nacional, pero con algunas diferencias importantes. La mediación familiar, más allá de las reformas de competencia que hubo que hacerle, ya estaba en el campo intrajudicial en manos del Consejero de Familia (CPCC Pcia. Buenos Aires, arts. 832 a 837), de manera que este tema no se incluye en la ley. A su vez las acciones promovidas por menores que requieran la intervención del Ministerio Público están excluidas de la mediación, (art. 4º, inc. 10 de la ley), el acuerdo al que se arribe en la mediación debe someterse a homologación judicial en cualquier caso (art. 19 de la ley) y el Juzgado, emitirá resolución fundada homologando o rechazando el acuerdo, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de su elevación (art. 20 de la ley). La mediación voluntaria no necesariamente es realizada por abogados, ya que los Colegios Profesionales de la Provincia pueden crear centros de mediación voluntaria (arts. 36 a 38 de la ley y del decreto reglamentario 2530/2010). Finalmente Se aplican supletoriamente las reglas del CPCC para los casos no previstos en la ley y no hay reenvío a la mediación desde el campo judicial.

El sistema cordobés, a mi modo de ver, todavía adelanta un paso. En primer lugar, como debe ser, la ley 8858 (luego reglamentada por decreto 1773/2000) (Adla, LX-E, 672), instituye en todo el ámbito de la Provincia de Córdoba y declara de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con *carácter voluntario*, como método no adversarial de resolución de conflictos, *cuyo objeto sea materia disponible por los particulares*, que se regirá por las disposiciones de la ley indicada (art. 1º). Pero al revés de la ley nacional en el art. 2º dispone que excepcionalmente será de instancia obligatoria toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos: los de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite del juicio declarativo abreviado y ordinario cuyo monto no supere el equivalente a cinco mil pesos (204 jus) (es decir las pequeñas causas); en todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos; cuando el Juez por la naturaleza del asunto, su complejidad los intereses en juego, estimare conveniente intentar la solución del conflicto por la vía de la mediación y, finalmente, el intento de solución del conflicto por vía de la

mediación, realizada en sede extrajudicial a través de un mediador o Centro de Mediación público o privado, debidamente acreditado, eximirá a las partes del proceso de mediación en sede judicial. Es decir que se privilegia la voluntad de las partes y sólo cuando aparece una ventaja o necesidad evidente para ellas. La mediación se pone como paso previo obligatorio, no obstante lo cual habiendo comparecido y previa intervención del mediador, cualquiera de las partes podrá dar por terminada la mediación, en cualquier etapa del procedimiento (art. 21), a más que, naturalmente, el acuerdo debe ser homologado, porque como señala el art. 23 de la norma, *el Tribunal podrá negar la homologación, fundando su resolución, cuando el acuerdo afecte a la moral, las buenas costumbres y el orden público.* (17) La mediación que también puede hacerse en sede extrajudicial y la interrelación entre la actividad del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial en el ámbito de cada uno completan el cuadro presentado.

Parece irrazonable que luego de 18 años de tramitar la mediación a través del Decreto 1480 y luego de la ley 24.573 y sus decretos reglamentarios, cientos de páginas escritas sobre la misma, críticas certeras y veraces tendientes a lograr un mejor resultado del instituto, modelos provinciales que pueden tomarse en cuenta y una bibliografía sobre mediación y negociación en castellano y en inglés no sólo muy extensa, sino de análisis teórico y práctico en todos los niveles, se haya llegado a una ley como la 26.589 muy pobre y que sobre todo a más de un año de publicada no se sabía con exactitud desde cuándo comenzaban a regir cada uno de sus artículos. Por otro lado, la ausencia del Estado tanto en la formación de los operadores jurídicos, como la falta de información de manera adecuada, constituye un paso más hacia atrás en la búsqueda del adecuado acceso a la justicia.

(17) Aspecto obvio que la ley nacional ignora, con grave perjuicio no sólo para las partes, sino con una degradación del sistema judicial incomprensible.

EL SURGIMIENTO DE LA DOCTRINA
DEL PODER CONSTITUYENTE EN
EL PENSAMIENTO DE
MARIANO MORENO
(HOMENAJE EN EL BICENTENARIO
DE SU MUERTE)

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

“Hacia falta tanta agua para apagar tanto fuego”

(Cornelio Saavedra)

I. Así como *Estrada* dijo con acierto que toda la ciencia política está encerrada en la idea de libertad, bien pudo haber demostrado *Mariano Moreno* que la esencia de la forma republicana de gobierno consiste en la *igualdad*. En el decreto de supresión de honores, del 6 de diciembre de 1810, debido a su pluma e inspiración, está formalizado ya un compromiso con la República, seis años antes de la declaración de la independencia y casi una década antes de que la caída del gobierno central y de la Constitución de 1819 barrieran definitivamente con las tentaciones monárquicas de algunos iluminados de la época. Aquel decreto de 1810 advertía sobre los peligros de un pueblo inclinado a la irreflexiva reverencia de los detentadores del poder, cuando decía “que una Constitución justa y liberal da únicamente a las virtudes el respeto, que los tiranos exigen para los trapos y galones”:

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 22 de septiembre de 2011.

para *Moreno*, la obra de la revolución no era tal si no plasmaba en una Ley Fundamental que despersonalizara el ejercicio del poder en forma tal que el pueblo viera en él la sujeción a la ley antes que la dominación de los hombres. Hete aquí, en pocas palabras, resumido el secreto del ejercicio legítimo del poder: “La libertad de los pueblos —según juicio de *Moreno*— no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos, a que canten himnos a la libertad; y este cántico maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, *observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad*. Si me considero igual a mis conciudadanos ¿por qué me he de presentar de un modo que les enseñe que son menos que yo? Mi superioridad sólo existe en el acto de ejercer la magistratura, que se me ha confiado; en las demás funciones de la sociedad soy un ciudadano, sin derecho a otras consideraciones que las que merezca por mis virtudes”.

Moreno, al igual que *Gorostiaga* en la organización nacional, lega a la plenitud de su vocación revolucionaria con apenas treinta años de edad. Pero a diferencia de otros hombres, su paso es breve por voluntad del destino: en escasos meses de gobierno, vuelca las brazas de su juventud, el talento de letrado, la pluma de un genio político y —sobre todo— el empeño que caracteriza a quienes están seguros de su verdad. En su conducta se perfilan las notas de todo un estilo político, sin medias tintas, y decidido a quebrantar las resistencias del antiguo régimen en todas y cada una de las estructuras supervivientes de la colonia. Primero de todo, abrir el debate para que las ideas se difundieran en un marco de libertad creadora; y, acerca de ello, proclama desde “La Gaceta de Buenos Aires” en junio de 1810: “No se reprima la inocente libertad de pensar en asuntos del interés universal... La verdad, como la virtud, tiene en sí misma su más incontestable apología; a fuerza de discutirlos y ventilarlos aparecen en todo su esplendor y brillo: si se oponen restricciones al discurso, vegetará el espíritu como la materia y el error, la mentira, la preocupación, el fanatismo y el embrutecimiento, harán la divisa de los pueblos, y causarán para siempre su abatimiento, su ruina y su miseria”. Del mismo modo, *Moreno* abrigaba una fe inquebrantable en los efectos de *la educación popular* sobre las costumbres políticas del país, y decía desde las páginas de aquel diario: “Si los pueblos no se ilustran, si cada hombre no conoce lo que vale, lo que puede y lo que se le debe, nuevas ilusiones sucederán a las antiguas y después de vacilar algún tiempo, será tal vez nuestra suerte *mudar de tiranos sin destruir la tiranía...*” ¡Ese era el “cambio de estructuras” que *Moreno* quería provocar en nuestra sociedad! No es otro que el de la actitud mental de un pueblo para vivir en la democracia. Y para llegar a ello, había que remover obstáculos, algunos consistentes en personas, otros en instituciones, caducas ambas.

Así, procede a la expulsión del ex-Virrey y de los Oidores de la Real Audiencia y, enseguida, ordena la exclusión de los españoles de la administración pública local. Comprendía *Moreno* que no podía haber revolución sin revolucionarios; y que si se mantenía la burocracia de los godos, la gestión de la Junta naufragaría en medio de la contrarrevolución. Confiaba en que todas esas medidas serían luego ratificadas por el Congreso de los pueblos, en cuya representación soberana veía *Moreno* el verdadero principio de la legitimidad (manifiesto del 23 de junio de 1810).

El pensamiento institucional de *Moreno* quedó claramente expuesto en sus escritos sobre el Congreso convocado y la Constitución del Estado, que fueron publicados en “La Gaceta” en octubre y noviembre de 1810, con miras a la organización política futura: en ellos clamaba por una Constitución “bien calculada”, recordaba los derechos y deberes emergentes del pacto social —donde acusaba la influencia de las ideas contractualistas en boga— y, muy enfáticamente, protestaba contra nuestra anterior condición de factoría o fundo usufructuario, de la que felizmente emergíamos en dirección a ver inscriptos los habitantes de América “en el rango de las naciones”. ¡*Moreno* abjuraba de la subditancia y presentía el goce de la ciudadanía! Toda su actitud luce en estas palabras: “el *bien general* será siempre el único objeto de nuestros desvelados y la *opinión pública* el órgano por donde conozcamos el mérito de nuestros procedimientos. Sin embargo, el pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien; *él debe aspirar a que nunca puedan obrar mal*; que sus pasiones tengan un dique más firme que el de su propia virtud; y que delineando el camino de sus operaciones *por reglas que no esté en sus manos trastornar*, se derive la bondad del gobierno no de las personas que lo ejercen *sino de una constitución firme*, que obligue a los sucesores a ser igualmente buenos que los primeros, sin que en ningún caso deje a éstos la libertad de hacerse malos impunemente” (28/X/1810).

No escapaba a la percepción de *Mariano Moreno* que no eran las leyes en sí mismas la panacea para aliviar todos los males de las colonias, pero sí eran la base para reconstruir las relaciones entre los pueblos, que hasta entonces habían permanecido unidos únicamente con la Corona y separados entre sí. No se trataba sólo de elegir a los nuevos gobernantes, sino primero de limitar sus poderes, por medio de una Constitución que implementara la división y equilibrio de los mismos: veían en ella el freno para reprimir “la inclinación natural del mando hacia la usurpación”. Y decía: “la autoridad del Monarca retrovertió a los *pueblos* por el cautiverio del Rey; pueden pues aquellos modificarla o sujetarla a la forma que más le agrade, en el acto de encomendarla a un nuevo *representante*: éste no tiene derecho alguno, porque hasta ahora no se ha celebrado con él ningún *pacto social*; el acto de

establecerlo es el de fijarle las condiciones que convengan al instituyente; y esta obra es la que se llama *Constitución del Estado*" (2/XI/1810). Esto nos demuestra —a tenor de las palabras de *Moreno*— que el principio de la soberanía del pueblo es el principio de legitimidad adoptado por la Revolución de Mayo —la verdadera revolución argentina— y recogido por los Constituyentes de 1853-1860 como fundamento de nuestra organización (arts. 1º y 22) y como origen de los derechos y libertades (art. 33, C.N.). En el nacimiento mismo de nuestra nacionalidad —con *Moreno* y la Revolución de 1810— se proclamó decidida y francamente "que la verdadera soberanía de un pueblo nunca ha consistido, sino en la voluntad general del mismo; que siendo la soberanía indivisible e inalienable nunca ha podido ser propiedad de un hombre solo..." (2/XI/1810); y que los poderes de los gobernantes, no derivándose sino del pueblo mismo, no pueden extenderlos a mayores términos que los que el pueblo ha prefijado (Idem).

En definitiva, poseía *Moreno* el plan racional para la organización del Estado y partía en él de una clara distinción entre el poder constituyente —que era soberano y pertenecía al pueblo— y los poderes constituidos —que eran limitados y divididos—. Puede decirse que *Moreno* aplicaba lo mejor de la doctrina elaborada en Francia por el Abate *Sieyès*, a la que quizás no haya conocido en sus fuentes pero que interpretaba y aplicaba con fidelidad, sentando las bases de uno de los presupuestos del constitucionalismo moderno que el siglo XIX se encargaría de universalizar. El rigor de las ideas de *Moreno* no era una mera intransigencia intelectual ni las armas para imponer el criterio de Buenos Aires: al contrario, fue él quien señaló que la gestión de la Junta no podía extender la autoridad a los pueblos que no habían concurrido con su sufragio a su instalación, sino que al no deber usurpar a la más pequeña aldea la parte que debía tener en la erección del nuevo gobierno, era menester convenir en su carácter provisorio "limitando su duración hasta la celebración del *Congreso* y encomendado a éste la instalación de un gobierno firme, *para que fuese obra de todos lo que tocaba a todos igualmente*" (2/XI/1810). ¡Véase la sinceridad de aquellos planteos, con que *Moreno* emprendía la tarea titánica de hacer todo desde la nada! Admítase que allí nace —en su pensamiento— la filiación democrática de nuestro curso histórico y que nada será legítimo si se edifica sobre la negación de nuestra constitución histórica y racional. Es que ayer como siempre, para *Moreno* y para las generaciones siguientes, para los argentinos de hoy y mañana, no caben dudas de que la cuestión no es cambiar de collar ¡sino dejar de ser perro...! El ideario libertario de *Moreno* reposaba en una creencia absoluta en la libertad de pensamiento y de expresión, a partir de la premisa de que era preferible gozar los beneficios de una libertad peligrosa que los beneficios provenientes de una servidumbre tranquila (sic). Es la misma inspiración que llevara en su seno

la Suprema Corte de USA cuando en el *caso Anastaplo* expresara “que no debemos tener miedo de ser libres”.

II. Hasta aquí algunos de los puntos fundamentales del pensamiento, la palabra y la acción de *Mariano Moreno*. Puede saltar el interrogante de las circunstancias por las cuales su vocación expresiva no tuvo presencia ni exteriorizaciones en el debate de opiniones políticas vertidas en el “Cabildo Abierto” del día 22 de Mayo de 1810 ¿Fue realmente ajeno a las doctrinas allí desarrolladas? ¿Tuvo un sesgo de indiferencia por el galimatías del “paso de *ballet*” entre la sustitución de *Fernando VII*, la instalación de la Suprema Junta Central de Sevilla y la fantasmagoría del llamado Consejo de Regencia y la convocatoria por el Consejo gaditano a las Cortes Generales con posterioridad? Creo que la respuesta no es disparatada si separamos los grandes *issues* de ese complejo momento de la vida española y sus inevitables secuelas en los territorios coloniales, por cuanto la controversia puntual sobre quién decidía la formación de un gobierno local (en el Río de la Plata) ante la acefalía regia era una cosa; siendo muy otra la perspectiva de auscultar un régimen propio y legítimo de ahí en más. *Castelli* se pronunció sobre la primera cuestión, con su brillante fundamentación de la tesis de la *retroversión* al pueblo de una legitimidad de la que ya carecía la Regencia, habida cuenta de que la potestad recibida por la Junta Central estaba evaporada y volatizada por considerársela una ficción a la vista de los hechos reales que se habían consumado y que, por traslación, habían consumido la credibilidad en cualquier traslación de supuestas legitimidades. Si la legitimidad es la creencia en una cierta legalidad (según *Max Weber*), pues entonces nada subsistía en esa materia. Basta recordar el principio general: *delegatus non potest delegare* (el delegado no puede subdelegar).

Se atribuye a *Mariano Moreno* la invocación argumental de la “ratihabición”. Es probable que por su formación universitaria haya bebido en las fuentes e inferido de los antecedentes romanos (Ulpiano y Digesto de Justiniano) un “principio general del derecho”, cuya enunciación aparece con varios enunciados en latín, como enseguida veremos. Antes, cabe señalar que la entrada en escena de *Moreno* en mayo de 1810 se percibió a partir de la fatídica jornada del día 24, cuando todo parecía perdido para los patriotas (se presentía un aciago porvenir de desgracias). Al decir de *Ricardo Rojas*, no entró en la conspiración hasta la víspera “...pero entró de lleno después, y se convirtió en su conductor” (véase la nota final del *Apéndice I*).

¿Qué es la *ratihabición*, supuestamente invocada por *Moreno*?:

*“*maleficio ratihabitione mandato compatitur*”, cuyo significado sería que la ratificación se equipara al mandato (confr. Diccionario Jurídico El Derecho, Madrid, 2009, p. 1147)

* También se conoce la expresión latina: “*ratihabitio mandato aequiparatur*”; como asimismo el enunciado “*ratihabitio expressa vel tacita, de jure est*”, que se traduce “expresa o tácita, la ratificación es de derecho”.

De ser cierta, no parece feliz esta invocación con alcances analógicos, pues no siempre las construcciones del derecho privado son aplicables a las instituciones regidas por el derecho público. Hay que guardar prudencia al respecto, pues —en principio— el mandato opera *a priori*, mientras que la ratificación funge *a posteriori*. El uso ha impuesto la aseveración (o la creencia) de que la ratificación se equipara al mandato (“Diccionario de Latín Jurídico”, de M. E. Barbería, Valletta, 2008).

En conclusión, puede haber sido una ingeniosa apelación de *Moreno* para refutar a algún contendiente en un fragoso debate o en las páginas de “La Gazeta”... En todo caso, fueron argumentaciones esgrimidas *ex cátedra* (en tono magistral y decisivo), ya que no constan su presencia ni su oratoria en el Cabildo Abierto.

Las inquietudes de *Moreno* se orientaban hacia un más allá: la *organización* del futuro régimen. Era un obsesionado por la *institucionalización*; y para ese objetivo, era insoslayable el planteo de la *creación de nuevas instituciones* del gobierno político a formarse. No podía ser más de lo mismo. Y eso es lo que expondría en las páginas de “La Gazeta”, pues si no fuera así ¿para qué había fundado ese órgano de expresión del ideario renovador que debía proceder convirtiendo en actos sustanciales el gran cambio de la titularidad de la soberanía? Ese era el segundo paso.

En cuanto al paso previo, a pesar de la escasa crónica documental de entonces —todavía no contábamos con taquígrafos— *Moreno* expuso al respecto, exhibiendo su sapiencia de jurisprudente, al valerse de la invocación de antiguas reglas latinas que le parecieron aplicables a la interpretación del “*minué*” de los godos peninsulares. Con igual talento en la aplicación del Derecho, también apeló a la figura del “estado de necesidad” —que venía desarrollándose desde Roma— para apoyar la justificación del acto *destituidor* del Virrey *Sobremonte*, como así también la búsqueda *relacional* con Inglaterra en procura de sostén para la causa independentista.

III. Con la perspectiva del tiempo, en una visión retrospectiva del agitado período histórico 1810-1811, podemos apreciar que ni *Moreno* era un jacobino “fundamentalista”, como que *Saavedra* tampoco fue un conservador del *statu quo* del régimen colonial. El abogado era un devoto del contractua-

lismo que abrevó en las fuentes doctrinarias europeas y se formó a través de las lecturas de su etapa universitaria en Chuquisaca, en tanto que el militar provenía del hoy territorio boliviano, siendo protagonista de la faz inicial como jefe “criollo” de las armas que tuvieron un rol decisivo y decisorio en el complicado tránsito del 22 al 25 de Mayo de 1810. La historia la hicieron los dos; ambos forjaron la impronta de la rotura y ruptura del caduco orden virreynal y abrieron paso a una auténtica revolución. Otra cosa fueron los alineamientos ulteriores, en que los demás participantes del proceso emancipador se fueron alineando en vertientes que convencionalmente han sido bautizadas como “morenistas” versus “saavedristas”. Y, por cierto, es tan misteriosa la desaparición de *Moreno* en una ruta de navegación cercana a la costa —que era asequible para un desembarco de emergencia— como es incomprensible e injusto el prolongado silenciamiento en torno a *Saavedra* durante el resto de esa misma década, convertido en un real ostracismo (véase: Juan *Rómulo Fernández*, “Saavedra. Biografía escrita por encargo de la Comisión Nacional de homenaje al prócer”, Buenos Aires, 1929; más recientemente: “Saavedra y el Movimiento de Mayo”, de *Héctor J. Tanzi*, en la Revista “Historia”, N° 123, 2011, p. 54 y ss.); como así también “El ostracismo de Saavedra”, *Carlos Gelly y Obes*, en Revista “Historia”, N° 18, Buenos Aires, 1960 y por cierto las “Memorias de Saavedra”, año 1829 —en que fallece—, en “Biblioteca de Mayo”, 1960, del Senado de la Nación).

Que la revolución de Mayo fue una verdadera revolución no pueden caber dudas. No se es revolucionario por episodios tumultuarios, tumultuosos o violentos, sino que se ingresa a la categoría de “revolución” a partir de la *irreversibilidad* de los efectos y cambios producidos. *Moreno* y *Saavedra* los produjeron, y acaso sin dimensionar en el momento la fuerza de la energía que pusieron en movimiento y cuyas consecuencias se convirtieron en la generación de un cambio político, social e institucional que fue y es la Nación Argentina.

Se suele visualizar a la revolución francesa con “la toma de la Bastilla”, cuando en rigor de análisis y comprobación, el despegue hacia la sustitución del “ancien régime” estuvo signado por “el Juramento de la Cancha de Pelota” y por la resonancia de la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” en Agosto de 1789. La segunda ganó trascendencia universal y hasta influyó por vía del embajador *Thomas Jefferson* en la inclusión en el texto constitucional de las “Diez primeras Enmiendas” en 1791, que a la sazón se había desempeñado como representante de los EE.UU. en París; mientras que el primero actuó como disparador del esquema estamental en las votaciones de los “Estados Generales”, al que puso fin la decisión del “Estado llano” de asumir la representación de la Nación en desmedro de

la sumatoria de los otros dos estamentos: la nobleza y el clero. Al votarse “por cabeza”, quedaba cumplida la reivindicación que estampara el Abate *Sieyès* en su alegato conocido como “¿Qué es el Tercer Estado?”: nada era y pretendía ser algo.

Poco importa verificar el dato acerca de si *Moreno* conocía o no los escritos del famoso abate: lo que sí tiene relevancia es la confirmación de un criterio de política arquitectónica que *Moreno* proponía llevar a cabo con el fin de constitucionalizar la Revolución de Mayo. Su plan organizacional así lo indica, por cuanto apuntaba al establecimiento de todo un régimen institucional basado en los moldes de lo que se ha dado en denominar una democracia constitucional (sic). Ese proyecto moreniano está plasmado en las páginas de “La Gazeta” de Buenos Aires en el último trimestre de 1810 y que se conoce con diversos títulos: “El Congreso que acaba de convocarse y la Constitución del Estado”, o “La misión del Congreso convocado en virtud de la resolución del 25 de Mayo”; pero que más allá de la cuestión terminológica, la importancia de su contenido se resalta cuando allí se afirma que “así, pues, revestida esta respetable asamblea de un poder a todas luces soberano, dejaría defectuosa su obra si se redujese a elegir gobernantes sin fijarles la Constitución y forma de gobierno”. (1) En mi opinión, cabe entender que la concepción contractualista de *Moreno* conducía muy fluidamente a la meta de una Constitución; lo que equivale a decir que para el pensamiento moreniano el abstracto “contrato social” se objetivaría con la sanción por el Congreso de una ley suprema de naturaleza constitucional.

La densidad de las páginas allí volcadas por *Moreno* es tal que lleva a pensar en un paralelismo con los artículos —también periodísticos— agrupados bajo el nombre de “El Federalista” (cuya autoría correspondían a *Hamilton*, *Madison* y *Jay*), aunque a diferencia de la prédica de los norteamericanos que instaban a la aprobación de la Constitución de Filadelfia -1787-, el criollo *Mariano Moreno* argumentaba en pro de la sanción de una Constitución definitiva, la que por los avatares de nuestra historia política recién se concretaría con el texto de 1853-1860. De las investigaciones de *Eduardo Dürnhöfer* se desprende que *Moreno* fue algo más que el traductor de la Constitución de Filadelfia, puesto que adaptaba el modelo republicano,

(1) Véase, LEVENE, Ricardo, “El pensamiento vivo de Mariano Moreno”, Losada, Buenos Aires, 1946. Tal como lo señala Dürnhöfer, Moreno proponía establecer una república “sobre el cimiento de la moderación y la virtud” (Confr., “Moreno y su primer proyecto de organización nacional”, Buenos Aires, 1973, publicado por el Instituto Moreniano).

representativo y federal de los Estados Unidos a las modalidades necesarias para su viabilidad en el ex Virreynato rioplatense. (2)

La lógica de la propuesta moreniana no necesita más acopio que la certera afirmación de su pluma en los albores de nuestra nacionalidad: “el pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien; él debe aspirar a que nunca puedan obrar mal; que sus pasiones tengan un dique más firme que el de su propia virtud, y que delineando el camino de sus operaciones *por reglas que no esté en sus manos trastornar*, se derive la bondad del gobierno, no de las personas que lo ejercen, sino *de una Constitución firme*, que obligue a los sucesores a ser igualmente buenos que los primeros” (en “La Gazeta”, 1º de noviembre de 1810).

En síntesis, no pueden caber dudas sobre las convicciones constitucionales de *Mariano Moreno*, a quien muy merecidamente se ha emblematicado como “el numen del pensamiento de Mayo” (*Alfredo L. Palacios dixit*); su creencia era la correcta, al afirmar que las autoridades “todas derivan en su primer origen de *los pueblos* el poder que sobre ellos ejercen, y *por una ley suprema*, que es la suma de todas las instituciones políticas, siendo manifiesto que no lo confirieron para que abusando de su ejercicio lo convirtiesen en destrucción del mismo, de quien lo han recibido” (“La Gazeta”).

Y a manera de trazar rasgos propios de la personalidad de *Moreno*, se pueden subrayar los siguientes lineamientos de sus ideas como también de sus ideales:

* Una adhesión a la teoría política del “contractualismo”, en sus tópicos generales; al propio tiempo que profesaba el “iusnaturalismo” en cuanto a los derechos naturales de la persona humana (véase su aversión a la esclavitud y todo tipo de sometimiento).

* Una simpatía manifiesta por la forma “republicana” de gobierno, que lo convirtió de hecho en un adelantado de la definición concreta de sus

(2) Véase la copiosa bibliografía aportada por Dürnhöfer, quien fuera presidente del Instituto Moreniano y un documentado investigador. Coincidió con Dürnhöfer y disiento con Arturo E. Sampay que atribuye esas fuentes al chileno Alexander Mackinnon. En todo caso podría entenderse que tanto Mackinnon como Moreno bebieron en las mismas fuentes, atribuyendo esa coincidencia a la casualidad o al alto interés que comenzaba a despertar la originalidad innovadora de la Constitución de los EE.UU.

contenidos: democracia representativa, rigurosa separación de los poderes, el “sagrado dogma de la igualdad ante la ley”, libertad de expresión sin cortapisas, control de los actos de gobierno, periodicidad de las funciones y la responsabilidad efectiva de los funcionarios y autoridades.

* Una visión premonitrice de la influencia que tendría más tarde el modelo ofrecido por la creatividad que aportaba la Constitución norteamericana, a ser tomada en cuenta para la instalación (adaptada) en nuestro medio, con la fórmula compuesta por el republicanismo, el federalismo, el presidencialismo y el judicialismo.

* No podía exigirse en 1810-1811 que *Moreno* se comprometiera partidariamente en la posterior lucha fratricida entre unitarios y federales, cuando todavía no se diferenciaba con claridad la forma de Estado en su versión “confederal” (*Artigas*), federalista (*Dorrego*) y mixta (*Alberdi*) como alternativas a la “consolidación en unidad de régimen” (*Rivadavia*).

* En sus creencias religiosas, *Moreno* y su familia fueron católicos practicantes (al traducir y publicar la obra de *Rousseau*, eliminó las referencias y capítulos adversos a la profesión de culto); estimando a la religión como “la base de las costumbres públicas” (sic).

* No encuentro constancias de lecturas del Abate *Sieyès*; no obstante lo cual explícita y brega por la jerarquía superior del “poder constituyente” diferenciado de los “poderes constituidos” y entendido aquél como la competencia de las competencias (a las que fija y delimita).

* De igual modo, depositaba su confianza en la “representación política” del pueblo —y de los pueblos— como forma e instrumento orgánico de participación, introduciendo el concepto de ciudadanía (véase: *Vanossi*, “El misterio de la Representación Política”, Pannedille, Buenos Aires, 1973; y “Estado de Derecho”, *Astrea*, 4º edición, Buenos Aires, 2008, p. 239 y ss.).

Para los *connaisseurs* de la historia constitucional y del método comparativo, es natural que un avezado letrado con actuación profesional y política en el área del virreynato rioplatense tomara muy en cuenta las orientaciones de la Constitución de los EE.UU. de 1787; por la sencilla razón de que a la fecha de la mayor actuación pública —en la función de Secretario de la Primera Junta y como redactor de “La Gazeta”— no existían a la vista y prueba mejores ejemplos a considerar con el objetivo de dotar de instituciones a la Revolución de Mayo. En 1810 existían pocos regímenes democráticos en funcionamiento. Inglaterra era admirada por *Moreno* en punto a la limitación de las prerrogativas de la Corona y el respeto a la separación de los

poderes (*Locke*); pero se trataba de una monarquía y parlamentaria. Francia estaba regida por un Emperador (*Bonaparte*). Alemania e Italia no existían aún como Estados nacionales (lo serían a partir de 1870). Turquía bajo el despotismo absolutista. Rusia se exhibía con el autoritarismo de los zares. Y de las monarquías nórdicas no se recibían mayores noticias.

¿Qué se podía tomar en calidad de modelo? Pues la joven república norteamericana, que para esa época ya contaba con el control de constitucionalidad de las leyes (caso *Marbury v. Madison*, 1803) y la “judicial review” para asegurar la sujeción de la Administración al principio de legalidad (claro está que provenían —como ex colonias británicas— del sagrado respeto al *rule of law* como ingrediente inseparable del régimen de “*common law*” aplicado por los magistrados judiciales sobre la base de los precedentes y con miras a las “previsibilidad” de sus decisiones.

En síntesis: *Moreno* veía claro que sólo teníamos acceso modélico a la notable creación pragmática e imaginativa de los constituyentes de Filadelfia, cuyas notas paradigmáticas respondían y correspondían a lo que requerían nuestras necesidades organizativas. En ningún momento se le ocurrió trasplantar la dictadura de *Robespierre* ni acoger con beneplácito la Constitución francesa de 1793, caricaturizada como “el evangelio según *Saint Just*”, por la autoría de la misma y que no rigió ni un solo día en esa convulsionada nación europea. *Moreno* pretendía un orden para la libertad. Después de su alejamiento, acaso los “morenianos” quisieron ser más “morenistas” que el propio *Moreno* (sic); y tal vez los “saavedristas” intentaron con la pueblada del 5 y 6 de Abril de 1811 —con *Grigera* y *Campana* a la cabeza— volcar una suerte de reacción “termidoriana”, aunque el elemento catalizador haya sido a la postre la Asamblea del Año XIII que estampó las bases republicanas que había preanunciado *Mariano Moreno*: la revolución era irreversible; hubo preclusión de instancia.

IV. Parece obvio destacar la rica formación cultural de *Mariano Moreno*, tanto en el campo del derecho como en el de la filosofía política. No tuvo la oportunidad que permitió a *Manuel Belgrano* informarse y formarse en Europa para observar en el viejo continente las transformaciones culturales e institucionales que se producían en el orden y las ideas económicas. Pero ello no impidió que el alumno de Chuquisaca estuviera al tanto de todo y leyera las obras capitales de pensadores clásicos y de los modernos; conformando con ello un denso capital intelectual que le suministró herramientas valiosas para alimentar su accionar político en la etapa nueva que sacudió a su Patria en la primera década del siglo XIX y hasta su muerte en 1811, con apenas treinta y dos años de vida. En ese tramo protagónico de su creativa vida marcó el sello distintivo entre un simple cambio de elen-

cos gobernantes y las convulsiones propias de una genuina Revolución: la Revolución de Mayo, que acaso sea la única revolución argentina si la medimos por el cartabón de los cambios producidos y el “no retorno” de los pilares coloniales.

El saber jurídico de *Moreno* ya era conocido en esos tiempos. Si bien la argumentación de *Castelli* en el Cabildo “abierto” del 22 de Mayo de 1810 resultó a la postre decisiva y decisoria al cabo de tres días sucesivos de incertidumbres y desesperados intentos continuistas, la tesis de la *retroversión de la soberanía* para su asunción por el pueblo criollo se impuso (*), sentando así los cimientos de un largo proceso en el que cobrarían vida y vigencia las dos caras de esa medalla: la soberanía interior entendida como ejercicio del *poder constituyente* y la expresión externa de la soberanía en cuanto a la adquisición de la *independencia nacional*. Y fue así que en la primera, *Moreno* tuvo a su cargo una contribución innegable, al poner el acento con todo su énfasis en la necesidad ineludible de consumar el hecho revolucionario de 1810 con la organización general por medio de una Constitución que tuviera la jerarquía de “ley suprema” y superior del Estado.

Moreno no llegó a ver la concreción de esa meta, como tampoco la pudo concretar la Asamblea General Constituyente de 1813; pero ambos —el prócer de Mayo y las asombrosas disposiciones de la Asamblea— marcaron los hitos de la *irreversibilidad* de nuestro ingreso en la era del constitucionalismo y de sus principios (sic).

Fueron necesarios cuarenta y tres años a partir de la gesta de Mayo para superar la anarquía, las puebladas, las asonadas, los fracasos constitucionales de 1819 y 1826, la guerra civil y la arcaica tiranía del que se proclamaba “el restaurador de las leyes”, entre otras peripecias y vicisitudes que obstruyeron nuestro ingreso al mundo. Al final, la Argentina se organizó, creció y asombró al concierto de las naciones más avanzadas. *Moreno* no llegó a verlo, ni siquiera pudo tener participación en las etapas liminares que precedieron a la declaración de la Independencia -1816-; pero su prédica eminentemente *institucionalista* se propagó más allá de su desaparición física. Un halo de suspicacia rodea al hecho de su muerte, en alta mar, a bordo de un navío que lo conducía a Londres para cumplir una misión que procuraba asegurar el apoyo al nuevo régimen patrio. Muchos interrogantes siguen en pie, pues no conforma la versión de una dolencia si es que ésta fue

(*) Ya en 1808 se conocía en Chuquisaca el conocido “silogismo” según el cual si la premisa mayor era la pertenencia personal de las Indias al Rey y la premisa menor consistía en que el monarca ya no gobernaba, pues entonces la conclusión debía traducirse en el gobierno local propio.

la verdadera causa, cuando era factible el desembarco en un puerto brasileño cercano para brindar a *Moreno* la atención médica necesaria, siendo curiosa la actitud reticente del capitán que se obstinaba en suministrar un medicamento elegido a su solo criterio. Nunca se sabrá la verdad. (3) Sí se sabe que además de ser un estadista y un gobernante animado de un fuego fundacional, también era un marido al que *Guadalupe Cuenca* le profesaba el intenso amor y la sincera admiración que testimonian las cartas que le escribió desde Buenos Aires después de su partida y que él nunca llegó a leer. A la desconsolada *Guadalupe* y al malogrado *Mariano* se les puede dedicar el título de la obra de *Eduardo Mallea: vivieron una intensa pasión argentina*. Fin de la historia; ¡se corre el telón! (4) Según su hermano *Manuel*, que estaba junto a él, *Moreno* expiró con sus últimas palabras: “viva la Patria aunque yo perezca”. Fue uno de los padres de la Patria. Honrémoslo, superando las antinomias del pasado.

Apéndice I

Fundamentos del Decreto de Supresión de Honores

6 de Diciembre de 1810 (“La Gazeta”, 08/XII/1810)

“En vano publicaría esta Junta principios liberales, que hagan apreciar a los pueblos el inestimable don de su libertad, si permitiese la continuación de aquellos prestigios, que por desgracia de la humanidad inventaron los

(3) Para una amplia ilustración, véase: DÜRNHÖFER, Eduardo, “Crimen de Estado. La eliminación de Mariano Moreno”, Academia Argentina de la Historia, Buenos Aires, 1993. No tiene desperdicio la lectura de “Cartas que nunca llegaron. María Guadalupe Cuenca y la muerte de Mariano Moreno” de Enrique Williams Alzaga, Buenos Aires, 1967.

(4) Esta recordación de Mariano Moreno ha sido elaborada en torno a su formulación del “poder constituyente” y de la noción de la Constitución como una “ley suprema”. Para esa época, tales formulaciones —anticipadas por el Abate Sieyès en Francia y por los autores de “El Federalismo” en los EE.UU.— tenían el carácter de una “doctrina”, cuyos principios debían llevarse a la práctica. Con el transcurso del tiempo y el auge de la era constitucional con carácter general en los siglos XIX y XX, la susodicha “doctrina” adquirió el rigor técnico de una “teoría”. Eso explica que al publicar la primera edición de nuestra obra “Teoría Constitucional” (Buenos Aires, 1975, Depalma), tituláramos el primer tomo con la expresión “Teoría Constituyente”, que hemos reiterado en la segunda edición (Buenos Aires, 2000). El profesor FAYT, Carlos S., en su clásica obra “Derecho Político”, t. I (Depalma 1985), afirma que: “Las doctrinas políticas en consecuencia: 1. son producto de la

tiranos, para sofocar los sentimientos de la naturaleza. Privada la multitud de luces necesarias, para dar su verdadero valor a todas las cosas; reducida por la condición de sus tareas a no extender sus meditaciones más allá de sus primeras necesidades; acostumbradas a ver los magistrados y jefes envueltos en un brillo, que deslumbra a los demás, y los separa de su intermediación; confunde los inciensos y homenajes con la autoridad de los que los disfrutaban; y jamás se detiene en buscar al jefe por los títulos que lo constituyen, sino por el voto y condecoraciones con que siempre lo ha visto distinguido. De aquél es, que el usurpador, en la veneración y respeto de un gentío inmenso, al paso que carga la execración de los filósofos, y las maldiciones de los buenos ciudadanos; y de aquél es, que a presencia de ese aparato exterior, precursor seguro de castigos y de todo género de violencias, tiemblan los hombres oprimidos, y se asustan de sí mismos, si alguna vez el exceso de opresión les había hecho pensar en secreto algún remedio.

¡Infelices pueblos los que viven reducidos a una condición tan humillante! Si el abatimiento de sus espíritus no sofocase todos los pensamientos no-

época en que se formulan, enraízan en la realidad de su tiempo; 2. según se sirvan de justificación al orden existente o proporcionen una configuración del futuro anticipado en el pensamiento, son conservadoras o revolucionarias”; para añadir después que “las doctrinas se oponen y se complementan entre sí. El nexo que las vincula es generalmente idéntico: racionalizar la conservación o la transformación de la organización política y del ordenamiento social; y las realizaciones políticas materializan parcial o totalmente las doctrinas”. La conclusión de Fayt es coincidente con la de Mario Justo López, en el sentido que “Los vocablos “teoría” y “doctrina” son ambiguos y a menudo se los emplea como antónimos. En rigor, teoría corresponde al conocimiento especulativo y la doctrina al conocimiento práctico. La primera trata de conocer la realidad tal cual es; la segunda, de influir sobre ella. La teoría trata de comprobar los hechos, clasificarlos y explicarlos. La doctrina en cambio, valora los hechos en función de una cosmovisión, de una ideología, de una motivación o de una finalidad, y el conocimiento se proyecta o trata de proyectarse sobre la acción” (ob. cit., pp. 32 y 33). En su “Introducción a los Estudios Políticos” (Kapelusz, 1969, t. I, Teoría Política) el académico M. J. López, arriba mencionado, abunda en la dinámica entre “teoría” y “doctrina”: “La primera es un modo de pensar destinado al conocimiento de la realidad política. Busca obtener un conocimiento comunicable, confortable y de validez general. La segunda es un modo de pensar destinado a la acción en la realidad política. Busca señalar la empresa a realizar. La realidad objeto de conocimiento es la misma, pero es distinta la actitud del sujeto. En un caso, se trata de comprobar los hechos, clasificarlos y explicarlos, para lo cual se recurre a hipótesis susceptibles de ser verificadas por la experiencia. Predomina la voluntad de conocer. En el otro,

bles y generosos, si el sufrimiento continuado de tantos males no hubiese extinguido hasta el deseo de libertarse de ellos, correrían a aquellos países felices, en que una constitución justa y liberal da únicamente a las virtudes el respeto, que los tiranos exigen para los trapos y galones; abandonarían sus hogares, se irían de sus domicilios, y dejando anegados a los déspotas en el fiero placer de haber assolado las provincias con sus opresiones, vivirían bajo el dulce dogma de la igualdad, que raras veces posee la tierra, porque raras veces lo merecen sus habitantes. ¿Qué comparación tiene un gran pueblo de esclavos, que con su sangre compra victorias, que aumentan el lujo, las carrozas, las escoltas de los que lo dominan, con una ciudad de hombres libres, en que el magistrado no se distingue de los demás, sino porque hace observar las leyes, y termina las diferencias de sus conciudadanos? Todas las clases del estado se acercan con confianza a los depositarios de la autoridad, porque en los actos sociales han alternado francamente con todos ellos; el pobre explica sus acciones sin timidez, porque ha conversado muchas veces familiarmente con el juez que le escucha; el magistrado no muestra ceño en

los hechos son juzgados y valorados y se los acepta o se los rechaza, en función de una *Weltanschauung*, de una ideología, de una motivación o de una finalidad, y el conocimiento se proyecta o trata de proyectarse sobre la acción y se convierte así en parte de a propia realidad política (tras la imagen de una realidad política pensada, se proyecta la empresa a realizar). Predomina la voluntad de querer y poder. En tal sentido, cabe afirmar que la teoría política es conocimiento de la realidad política que no se confunde con ella y, en cambio, la doctrina política queda involucrada en la realidad política misma” (ob. cit., p. 111). En FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía Abreviado” (Sudamericana, Buenos Aires, 1986) el autor anota: *Teoría*: El significado primario del vocablo “teoría” es contemplación. De ahí que se pueda definir la teoría como una visión inteligible o una contemplación racional. En la actualidad el término “teoría” no equivale exactamente al de “contemplación”, pues designa una construcción intelectual que aparece como resultado del trabajo filosófico o científico. Los filósofos de la ciencia especialmente han introducido interpretaciones muy diversas acerca de la naturaleza de las teorías científicas. Para unos la teoría es una descripción de la realidad (descripción de percepciones o descripción de los datos de los sentidos). Para otros la teoría es una verdadera explicación (v.) de los hechos. Otros finalmente sólo la identifican con un simbolismo útil y cómodo. Muchos autores han manifestado que el análisis de la naturaleza de la teoría plantea problemas epistemológicos, pero que se los puede soslayar sin excesivo daño para el análisis que debe limitarse a describir la estructura de la teoría. Una definición reciente unifica diversos conceptos habitualmente separados y aun contrapuestos: “Una teoría científica es un sistema deductivo en el cual ciertas consecuencias observables se siguen de la conjunción entre hechos observados y la serie de las hipótesis fundamentales del sistema” (ob. cit. pp. 405 y 406). Por último, una vez más acudiremos a la documentada obra de Mario Justo López, citada *ut supra*, para remarcar la manida

el tribunal a hombres que después podrían despreciarlo en la tertulia; y sin embargo no mengua el respeto de la magistratura, porque sus decisiones son dictadas por la ley, sostenidas por la constitución, y ejecutadas por la inflexible firmeza de hombres justos e incorruptibles.

Se avergonzaría la Junta, y se consideraría acreedora a la indignación de este generoso pueblo, si desde los primeros momentos de su instalación, hubiese desmentido una sola vez los sublimes principios, que ha proclamado. Es verdad que consecuente al acta de su erección decretó al Presidente en orden de 28 de mayo los mismos honores, que antes se habían dispensado a los virreyes; pero esto fue un sacrificio transitorio de sus propios sentimientos, que consagró al bien general de este pueblo. La costumbre de ver a los virreyes rodeados de escoltas y condecoraciones habría hecho desmerecer el concepto de la nueva autoridad, si se presentaba desnuda de los mismos reales; quedaba entre nosotros el virrey depuesto; quedaba una audiencia formada por los principios de divinización de los déspotas; y el vulgo que sólo se conduce por lo que ve, se resentiría de que sus representantes no gozasen el aparato exterior, de que habían disfrutado los tiranos, y se apoderaría de su espíritu la perjudicial impresión de que los

diferenciación entre “teoría” y “doctrina”, con las consabidas dificultades que dicha cuestión acarrea: “La distinción entre “doctrina” y la “teoría”, con respecto a la política, ha sido puesta de manifiesto por Prélot, quien toma la distinción conceptual del economista Gaétan Pirou, y señala que éste la precisó en la Introduction a su gran “Traité d’économie politique”, retomándola de una obra anterior publicada en 1929 bajo el título de “Doctrine sociale et science économique”. Prélot distingue claramente los dos conceptos, pero formula la siguiente advertencia: “...Muy frecuentemente, lo que se presenta como teoría es en realidad doctrina. El autor de una doctrina la disimula bajo el velo científico; inversamente, las doctrinas dan lugar a teorías. En la mayor parte de las obras el vínculo entre la doctrina y la teoría no podría ser cortado. A lo sumo, en caso de que se lo lograra, se empobrecería considerablemente su estudio. Hasta se correría el riesgo de desfigurar completamente el sentido. La mayoría de los escritores son a la vez doctrinarios y teóricos. Si sólo se los considera como teóricos, se presenta una imagen parcial de su pensamiento. Las grandes obras deben estudiarse, pues, en toda su amplitud y densidad, aprehendiendo su economía interna del modo en que fue concebida por el autor.” (PRÉLOT, Marcel, “La ciencia política” (título original francés: “La science politique”), Eudeba, Buenos Aires, 1964, pp. 62-64). El mismo autor expuso claramente la distinción entre “doctrina política” y “teoría política” en su obra “Histoire des idées politiques”, Dalloz, París, 1961, p. 3. En la misma obra expone la noción de “sistema doctrinal”, hecho de tesis articuladas entre ellas y vinculadas a un principio y que comportan un proyecto intelectual de organización política, que forma igualmente un todo ligado y coordinado. (Ob. cit., p. 6)” (cit. de ob. cit., pp. 142 y 143, de López).

jefes populares no revestían el elevado carácter, de los que venían de España. Esta consideración precisó a la Junta a decretar honores al Presidente, presentando al pueblo la misma pompa del antiguo simulacro, hasta que repetidas lecciones lo dispusiesen a recibir sin riesgo de equivocarse el precioso presente de su libertad. Se mortificó bastante la moderación del Presidente con aquella disposición, pero fue preciso ceder a la necesidad, y la Junta ejecutó un arbitrio político que exigían las circunstancias, salvando al mismo tiempo la pureza de sus intenciones con la declaratoria de que los demás Vocales no gozasen honores, tratamiento, ni otra clase de distinciones.

Un remedio tan peligroso a los derechos del pueblo, y tan contrario a las intenciones de la Junta, no ha debido durar, sino el tiempo muy preciso para conseguir los justos fines, que se propusieron. Su continuación sería sumamente arriesgada, pues los hombres sencillos creerían ver un virrey en la carroza escoltada, que siempre usaron aquellos jefes; y los malignos nos imputarían miras ambiciosas, que jamás han abrigado nuestros corazones. Tampoco podrían fructificar los principios liberales, que con tanta sinceridad comunicamos; pues el común de los hombres tiene en los ojos la principal guía de su razón y no comprenderían la igualdad, que les anunciamos, mientras nos viesan rodeados de la misma pompa y aparato con que los antiguos déspotas esclavizaron a sus súbditos.

La libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos, a que canten himnos a la libertad; y este cántico maquinal es muy compatible con las cadenas, y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad. ¿Si me considero igual a mis conciudadanos, por qué me he de presentar de un modo, que les enseñe, que son menos que yo? Mi superioridad sólo existe en el acto de ejercer la magistratura, que se me ha confiado; en las demás funciones de la sociedad soy un ciudadano, sin derecho a otras consideraciones, que las que merezca por mis virtudes.

No son estos vanos temores, de que un gobierno moderado pueda alguna vez prescindir. Por desgracia de la sociedad existen en todas partes hombres venales y bajos, que no teniendo otros recursos para su fortuna que los de la vil adulación, tientan de mil modos a los que mandan, lisonjean todas sus pasiones, y tratan de comprar su favor a costa de los derechos y prerrogativas de los demás. Los hombres de bien no siempre están dispuestos ni en ocasión de sostener una batalla en cada tentativa de los bribones; y así se enfría gradualmente el espíritu público, y se pierde el horror a la tiranía. Permítasenos el justo desahogo de decir a la faz del mundo que nuestros

conciudadanos han depositado provisoriamente su autoridad en nueve hombres, a quienes jamás trastornará la lisonja, y que miran por lo más sagrado, que se venera sobre la tierra, no haber dado entrada en sus corazones a un solo pensamiento de ambición o tiranía: pero ya hemos dicho otra vez, que el pueblo no debe contentarse con que seamos justos, sino que debe tratar de que lo seamos forzosamente. Mañana se celebra el congreso y se acaba nuestra representación; es, pues, un deber nuestro, disipar de tal modo las preocupaciones favorables a la tiranía, que si por desgracia nos sucediesen hombres de sentimientos menos puros que los nuestros, no encuentren en las costumbres de los pueblos el menor apoyo para burlarse de sus derechos. En esta virtud ha acordado la Junta el siguiente reglamento, en cuya puntual e invariable observancia empeña su palabra, y el ejercicio de todo su poder” (confr., *Mariano Moreno*, “Doctrina Democrática”, Biblioteca Argentina —director *Ricardo Rojas*—, Buenos Aires, Librería La Facultad, Juan Roldán, 1915).

Apéndice II

Vanossi, J. R. “Obra Legislativa”, t. I, 1983 - 1986

Disponer el traslado de la estatua del doctor Mariano Moreno desde plaza Lorea a Plaza de Mayo.

Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados, etc.

Artículo 1º El Poder Ejecutivo dispondrá el traslado de la estatua del doctor *Mariano Moreno* existente en la plaza Lorea, a la Plaza de Mayo, debiendo ubicarse frente al Cabildo y mirando hacia este edificio.

Artículo 2º Los gastos que origine el cumplimiento de la presente ley se imputarán a “Rentas generales”.

Artículo 3º Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Jorge R. Vanossi

Fundamentos

Señor presidente:

El presente proyecto vuelve a poner en vigencia lo dispuesto por la Ley 16.605 que fuera derogada por Ley de facto 17.316.

La norma legal *de jure* disponía el traslado de la estatua del prócer de la Revolución de Mayo e inspirador de la Primera Junta de Gobierno, a la Plaza de Mayo, frente al Cabildo de Buenos Aires.

La ley fue sancionada por la casi unanimidad de los legisladores, entre quienes se encontraban los doctores *Raúl Alfonsín*, *Antonio Tróccoli*, *Américo Ghioldi*, etcétera.

Entre los motivos (en verdad pretextos) que esgrimió el gobierno de facto de entonces para derogar una ley sancionada por la casi unanimidad de los legisladores (en la Cámara baja tuvo 79 votos favorables de los 98 diputados presentes) figura el de que tal traslado podía sentar un precedente en cuya virtud se incorporasen otros próceres igualmente ilustres, en desmedro del conjunto arquitectónico de la Plaza de Mayo (ver fundamentos del decreto Ley 17.316).

A tal respecto no está de más puntualizar que en el extremo opuesto de la plaza y frente a la Casa de Gobierno, se encuentra desde hace más de cien años, con el beneplácito tanto del pueblo como de los sucesivos gobernantes, la bella estatua de *Manuel Belgrano* —inaugurada con un célebre discurso de *Sarmiento*—, otro prócer de Mayo cuya vinculación con *Moreno* hizo decir a *Mitre*: “*Belgrano era el yunque de la Junta, Moreno el martillo, entre los dos forjaban la espada de la Revolución*” (*Bartolomé Mitre*, “Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina”, Ata edición, t. I, p. 348, año 1887).

También es bueno señalar que la ley disponiendo el traslado de la estatua frente al Cabildo contó con la aprobación de los legisladores de todos los partidos políticos que estaban representados en ese entonces en el Parlamento.

PERSONA Y MERCADO

POR JOSÉ W. TOBÍAS (*)

1.- Las palabras del título sugieren dos reflexiones iniciales: una, que ambas “*son densamente emotivas: se aferran a nuestras elecciones más profundas, exigen de cada uno de nosotros una toma de posición*” (1); la otra se relaciona con la temática del mercado: circunscripta en un tiempo al análisis casi exclusivo de los estudiosos del derecho comercial, es hoy también reclamada como contenido del derecho civil (2).

La sensibilidad que provocan ambos términos resulta no sólo de la tradicional contraposición entre *jus* naturalismo y positivismo jurídico, sino de la radical mutación del sistema de valores de los ordenamientos jurídicos Estatales a partir de la segunda mitad del Siglo pasado. Desde una concepción “patrimonialística” – propia de las codificaciones del Siglo XIX – el centro de gravedad se traslada desde la propiedad y la empresa a la persona, sus valores extrapatrimoniales, su dignidad, su significado existencial y por consiguiente jurídico; contemporáneamente con esos procesos internos, se desarrolla un cambio de alcances universales de igual tendencia que se concreta en numerosos Tratados y Convenciones internacionales. Se explica, de ese modo, la preocupación por la manera en que el funcionamiento y las reglas del mercado inciden sobre la persona y sobre sus intereses y derechos más relevantes.

La restante reflexión se relaciona –al menos en buena medida– con la importancia que el mercado ha adquirido en razón de sus alcances

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 13 de octubre de 2011.

(1) IRTI, N., *Persona e mercato*, Riv. Dir. Civ. 1995, p. 285.

(2) FERRI, G., *La cultura del contratto e le strutture del mercato*, Riv. Dir. Com. e Dir. Generale delle Obligazione, 1997, p 843 y s.

transnacionales hasta adquirir dimensiones planetarias con el fenómeno de la globalización. Otra vez, el impacto que provoca la extensión de la actividad que en él se desarrolla sobre la persona, su dignidad y sus derechos, suscita la atención de los civilistas y la consiguiente pretensión que la esfera de su competencia comprenda el fenómeno de la empresa, la concurrencia, el mercado y la actividad económica del Estado (cuestiones éstas que, como se dijo, eran en un tiempo de interés exclusivo del derecho comercial) (3).

Lo cierto es que la tensión entre persona y mercado suscita visiones contradictorias. Mientras para algunos la autonomía privada adquiere su plenitud en el funcionamiento de las reglas del mercado, en donde el sujeto a través de la libertad contractual logra el desarrollo de su personalidad individual, para otros, la persona – envuelta en la desproporción de los participantes del mercado – ve disuelta su capacidad de negociación, reducida a un sueño o utopía su capacidad de negociación y, por ende, su libertad (4).

Las citadas divergencias, en cierta manera, se sustentan en bases que bien podrían calificarse de ideológicas y que suponen una distinta visión de la economía de mercado o la fuerza de mercado (5). Exaltado por unos como la “nueva divinidad” y admirable mecanismo de selección de los mejores y más capaces, fuente de bienestar colectivo y de premio para los más audaces, el mercado es execrado por otros que lo conciben como un “convidado de piedra”, impiadoso, perverso, favorable a los abusos y las prácticas predatorias.

Lo seguro es que ambas palabras – persona y mercado – densas de carga semántica, exigen de cada uno una fuerte toma de posición y elección en

(3) La cuestión se inserta dentro de un fenómeno más amplio conocido como de la “comercialización” del derecho civil o, también, de la privatización del derecho comercial. Lo cierto es que en una sociedad altamente industrializada, la “unidad” o “sobreposición” de ambas ramas del derecho privado aparece como una realidad que se impone (FERRI, G., *La “cultura” del contratto e le strutture del mercato*, Riv. Dir. Com. e del Diritto generale delle obbligazione, 1997, p. 847.

(4) DE LORENZO, M., *El péndulo de la autonomía de la voluntad en Derecho Privado. Homenaje al Profesor Alberto J. Bueres*, Ed. Hammurabi, p. 450 y s. y sus citas en notas 28, 29, 30 y 31.

(5) ALEGRIA, H., *Humanismo y derecho de los negocios*, en *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2ª época, año XLIX, nº 42, 2004, p. 43. Este autor acota: “*quienes cuestionan la expansión que a veces estiman excesiva e irrestricta. del mercado recurren especialmente a razones humanísticas*”.

momento de importantes transformaciones (6). Resulta de interés, por lo tanto, acercarse a la actualidad de ambas nociones para luego evaluar su heterogeneidad o acercamiento. Al cabo, probablemente se coincida en que la exigencia del correcto y eficiente funcionamiento del mercado se corresponde con la necesidad del reconocimiento de facultades para el pleno desarrollo de la persona humana: “*Corrección del mercado y desarrollo de la personalidad: el orden constitucional está llamado a asegurarlos como términos funcionalmente coligados*” (7).

2.- LA PERSONA: SU PRIMACIA EN LAS NORMAS CONSTITUCIONALES *

(* Se reitera en lo sustancial consideraciones que expusiera en el capítulo a mi cargo: *Persona, Derechos Personalísimos y Derechos del Consumidor* de la obra *Ley de Defensa del Consumidor*, Dir. S. Picasso – R. Vazquez Ferreira, t. 3, La Ley).

a) Los Códigos Civiles del Siglo XIX . Se ha destacado en ocasiones que el Código Civil francés de 1804 recogió de la Revolución las ideas individualistas (sentido absoluto del derecho de propiedad, autonomía de la voluntad e igualdad de las partes en el contrato) y la preocupación por la tutela de la libertad individual contra un posible retorno del feudalismo (8). La propiedad privada (entendida en un sentido prevalentemente estático) era el instituto central y sobre esa base se elaboraba el derecho de los contratos, la responsabilidad civil, las obligaciones, las sucesiones y, también, la noción misma de derecho subjetivo (9).

Esa concepción predominantemente “patrimonialística” se trasladó a los Códigos decimonónicos de los que el francés fue antecedente relevante y, entre ellos, al nuestro (10). Es perceptible advertir que en esos

(6) VETTORI, G., *Persona e mercato. Lezioni* a cura de G. Vettori, Cedam, Pre-mese.

(7) BENEDETTI, G., *Apuntni e osservazioni sul seminario en Persona e mercato*, a cura de G. Vettori, p. 140 y s

(8) LACRUZ BERDEJO, J.L., *Parte General del Derecho Civil*, J.M. Bosch Editor S.A. 1988, vol. I, Introducción, p. 68

(9) BESSONE, M., FERRANDO, G., *Persona física (Dir. Priv.)*, en Enciclopedia del Diritto, Giufre, vol. VI, p. 214.

(10) El texto original del art. 2513 (modificado según ley 17.711) prescribía que el propietario podía (refiriéndose a la cosa) “*desnaturalizarla., degradarla o des-*

códigos los derechos de la persona carentes de contenido patrimonial tenían una disciplina por demás escasa y una tutela por demás débil. La persona era contemplada y regulada como sujeto de una relación jurídica patrimonial más que por sí misma y sus “*valores, sus bienes y atributos como tal persona pasan por completo desapercibidos y abandonados al campo de las declaraciones constitucionales sonoras y espectaculares*” (11). Probablemente pueda citarse la excepción del Código Civil austriaco de 1811 – casi contemporáneo del francés – que influenciado por las ideas de la Escuela del derecho natural y preservándose de las de la Revolución Francesa (12), atribuye a las personas un complejo de derechos fundamentales e inviolables que aunque no nominalmente indicados, contienen la exigencia de la tutela de la personalidad (13).

Desde esa perspectiva “patrimonialística” la tutela de valores esenciales de la persona (la vida, la integridad física, el honor) se estructura en el derecho privado en base al “modelo propietario”: como en cualquier derecho patrimonial, los límites de la garantía de esos derechos están señalados por la autonomía privada – y por ende por su disponibilidad

truirlo” sin concebir restricciones preventivas como se anuncia al final de la nota al artículo. Puede sin embargo mencionarse la opinión de Vélez al comienzo de la nota al art. 2312 “*Hay derechos y los más importantes que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo al que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos puede dar lugar a una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando pero en la acción. nada hay de personal; es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien in iure*”. CIFUENTES, S., *Derechos personalísimos*, 3ª ed., Astrea, p. 85 y ss. encuentra la fuente de este pensamiento en la “*Consolidación*” de Freitas: ambos juristas habrían aceptado la existencia de los derechos personalísimos aunque considerando – influenciados por la corriente de opinión de su época – que eran extraños a la ley civil.

(11) DIEZ PICAZO, L. – GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, 7ª ed., p. 53.

(12) DIEZ PICAZO, L. – GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 51.

(13) MAYO, J., *La tutela de los derechos personalísimos a través de la sanción del enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito*, en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, año 2, Nº 8, p. 215, ZENO ZENCOVICH, V., *I diritti della personalita* en *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Vol. I, Le fonti e i soggetti, Giuffrè, p. 498.

a través del consentimiento – y por la tutela resarcitoria en el caso de su violación (14).

Con el inicio del Siglo XX, el Código Civil alemán incorpora aspectos típicos de la tutela de la personalidad: a la vida, al cuerpo y a la salud se agrega la libertad (art. 823). Empero, la tutela es acordada en una perspectiva patrimonial: la acción de resarcimiento es concedida por un acto lesivo del cuerpo, de la salud o de la libertad (art. 847) con lo que la violación de un bien extrapatrimonial da lugar a una sanción de naturaleza patrimonial (perteneciente al campo del haber y no del ser) (15). Al Código Civil suizo de 1912 se le atribuye el mérito de haber dedicado algunos artículos dedicados a la protección de la persona (arts. 27 a 30) y el de haber iniciado, de ese modo, el proceso de tipificación de los derechos personalísimos (16).

Una nueva característica es señalable de las codificaciones del Siglo XIX y principios del Siglo XX: ellas eran el pilar fundamental de los ordenamientos estatales. Eran Códigos Civiles pero también Constituciones (en el sentido actual del término); el punto de arranque del sistema no era la Constitución sino el Código Civil. Se ha dicho que las Constituciones pertenecían al mundo de la política y no del derecho; ellas contenían la organización de los poderes del Estado y un programa político destinado a ser desarrollado por las leyes (17). Ningún papel cumplían como normas jurídicas pues ese rol le incumbía a los Códigos Civiles (18).

(14) BESSONE, M., FERRANDO, G., *Persona física (Dir. Priv.)*, en Enciclopedia del Diritto, vol. VI, p. 198.

(15) PERLINGIERI, P., *La personalita umana nell' ordinamento giuridico*, Jovene Editore, p. 42.

(16) PERLINGIERI, P., *La personalita umana nell' ordinamento giuridico*, p. 43.

(17) RIVERA, J., *El Derecho Privado patrimonial*, en Rev. Der. Priv. y Com. nº 7, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 28.

(18) Señala PIZZORUSSO, A., que en la doctrina italiana se encuentra ya superada la opinión según la cual las normas constitucionales eran consideradas como simples programas de acción política destinada a ser desarrollada por las leyes y que en el panorama jurídico moderno no se duda ya que la Constitución es una fuente de derecho y la fuente suprema del ordenamiento jurídico del Estado (*Fonti del Diritto*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, p. 380 y s., cit. por Arce y Flores-Valdés, J., *El derecho civil constitucional*, Ed. Civitas, p. 26. En

La indicada característica, a propósito contrasta con uno de los aportes centrales del Constitucionalismo norteamericano, que fue reconocer a la Constitución la eficacia de una norma jurídica de la que pueden emanar derechos directamente operativos. El criterio – junto con el de que sus disposiciones tienen jerarquía superior a las restantes normas – ha sido desde el inicio una constante en la doctrina y jurisprudencia nacional.

b) Las Reformas Constitucionales Europeas de la segunda mitad del Siglo XX: características. En la segunda mitad del Siglo XX se suceden en Europa procesos de reforma Constitucionales que comportan un drástico cambio de valores y principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos estatales en que se desarrolla.

Bajo la indudable influencia de los millones de muertos en la Segunda Guerra Mundial – comprensivo de las poblaciones civiles – y las atrocidades de los regímenes autoritarios (nazismo, fascismo, stalinismo) (19) acaecen los indicados procesos de reformas: la Constitución italiana de 1948, la francesa de 1958, la española de 1978 y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (20).

Una de las particularidades más relevantes de ese proceso, como se dijo, es el nuevo sistema de valores y principios fundamentales que consagran

esa línea de ideas, se señala que en el derecho español, antes de la Constitución de 1978, el carácter constituyente lo tenía el Código Civil; la Constitución formal anterior era un programa de acción política y de organización de los poderes del Estado, siendo que el Código Civil cumplía el rol de la Constitución jurídica (Vigo, R., *Interpretación Constitucional*, p. 51, cit. por Rivera, J., *El derecho privado constitucional*, p. 28, nota 2). También, durante largo tiempo en Francia (CHEROT, J.I., *Les rapports du droit constitutionnel. Response a Christian Atias*, Rev. Francaise de Droit Constitutionnel n° 7, p. 441, cit. por Rivera, J., *El Derecho Privado constitucional*, p. 37 y s.

(19) Afirma PAVIA, M.L., *Le découverte de la dignité de la personne humaine* en *La dignité de la personne humaine*, sous la direction de Marie-Luce Pavia et Thierry Revet, *Económica*, p. 6 aludiendo a la génesis del concepto de dignidad humana, que en el cuadro de la Segunda Guerra Mundial se asistió a un terrible descubrimiento: un régimen inhumano buscando destruir lo que había de humano en el hombre. “Frente a esa barbarie inigualable el derecho estaba inerte. Se hizo necesario elaborar una nueva categoría jurídica y buscar que aquello no se produjera más”

(20) Se ha dicho que las constituciones podrían llamarse del “*dopo Auschwitz*” (NICOLUSI, A., *Lo sbiluppo della persona humana como valore costituzionale e il cosiddetto bio diritto* en Rev. Europa e Diritto Privato, 1-2009, p. 2.

las nuevas Constituciones: la primacía de la persona humana y de sus intereses y derechos extrapatrimoniales. La concepción patrimonialística – en que el derecho de propiedad es el eje central – muta a un sistema de valores en que la propiedad y la libertad de empresa ya no son sólo considerados como valores intrínsecos, sino como destinados a coexistir con otros valores existenciales de la persona, que se colocan en un primer plano (21). Es lo que dos autores califican algo equívocamente como el tránsito de la “*tesis de la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona*” (22) (y otros, el de la “despatrimonialización” del Derecho Civil (23).

Concomitantemente con ese proceso de transformación de valores y principios, se asiste a un cambio de opinión de singular importancia: el reconocimiento que las Constituciones son verdaderas normas jurídicas. Como afirma un autor, “*en el pensamiento jurídico moderno no se duda ya que la Constitución es una fuente de derecho y precisamente la fuente suprema del ordenamiento jurídico del Estado*” (24). Y, más aún, no sólo

(21) Las Constituciones proclaman: la decisión de proteger a sus pueblos en el ejercicio de los derechos humanos (Preámbulo de la C. española); su adhesión a los “*derechos humanos ... tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789 y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946*” (Preámbulo C. francesa); reconocen y garantizan los derechos inviolables e inalienables del hombre (art. 1.2 Ley Fundamental de la República Federal alemana) “*... sea como individuo, sea como miembro de la formación social en que desarrolla su personalidad*” (art. 2 C. italiana); se afirma solemnemente que la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades, su respeto y protección (art. 1.1 C. alemana); que todos los ciudadanos gozan de la misma dignidad social y son iguales ante la ley (art. 3 C. italiana); se consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 C. alemana) y se enuncian y consagran derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, a la libertad de conciencia, de profesión religiosa, de libre ejercicio del culto, de asociación, de expresión, de igualdad, etc. (arts. 13 a 28 C. italiana; arts. 1 a 19 C. alemana; arts. 15 a 29 C. española).

(22) GOLDENBERG, I. - LOPEZ CABANA, R., *De la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona*, en GOLDENBERG, I., *Indemnización por daños y perjuicios*, Ed. Hammurabi, p. 389 y ss.

(23) ARCE Y FLORES-VALDEZ, J., *El Derecho Civil constitucional*, p. 54; DONISI, C., *Verso la despatrimonizzazione del Diritto privato*, en *Rass Dir Civ* 1980, p. 644 y ss.

(24) PIZZORUSSO, A., *Fonti del Diritto*, en *Commentario del Codice Civile* a cura de SCIALOJA, A.-BRANCA, G., Roma 1977, p.380 y s.

es norma jurídica, sino norma cualitativamente distinta y superior a las demás del ordenamiento: ella incorpora un sistema de valores esenciales que ha de servir de criterio basal y de criterio informativo e interpretativo de todo el ordenamiento jurídico (25). Junto con la sanción de las nuevas Constituciones, por lo tanto se consolida la opinión de que se trata de normas jurídicas de jerarquía superior al resto de las normas jurídicas (26). Queda atrás en el derecho europeo la consideración que las Constituciones se limitaban a la organización de los poderes del Estado y a declaraciones que debían ser implementadas por las leyes.

c) La internalización y supranacionalización de la legislación. Simultáneamente con el mencionado proceso – y en la misma dirección de la primacía de la persona, su dignidad y sus valores extrapatrimoniales – se desarrolla lo que se ha denominado “supranacionalización de los derechos fundamentales”. Se sucede la celebración de Tratados y Pactos entre Estados de la comunidad de naciones, proclamando la existencia de derechos fundamentales, adquiriendo el compromiso de respetarlos, de adecuar su legislación interna a sus principios y de someterse a una jurisdicción supra nacional (27).

Se ha observado que el contenido de esos Tratados no tiene su causa en deducciones abstractas o en una enunciación de catálogos de derechos naturales, sino que es respuesta a exigencias vitales de la humanidad. Además de razones filosóficas o metafísicas, es el reclamo resultante de las trágicas experiencias de la Segunda Guerra Mundial y de los regímenes

(25) ARCE Y FLORES-VALDES, J., *El Derecho Civil constitucional*, p. 27.

(26) En España LACRUZ BERDEJO, J., *Parte General del Derecho Civil*, vol. I, Introducción, p. 154 y s.; ARCE Y FLORES-VALDES, J., *El Derecho Civil constitucional*, p. 21 y ss.; DIEZ PICAZO, L – GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, p. 116 y 122 y s.; LASARTE, C., *Parte General de Derecho de las Personas*, Marcial Pons, 13ª ed., p. 48; PUIG FERRIOL, LL y otros, *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, p. 22 y s. En el Derecho alemán, LARENZ, K., *Derecho Civil. Parte General*, Ed. REV. de Derecho Privado, p. 96 y ss.; en Francia, MAZEAUD, H. y L – MAZEAUD, J., - CHAVAS, F., *Lecons de Droit Civile*, tome 1, 11ª ed. par F. Chavas, Montchrestien, p. 125 y s.; GHESTIN, J. – GOUBEAUX, G., avec le concours de M. Fabre – Magnan *Traite de Droit Civile. Introduction generale*, 4ª ed., LGDJ, p. 211 y s,

(27) La Convención Europea de Derechos Humanos crea la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. 52 a 69) con sede en San José de Costa Rica.

autoritarios (28). Ello patentiza la necesidad de proteger la persona y sus derechos fundamentales a través de “normas jurídicas”, sea por vía de incorporación del contenido de los tratados a las Constituciones o a la legislación interna o por el deber de respetar su contenido sometiéndose a una jurisdicción supra nacional. La indicada tutela no se circunscribe a los comportamientos Estatales, sino que abarca la de cualquier persona – de carácter público o privado – que pretenda afectarlos o desconocerlos.

d) El Derecho Constitucional argentino. Ciertamente, nuestro país no ha sido ajeno a la indicada evolución. El carácter marcadamente “personalista” de la Constitución de 1853 (29) se corrobora y acentúa con la Reforma de 1994: sea por la vía indirecta de atribuir rango constitucional a un conjunto de tratados, pactos y convenciones internacionales (art. 75, inc. 22), sea por una vía directa, como la del art. 42.

e) Persona humana y *dignitas*. La dignidad como principio constitucional. Son relevantes las consecuencias de los procesos que se consideran. La mutación del sistema de principios y valores del ordenamiento en su cúspide y la consiguiente primacía de la persona y sus intereses más cercanos al núcleo de la personalidad, constituyen – junto con otros principios constitucionales (el sistema republicano de gobierno, la forma de vida democrática, la igualdad sustancial ante la ley) – los pilares centrales del plan político del Estado, constituyéndose en principios informadores de todo el ordenamiento jurídico y, desde luego, del derecho privado.

En lo que acá interesa, se ha de concluir en la existencia de nuevos órdenes jurídicos – entre ellos el nuestro – que reconocen en la persona humana una cualidad que la distingue del resto de los seres vivos: se es persona por detentar un sentido ético, con un valor en sí mismo que es

(28) PERLINGIERI, P., *La personalita umana nell' ordinamento giuridico*, p. 57. La consideración que la degradación de un hombre o una colectividad en razón de la raza, la nacionalidad, la religión o las opiniones por una discriminación que afecte el principio de la diversidad que pertenece a la esencia del universo humano, lleva a desarrollar el concepto de la “*dignidad de la persona humana*” para designar lo humano que hay en el hombre (PAVIA, M.L., *Le découverte de la dignité de la personne humaine* en *La dignité de la personne humaine*, sous la direction de Marie-Luce Pavia et Thierry Revet, p. 7).

(29) ALEGRIA, H., *Humanismo y derecho de los negocios*, Anales, 2ª época, nº 42, 2004, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 29; VANOSSI, J., *La enseñanza del Derecho Constitucional*, Anales, 2ª época, nº 37, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 276.

preexistente a las leyes positivas y que contiene una particular dignidad. Así considerada, ésta no se presenta como un derecho (30) sino como una calidad “inherente” o “intrínseca” al hombre, cuyo reconocimiento exige la igualdad entre todos los hombres a través de un igual reconocimiento de derechos fundamentales inalienables (31). La “*dignitas*”, de ese modo, es el fundamento último de los derechos fundamentales: es el modo de ser del hombre, su “hominidad” – lo que constituye el título, fundamento y justificación de esos derechos “*lo establezca o no la legislación positiva y aún en contra de ella*” (32).

Decía premonitoriamente un autor en el año 1933 “*El reconocimiento de la personalidad y de la dignidad humana habrá de ser en el derecho civil nuevo no sólo la base sobre la que habrá de construirse el derecho de las personas, sino, también elemento constitutivo y renovador de los demás órdenes jurídicos*” (33).

Ya se ha visto el trato de la dignidad en alguno de los grandes documentos normativos de la segunda mitad del siglo pasado (*supra* nota 23) (34).

En nuestro país, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial – de rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN) – repite la fórmula de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (del mismo rango): “*todo los seres humanos nacen*

(30) Sobre el tema, MOLFESSIS, N., *La dignité de la personne humaine en droit civil en La dignité de la personne humaine*, sous la direction de Pavia, M.L. et Revet, TH, p. 127 y ss.

(31) ZATTI, P., *Maschere del diritto volti delle vita*, Giuffrè Ed., p. 32 y s. Acota PAVIA, M.L., *Le decouverte de la dignité de la personne humaine en La dignité de la personne humaine*, p. 7 que la expresión va a devenir un concepto jurídico que designa lo que hay de humano en el hombre, es porque la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana, que todo lo que tiende a distinguirlo – es decir a excluirlo de la comunidad humana – es considerado un atentado a su dignidad.

(32) MASSINI CORREAS, C., *Filosofía del Derecho*, Lexis Nexis, p. 114; íd. *Garantismo y derechos humanos. En la propuesta positivista de Luigi Ferrajoli*, en *Rev. de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 2, n° 7, p. 229 y ss.

(33) CASTAN TOBEÑAS, J., *Hacia un nuevo derecho civil*, Reus, 1933, p. 43 y s.

(34) En igual sentido, el art. 1 de la Constitución peruana establece que “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*”.

libres e iguales en dignidad y derecho”. La Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, a su vez, explícitamente afirma la derivación de los derechos fundamentales de la dignidad (35).

En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido a la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de la Constitución (36).

Todo ello conduce a entender que la *dignitas* constituye un principio constitucional (37), que es reconocido por la ley suprema al ser inherente al hombre y, por ende, preexistente al ordenamiento jurídico.

La afirmación precedente requiere, no obstante, de una indispensable precisión. La relativa generalidad, indeterminación, abstracción y flexibilidad de los principios, conllevan el riesgo que el intérprete los invoque para adecuar la situación bajo juzgamiento a sus convicciones personales con el consiguiente peligro en la aplicación de los criterios propios del juez más que en los de la ley (de la que en ocasiones directamente se prescinde o con cierta ligereza se la declara inconstitucional). Lo cierto es que no existe una “legislación judicial” o una “jurisprudencia de principios”: afirma un autor que “*los principios fundamentales están llamados a iluminar y orientar el sistema, no a constituir ellos mismos un sistema ni, mucho menos, un contrasistema*” (38).

3.- EL MERCADO.

a) Concepto. Se ha destacado la dificultad en precisar el concepto jurídico: es una palabra propia de las ciencias económicas y sólo más

(35) “*Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana*”.

(36) Fallos 314-421.

(37) En el derecho francés, ese carácter le ha sido reconocido por la Corte Constitucional de ese país en una decisión del 27 de julio de 1994. Sobre el tema, PAVIA, M.L., *La decouverte de la dignité de la persona humaine en La dignité de la personne humaine*, p. 11 y s.

(38) BUSNELLI, F., cit. por Lacruz Berdejo, J.L., *Parte general de Derecho Civil*, vol. I, Introducción, p. 205, nota 4.

recientemente ingresa al ámbito de la doctrina jurídica; “*el uso es largo y cotidiano; vago y oscilante el concepto jurídico*” (39).

No es lejana – ni siquiera totalmente abandonada – la concepción “naturalística” del mercado (*locus naturalis*): un lugar de libertad que “manos invisibles” orientan para el mayor bienestar y felicidad de los hombres; un orden resultante de las reglas de la economía, que existirían antes y fuera del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encontraría en las conveniencias subjetivas y su legitimación en el principio de eficiencia.

Esta concepción primitiva, según la cual el mercado sería un fenómeno espontáneo, prejurídico, se revela privada de fundamentos. La existencia misma del mercado depende de una precisa elección de política legislativa que, dentro de los límites que imponen el resguardo de los principios prejurídicos de la libertad y la propiedad, opta por un determinado sistema económico respecto de otro posible y regula su funcionamiento mediante normas que, entre otros aspectos, aseguren la concurrencia e impidan abusos resultantes de una relevante disparidad de poder contractual. Es ilusorio suponer que basta recurrir al orden “natural” de las reglas de la economía para alcanzar el bienestar común. En rigor, así como es cierto que un mercado entendido como lugar de encuentro de personas dispuestas a intercambiar bienes y servicios, está presente en todos los sistemas económicos históricamente existentes, también lo es que un mercado libre de reglas jurídicas no existe ni ha existido (40).

Compete al ordenamiento jurídico y no al mercado reconocer y fijar límites a la autonomía privada y atribuir valor vinculante al intercambio de bienes y servicios estableciendo los requisitos para que el acuerdo sea válidamente celebrado (41). Por otro lado, su funcionamiento hace indispensable la vigencia de un orden que haga previsible la actividad económica y ello sólo puede ser garantizado por el Derecho a través de reglas que establezcan la actividad permitida y la prohibida junto con sus consecuencias jurídicas (42).

(39) IRTI, N., *Concetto giuridico de mercato e dovere di solidarita*, Riv. Dir. Civ., 1997, p. 185.

(40) GRISI, G., *L'autonomia privata*, Giuffré, 1999, p. 105.

(41) ALBANESE, A., *Contratto, mercato, responsabilita*, Giuffré, p. 42.

(42) ALBANESE, A., *Contratto, mercato, responsabilita*, p. 44.

Afirmar que el mercado está regulado por el ordenamiento jurídico, no significa – sin embargo – admitir que las reglas establecidas son ajenas a los condicionamientos económicos. La intervención del legislador, en efecto, encuentra límites en las exigencias de la economía, particularmente las relacionadas con las pautas de factibilidad y eficiencia (a un punto que un radical apartamiento puede incluso privar a la norma de su efectiva vigencia).

De ese modo, el mercado no se presenta como un sistema exclusivo de las leyes que prescinde de la materia regulada, sino que supone una implicancia de factores económicos y jurídicos, ambos igualmente indispensables(43): la disciplina legal concurre con otros factores económicos, sociales y antropológicos – que aquella recoge – para determinar la estructura y las características del mercado y de las relaciones de intercambio que allí se desarrollan (44).

Con las salvedades apuntadas, puede concluirse que el mercado es un *locus artificialis* conformado por las normas que resultan de precisas valoraciones legislativas: cada mercado es como es el diseño de su régimen jurídico y existen tantos mercados como estatutos jurídicos que los ordenan (45). Agrego por mi cuenta que ellas – las normas – requieren el reconocimiento de principios prejurídicos (autonomía privada, propiedad) y encuentran límites en ciertas exigencias de la economía.

Con ese alcance, es compartible el criterio que caracteriza al mercado como una unidad jurídica de las relaciones de intercambio relativas a un determinado bien o categoría de bienes(46). La indicada caracterización permite desechar, además, el criterio de la “apoliticidad” del mercado: en tanto cada mercado requiere de normas que establezcan el “orden” de los

(43) SCHLESINGER, P., *El diálogo fra la dottrine en Persona e mercato*, p. 112.

(44) ALBANESE, A., *Contratto, mercato, responsabilita*, Laterza, p. 45.

(45) IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, p. 12.

(46) IRTI, N., *Concetto giuridico de mercato e dovere di solidarita*, Riv. Dir. Civ., 1997, p. 195. También FRACA, F., *Concorrenza, trasparenza e integraazione dei mercati* en *Contratto e mercato*, a cura di Andrea, M. Azzaro, G. Giappelli, p. 53. Comp. FERRO LUZZI, F., *Illecito antitrust e indipendenza negoziale en Contratto e mercato* a cura di A. Azzaro, p. 45 y ss., para quien existe un mercado “lugar físico” donde acaecen los intercambios y uno “jurídico” que es resultado de una específica política del derecho tendiente a modificar la realidad del mercado geográfico, imponiendo obligatoriamente su carácter concurrente.

intercambios, su contenido será variable según específicas decisiones de política legislativa. Al indicado carácter de artificialidad del mercado, se pueden agregar, por lo tanto, los de “politicidad” y “juridicidad” (47).

b) Libertad de iniciativa económica, autonomía privada y Constitución económica (48). Sentado ello, hay que recordar que no hay mercado sin intercambio y por ende no es concebible su existencia sin la contratación (49). El intercambio de bienes requiere necesariamente del contrato y, por lo tanto el reconocimiento de la autonomía contractual es presupuesto de la existencia del mercado, constituyéndose en uno de los puntos de incidencia más relevantes de la regulación jurídica.

Así, interesa establecer si existe una tutela constitucional de la autonomía privada o, si se quiere, de los derechos emergentes del contrato. Las opiniones divergen.

Una tesis afirma que el contrato goza de una tutela refleja o indirecta de otras garantías (propiedad, asociación, comercio, libertad económica), siendo por ello instrumental al ejercicio de derechos o garantías constitucionales. Se violaría la Constitución por limitar la libertad contractual cuando se violaran otros principios constitucionales: el contrato, desde el punto de vista constitucional, sería una situación instrumental a la iniciativa económica o a la propiedad. Tal es el parecer de la Corte Constitucional italiana y el que parece primar en la doctrina de ese país (50).

(47) IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, p. 11 y ss.

(48) Con la expresión “Constitución económica” – es una “terminología incierta” afirma L. MENGONI (*Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione* en *Persona e mercato* a cura de G. Vettori, p. 33 – se suele aludir o al conjunto de normas constitucionales en materia económica o al sistema económico diseñado por una Constitución.

(49) BARCELLONA, M., *Diritto, sistema, e seuto. Liniamenti di una teoria*, cit. por FERRI, G., *La cultura del contratto e la strutture del mercato* en Riv. Dir. Com., 1997, p. 856.

(50) Sentencia 37 del 21 de marzo de 1969 en donde se afirma que “*l'autonomia contrattuale ... non riceve dalla Costituzione una tutela diretta. Essa la riceve benci indirettamente da quelle norme della Carta fondamentale che, come gli art. 41 e 42, riguardano rispettivamente l'iniziativa economica e il diritto di proprietà, si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia ... che deve cedere di fronte a motivi d'ordine superiore, economico e sociale, considerati rilevanti dalla Costituzione*” (BIANCA, M., *Diritto Civile. Il contratto* 3, p. 31, nota 86). Afirma L.

Al indicado punto de vista se contraponen el que afirma que la autonomía negocial es una manifestación particular del derecho a la libertad y, por ende, un derecho fundamental que cuenta con una tutela directa e inmediata de la Constitución (51). No faltan quienes consideran que la tutela se sustenta solo en leyes *infra* constitucionales; sería el parecer del Consejo Constitucional francés que ha negado que sea un principio con valor constitucional (52).

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país, como es sabido, ha sostenido por vía de principio que el derecho de propiedad en sentido constitucional abarca los derechos emergentes de los contratos: ha concedido al contrato, de ese modo, una tutela refleja e indirecta y subordinada a la armonización con otras garantías constitucionales. Una cuestión distinta es si en la aplicación de los casos particulares, el Tribunal ha sido congruente con aquella afirmación de principio, interrogante que ha sido respondido negativamente (53).

La tesis de la tutela refleja o indirecta se funda, sobre todo, en la inexistencia en la Constitución de una cláusula expresa que prescriba que los derechos emergentes de los contratos gozan de una protección de esa naturaleza.

Sin embargo, la libertad de la persona de disponer de sus bienes y de vincularse con otros según su voluntad, constituye un principio

MENGGONI, *Autonomía privada e costituzione*, Riv. Banca Borsa e Titoli di Credito, 1997, p. 2, refiriéndose al derecho italiano, que la libertad individual del contrato goza de una tutela constitucional indirecta, en cuanto instrumento de realización de la libertad de iniciativa económica y del derecho de propiedad. La garantía de esa libertad económica es la obligación de reconocerla y de delinear los límites destinados a armonizar su ejercicio con la utilidad social y el respeto de la seguridad y la dignidad humana (art. 41 Const. Italiana). En sentido parecido, GRISI, G., *L' autonomia privata*, p. 135.

(51) GELLI, M., *La estabilidad de los contratos y la emergencia del default en El contrato administrativo en la actualidad*, Supl. Esp. La Ley, Mayo 2004, p. 24 y ss. En el derecho italiano, BIANCA, M., *Il contratto* 3, p. 31 y s.

(52) Sobre esa cuestión, el estudio de DE LORENZO, M., *La tutela constitucional de la autonomía privada contractual*, Rev. Nova Tesis, Rosario, Marzo 2008, p. 18 y ss. Ver, no obstante, las decisiones de ese Tribunal mencionadas en la nota 10 del estudio, en la que parece inclinarse a la tesis de la tutela refleja de otros principios constitucionales.

(53) DE LORENZO, M., *La tutela constitucional de la autonomía privada contractual*, Rev. Nova Tesis, Marzo 2008, p. 18 y ss.

constitucional central de nuestro ordenamiento. En efecto, todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de “*trabajar y ejercer toda industria lícita, así también como el de navegar y comerciar*” (art. 14). La Constitución extiende a los extranjeros los derechos civiles reconocidos a los ciudadanos, con referencia expresa al ejercicio de la industria, comercio y profesión, posesión, compra y enajenación de bienes raíces (art. 20). El Congreso Nacional, a su vez, debe proveer lo conducente para promover la industria, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la introducción y establecimiento de nuevas industrias y la importación de capitales extranjeros, quedando facultado para sancionar a esos efectos leyes protectoras, concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo (art. 75 inc. 18).

Se consagra de ese modo la libertad de iniciativa económica, respecto de la cual la autonomía contractual es instrumento necesario; de ahí que cualquier límite impuesto a la primera, es también un límite a la segunda (54). Se sigue de ello, a mi juicio, que la autonomía negocial es caracterizable como una manifestación del derecho a la libertad y, por ende, un derecho fundamental de la persona que goza de una tutela directa e inmediata de la Constitución.

c) Libertad de iniciativa económica, libertad de elección del consumidor y derecho de la concurrencia. Interesa precisar que la señalada garantía constitucional de la libertad de iniciativa económica no es sólo la libertad de iniciar o promover una actividad industrial, comercial o financiera, sino también la libertad de acceso, de ingresar a una cierta actividad y competir con otros (también garantizada por el art. 42, segundo párr. de la Constitución). De ahí la íntima conexión entre la libertad de iniciativa económica y la disciplina de la concurrencia (55): la garantía constitucional de la libre iniciativa económica comprende también la de actuar en un mercado que asegure la competencia. La prohibición de las posiciones dominantes y de los comportamientos dirigidos a reducir o suprimir la concurrencia, de ese modo, resultan ser mecanismos legales tendientes a garantizar la libre iniciativa económica que consagra la Constitución.

En rigor, esa garantía no sólo comprende la libertad de los competidores, sino - más ampliamente - la libertad de elegir de los consumidores (también consagrada por el art. 42 de la CN), de modo

(54) BIANCA, M., *Il contratto*, 3, p. 31.

(55) IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, p. 68 y s. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia*, Anales, 2ª época, nº 38, 2000, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 282, quien afirma que “*La competencia es una manifestación de la libertad económica*”.

de estar en condiciones de optar por el mejor producto al precio más conveniente (56). La pluralidad competitiva es la que multiplica la oferta de bienes, estimulando las posibilidades de comparación y dilatando la libertad de elección: es la pluralidad de ofertas y la posibilidad de acceso a la información lo que da sustento a la libertad de elección. A propósito de ello, interesa recordar que la contratación masiva o en serie limita drásticamente el contacto dialogal entre las partes, cercenando las posibilidades de establecer el contenido negocial que se presenta muchas veces preestablecido; la libertad negocial, de ese modo, surge en términos muy distintos a la noción tradicional, circunscribiéndose a la libertad de elegir. Para ello, se hace indispensable la posibilidad de contar, sin afrontar costos inaceptables, con la información veraz necesaria para evaluar la conveniencia de las ofertas y poder confrontarlas entre sí (57).

Así, la libertad de competir de las empresas y la libertad de elegir de los consumidores, son manifestaciones particulares de la defensa de la libre competencia (art. 42 CN) y de las libertades de iniciativa económica (art. 14, 20 y 42 CN) y de elección (art. 42 CN).

Ahora bien, como todas las libertades, ellas se insertan en el contexto de un conjunto de valores constitucionales, lo que requiere su armonización con los otros valores. Se plantea de ese modo – entre otros – el problema de la autonomía contractual y sus límites (sobre el tema, *infra* n° 4); en su dilucidación, no son ajenas cuestiones como la emergencia (58) o las convicciones sociales sobre los distintos sistemas económicos vigentes

(56) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia*, Anales, 2ª época, n° 38, 2000, p. 262 y ss.

(57) La efectiva libertad de elección supone la posibilidad de realizar una evaluación de comparación con otros bienes o servicios y concluir en un juicio de preferencia. Ello supone la existencia de una adecuada información y plantea el problema de la variedad de los procedimientos tendientes a cautivar al consumidor – comprensivos de la publicidad engañosa y de la subliminal – y la consiguiente necesidad de la tutela de la voluntad de los destinatarios (TOBIAS, J., *La protección de la voluntad en la contratación contemporánea*, LL 2010-B-972 y s.).

(58) Una invocación sistemática de la “emergencia” como recurso para justificar la intervención del legislador en el contrato, puede encontrarse en la jurisprudencia de la Corte de Suprema de Justicia de la Nación con motivo de las recurrentes crisis económicas nacionales (un detenido análisis en DE LORENZO, M., *La tutela constitucional de la autonomía privada contractual*, Rev. Nova Tesis, Rosario, Marzo 2008, p. 18 y ss.

en una determinada época (que en ocasiones inducen a relecturas de las normas (59).

d) Autonomía privada y mercado: evolución. Quizás pueda decirse – con algún grado de generalidad – que en la década de los 80 del Siglo pasado se asiste a un cambio generalizado de los sistemas económicos de los países que viven bajo un capitalismo democrático: el del reconocimiento de la economía de mercado como un principio institucional básico y el de una recalificación de la intervención pública, dirigida principalmente a dictar reglas que aseguren la corrección y eficiencia del mercado más que a sustituirlo en su rol de guía del proceso económico (60).

Casi en paralelo, particularmente con la caída del comunismo y el fin de la guerra fría, se consolida el fenómeno de la globalización. En la economía, este fenómeno se caracteriza por la integración de las economías locales a una economía de mercado mundial en que los modos de producción y los movimientos de capital se desarrollan a nivel planetario; cobra relevancia el rol de las empresas multinacionales, la libre circulación de los capitales y la vigencia definitiva de la sociedad de consumo.

Independientemente del valor intrínseco del fenómeno, las causas de su desarrollo se relacionan, también, con la crisis de la llamada “economía dirigista”; con la revolución tecnológica y de la información y con la integración de los mercados económicos.

En el nuevo escenario, el Estado deja de ser el árbitro de la economía; no determina ni controla centralmente los fines perseguidos por la empresa; retrocede en su participación en numerosas actividades económicas y la autonomía privada recupera, con la reaparición del mercado, una nueva vitalidad. En este último ámbito, el retroceso del orden público de

(59) Sobre una relectura del art. 41 de la Constitución italiana con motivo de la crisis de la economía dirigista en ese país y la expansión de la economía de mercado, MENGONI, L., *Persona e iniziativa privata nelle Costituzione en Persona e mercato*, p. 34; ALBANESE, A., *Contratto, mercato, responsabilità*, p. 4 y s. El citado artículo dice: “*L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”.

(60) MENGONI, L., *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, en *Persona e mercato*, p. 36.

dirección es reemplazado por el orden público de protección y por una re-regulación dirigida – esta vez – a asegurar el correcto y eficaz desarrollo de la iniciativa económica bajo la forma de una libre competencia (61), aunque concebida no sólo como procedimiento para optimizar la administración de los recursos, sino como organización económica que posibilite a las personas el libre desarrollo de su personalidad (62) (sobre esto, *infra* n° siguiente).

4.- PERSONA Y MERCADO. (*)

a) La confluencia de los intereses de la persona y del mercado: el principio de libertad. El común rango constitucional de la iniciativa económica privada – propia de las economías de mercado – y la simultánea primacía de la persona y sus intereses más relevantes en los ordenamientos jurídicos, plantean un nuevo modo intervención del Estado en la economía.

Como se dijo, es de la esencia del orden jurídico del mercado, la libertad de competencia de las empresas y la libertad de elección de los consumidores. Ambas libertades son tuteladas a través de las normas de defensa de la competencia y la segunda – además – a través de reglas (disociadas de su ámbito tradicional, el contrato (63)) que protegen la toma de decisiones libres en el mercado por medio de normas configurativas de un orden público de protección (publicidad engañosa, lealtad comercial, protección de la marca, en los contratos de consumo, el plazo de reflexión, el neoformalismo, las cláusulas vejatorias, las facultades judiciales de integración del contrato en caso de invalidez parcial, la acentuación del deber de información, la regulación del crédito al consumo, el deber de un trato digno y equitativo, etc.).

En sustancia, concurrencia de las empresas y preferencias de los consumidores son lados de un mismo fenómeno (64): en ambos casos el orden jurídico del mercado protege la libertad. Así, los intereses de la

(61) MENGONI, L., *Autonomia privata e Costituzione*, Riv. Banca, borsa e titoli di credito, 1997, I, ps. 3 y 20.

(62) ALBANESE, A., *Contrato, Mercato, Responsabilità*, p. 62

* Se reiteran consideraciones ya expuestas en el capítulo a mi cargo: Persona, derechos personalísimos y derechos del consumidor de la obra *Ley de defensa del consumidor*, Ed. La Ley, t. 3.

(63) DE LORENZO, M., *El péndulo de la autonomía de la voluntad*, en *Derecho Privado. Homenaje al Profesor Alberto J. Bueres*, p. 452.

(64) IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, p. 73.

persona y del mercado concluyen en ese común principio: libertad de iniciativa económica, de libre competencia y libertad de elección.

b) La justicia contractual. La consideración de la desigualdad de las partes en el contrato, la aparición de las modernas técnicas negociales (contratos por adhesión, contratación masiva) y de comunicación (especialmente los penetrantes medios publicitarios), conducen, además, a replanteos acerca de la suficiencia de las técnicas tradicionales para regular las nuevas características negociales.

Así, en el plano doctrinario, se sostiene que ello debería conducir a desarrollar un nuevo modelo de justicia contractual y se considera por algunos autores que el criterio vinculante del contrato no reside en el dogma de la voluntad, sino en el criterio de lo justo y lo útil (65). En parecido orden de ideas – con fundamento en los principios de igualdad y solidaridad – se plantea la necesidad de acentuar la protección de quien es el “débil jurídico” en la contratación (66). Manifestaciones de ello son las propuestas de tener en cuenta las teorías anglosajonas de la *Undue influence* (comprensiva de supuestos de temor referencial), la *Unconscionability* y considerar la regulación como causal de invalidez de condiciones negociales que se reflejen en un desequilibrio injusto entre las posiciones patrimoniales de las partes o configuren un abuso de posición dominante en infracción a las reglas de la competencia o por cualquier otra circunstancia (67).

Más limitadamente, se propicia una revisión actualizadora de los tradicionales vicios de la voluntad – también y sobre todo el de la lesión

(65) GHESTIN, J., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1993, p. 202. En nuestro país, MAYO, J., *La autonomía de la voluntad ¿es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato?*, LL, 1996-E-833.

(66) ALTERINI, A. – LOPEZ CABANA, R., *La debilidad jurídica en la contratación contemporánea*, íd. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo Perrot, 1989; ALTERINI, A., *Contratos civiles – comerciales – de consumo. Teoría general*, Abeledo perrot, 2ª ed., p. 33 y ss.; BRIZZIO, C., *Globalización y debilidad jurídica*, en *Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI. Homenaje al Profesor R. López Cábana*, Abeledo Perrot, p. 561 y ss.

(67) ALTERINI, A., *Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno*, LL 1998-B-1172. Sobre el abuso de posición dominante, críticamente, TOBIAS, J., *Abuso de posición dominante en Estudios de la parte general del Derecho Civil*, La Ley, p. 433 y ss.

-que les posibilite cumplir una función práctica y los aleje del perfil casi técnico y académico que han tenido hasta ahora (68).

c) La eficiencia y factibilidad económica del orden jurídico del mercado. Los señalados principios de libertad (*supra* a) y justicia individual (*supra* b) deben conciliarse con los estándares económicos de factibilidad y eficiencia. Le compete a ellos establecer los límites de compatibilidad económica dentro de los cuales se deben determinar las decisiones de política legislativa que conforman el orden jurídico del mercado.

No contradice lo expuesto la circunstancia que la Constitución Nacional se sustente en una ética personalista. Por el contrario, ella respalda la afirmación que la adecuada tutela de los valores personales que ella consagra, no pueden ser realísticamente alcanzados si se dejan de considerar los conceptos de "factibilidad y eficiencia económicas". Superado ese límite, *lo stato sociale rovina su se stesso* (69).

En realidad, no se trata de atribuir a la eficiencia económica una dimensión normativa prioritaria, sino de relacionar en un adecuado equilibrio libertad individual, justicia individual y eficiencia económica de modo de contar con el mayor grado de libertad y justicia con el mayor grado de eficiencia (70).

d) La *dignitas* como componente del orden público y de consiguiente límite a la autonomía privada*. La garantía constitucional de la autonomía privada, encuentra límites en el propio ordenamiento y, típicamente, en el orden público (art. 21 CC). Ello requiere determinar la incidencia en esa materia de la centralidad que ocupa la persona en los ordenamientos jurídicos actuales.

Se dijo que la *dignitas* es inherente a la persona humana y que ha sido incorporada a la Constitución en calidad de principio -y justificación,

(68) GOLDENBERG, I., TOBIAS, J., DE LORENZO, M., *Reformas al Código Civil. Parte General*, ed. Abeledo Perrot, p. 147 y ss.; TOBIAS, J., DE LORENZO, M., *El dolo en el Derecho Civil (Propuesta para una noción en eclipse)*, 2001-C-1102).

(69) MENGONI, L., *Persona e iniziativa privata nelle Costituzione en Persona e mercato*, p. 39 y ss.

(70) Sobre el tema, fundamental el estudio de ALEGRIA, H., *Humanismo y derecho de los negocios* en *Anales*, segunda época, n° 42, p. 31 y ss. También, OLIVERA, J., *Derecho económico y análisis económico del derecho*, *Anales*, segunda época, n° 47, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 298 y ss.

además, de todos los derechos fundamentales- (*supra* n° 2.e.), debe agregarse, ahora, que se está en presencia de un principio que forma parte del orden público del Estado: según lo analizado, y por tomar sólo algunas de las definiciones del orden público, es un criterio fundamental que sustenta toda la organización jurídica de la Nación argentina, o si se quiere, de un principio eminente para la ordenación social(71) o, en todo caso, de una cuestión que responde a un interés general o colectivo de la mayor relevancia(72).

Como principio constitucional que forma parte del orden público, la “dignidad” actúa como límite de la autonomía privada: cuando el objeto del contrato la contraría, ello acarrea su invalidez (art. 21 CC).

El señalado punto de vista – que sepamos – no ha sido motivo de especial atención por la doctrina argentina(73); tiene en cambio consagración constitucional en algún país o ha sido consagrado por la jurisprudencia de otro o es materia de atención por la doctrina del algún otro.

Así, en el Derecho español destaca un autor, entre otras reglas cardinales constitutivas del orden público de su país por su trascendencia en el orden jurídico civil, “*el respeto a la libertad y a la dignidad y a la igualdad de las personas, el respeto a los derecho inviolables que le son inherentes ...*” (74).

En la misma dirección, el art. 41 de la Constitución italiana, proclama que la “*iniciativa económica privada es libre*” y enseguida agrega que “*no puede desenvolverse en contraste o de manera de causar daño a*

(71) LLAMBÍAS J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 20ª ed., Lexis Nexis, t. 1, p. 139 y ss.

(72) BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 12ª ed., Abeledo Perrot, t. 1, p. 67 y ss.

(73) Ver sin embargo, MAYO, J., *Persona humana y dignitas. El orden público humanista*, Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, ed. La Ley, año 2, n° 11, p. 238 y ss. quien concluye afirmando: “*el respeto de la dignidad de la persona humana conforme lo que puede denominarse como orden público humanista, que en verdad es orden público de reacción contra la ideología de mercado – incluido el global – y contra los progresos de la investigación científica ...*”. Ver también ALEGRIA, H., *Humanismo y derecho de los negocios en Anales. Segunda época*, n° 42, p. 29 para quien “*Las normas jurídicas que eventualmente violenten los derechos derivados de la dignidad de la persona, no pueden postergar a estos ...*”

(74) LACRUZ BERDEJO, J., *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General*, vol. Tercero; Dikynson, 1999, p. 139.

la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana". De ese modo, las exigencias de tutela de la persona, operan como límite externo de la libertad de iniciativa económica; esta es protegida en tanto no esté en contraste con derechos fundamentales de la persona que, en la cúspide de ese ordenamiento, adquieren un valor superlativo (75).

El Consejo de Estado francés, por su parte, en la causa relativa al "*lancer de nain*" - a la que se hace referencia enseguida - atribuye a la dignidad de la persona humana el ser componente del orden público de ese país.

En el orden internacional, la dignidad como componente del orden público de un Estado y de límite a la autonomía de la voluntad, fue destacado en un dictamen del Comité de Derechos Humanos (establecido en virtud del art. 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en la causa: *Manuel Wackenheim v. Francia* (76), cuyas particularidades es de interés recordar.

El actor, aquejado de enanismo, actuaba en espectáculos llamados "*lanzamientos de enanos*": con las debidas precauciones era lanzado por un "cañón" sobre un colchón neumático por ciertos clientes del establecimiento en el que se organizaba el espectáculo (discotecas).

En una circular del Ministerio Francés del Interior, que pedía a los Prefectos que utilizaran sus facultades de policía para el control de espectáculos de curiosidad, se precisaba que la prohibición de los "lanzamientos de enanos" debía basarse, entre otras cosas, en el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. El Alcalde del Municipio había prohibido el espectáculo y un Tribunal Administrativo anuló la resolución que a su vez fue apelada por el Municipio. El Consejo de Estado, por su parte, anuló la resolución administrativa aduciendo que el espectáculo configuraba una atracción que representaba un atentado contra la dignidad de la persona, cuyo respeto era uno de los elementos del orden público (77).

(75) BENEDETTI, G., en *Apunty e osservazione sul seminario*, en *Persona e mercato* a cura de G. Vittori, p. 140.

(76) Comunicación nº 854/1999 del 26/07/2002.

(77) Sobre ese pronunciamiento, EDELMAN, B., *La dignite de la personne humaine, un concept nouveau* en *La dignite de la personne humaine* sous la dir. de Pavia, M.L et Revet, TH, p. 31 y ss. El autor recuerda también la decisión Benneton. Se trataba de afiches publicitarios que mostraban un cuerpo humano fraccionado en que los sectores estaban "estampillados" con la leyenda HIV. La Corte de París

La causa es llevada por el afectado al Comité de Derechos Humanos con el argumento – entre otros – que su dignidad se encontraba mejor resguardada permitiéndole su derecho a trabajar y no negárselo. El Comité consideró que los hechos que tenía ante sí no reflejaban una violación del Pacto. Sostuvo, entre otras cuestiones, que la prohibición del “*lanzamiento de enanos*” no constituía una medida abusiva, sino más bien una medida necesaria para proteger el orden público en el que intervienen particulares circunstancias de dignidad humana, que son compatibles con los objetivos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que en nuestro país tiene rango constitucional).

En Alemania, a su vez, Tribunales de ese país anularon los contratos de *chat line* eróticos y de *pip show fall* (éste relativo a la exhibición erótica de una mujer encerrada en una cabina que es observada por espectadores a través de ventanas que se abren a medida que éstos ingresan sus fichas (78)).

Lo significativo de los casos mencionados es que el alcance de la dignidad era controvertido por los propios interesados que consentían expresamente la actividad y plantean, por ende, el inquietante interrogante si la dignidad es un valor objetivo o subjetivo o, en otros términos, si se trata de un valor meta individual no renunciable por la persona o si sólo ella es libre para definir el horizonte de su dignidad (79).

La respuesta de los Tribunales en los casos mencionados fue la de considerar que se trata de un valor objetivo sustraído a la disponibilidad de la persona.

Más genéricamente es posible concluir que la *dignitas* constituye un principio constitucional que forma parte del orden público del Estado: corolario de ello es que la trasgresión del principio acarrea la invalidez del contrato o, según los casos, el de alguna de sus cláusulas. No se puede

dijo que las sociedades recurrentes, al haber fraccionado y tatuado el cuerpo humano, habían utilizado un símbolo de estigmatización degradante de la dignidad de las personas afectadas tanto en su cuerpo como en su ser como para provocarles un fenómeno de rechazo o de su acentuación y que ello suponía un abuso de la libertad de expresión.

(78) DE LORENZO, M.F., *Contrato, derechos fundamentales y dignidad de la persona*, diario La Ley del 19/10/2011.

(79) Autor y lugar citados en nota anterior.

dejar de señalar que la solución entre las tensiones de la autonomía y dignidad es en ocasiones sumamente compleja: al señalado interrogante acerca de si es un valor objetivo o subjetivo, se agrega el que supone desentrañar la noción misma de dignidad: como todo texto abierto, en efecto, es susceptible de *sustantial manipulations* o en todo caso de interpretaciones opuestas (el propio Manuel Wackenheim, señalaba su recurso que la sentencia del Consejo de Estado lo había devuelto indignamente a su condición de “enano solitario y desocupado” (80).

Igual conclusión debe aceptarse cuando el contrato afecta el derecho personalísimo de un contratante: aquellos, además de tener rango constitucional, tienen –como se dijo– su fundamento último en la dignidad y son derivación de ésta, formando también parte del orden público del Estado.

e) La eficacia interpretativa e informadora de los preceptos y principios constitucionales. Su relevancia, además, como pauta de integración del contrato.

i) Los preceptos y principios constitucionales son una guía para establecer el significado de las normas que, formando parte del orden jurídico del mercado, se encuentran subordinadas a la Constitución. La integridad del ordenamiento jurídico, en efecto, impone una interacción entre el principio constitucional y la norma ordinaria que conduce a una interpretación de la segunda más acorde con aquél. Es la llamada eficacia interpretativa de las normas y principios constitucionales. Estas últimas, además de constituir una directriz y un límite para el legislador post-constitucional, “informan” todo el ordenamiento jurídico preconstitucional, influenciando en la consideración y reconsideración de las normas ordinarias cuyo significado debe establecerse en concordancia con los principios y valores que se encuentran en el espíritu mismo de la Constitución.

Se puede pues concluir que a la par de límite a la autonomía privada, el principio constitucional de la *dignitas* es pauta de interpretación y criterio informador del orden jurídico del mercado.

ii) En otro orden, prescribe el art. 37 de la ley 24.240, que cuando el juez declara la nulidad parcial “*integrará el contrato, si ello fuera necesario*”. A diferencia del régimen general en materia contractual, esta facultad judicial está expresamente contemplada en la ley para el contrato de consumo.

(80) DE LORENZO, M.F., *Contrato, derechos fundamentales y dignidad de la persona*, diario La Ley del 19/10/2011.

La caracterización de la integración – consistente, a mi juicio, en la operación en virtud de la cual el reglamento contractual o, si se quiere, sus efectos, se completan con la intervención de fuentes heterónomas (81) requiere determinar cuándo esa operación es posible y, en su caso, las fuentes o pautas a las que el tercero (juez, árbitro) puede recurrir para realizar la tarea de integración.

Circunscribiendo el análisis a la última cuestión, se han sostenido opiniones diversas: se afirma que la buena fe es fuente legal de integración del contrato (82), también la equidad (83), en nuestro país, los usos y costumbres (a los que remite el art. 219 del Código de Comercio) (84). A su vez, se atribuye a la buena fe el contenido de los principios constitucionales (85) y, más ampliamente todavía, se enuncian en un orden determinado casi todas las fuentes precedentes como pautas idóneas para la operación de integración del contrato (86). Se admite, incluso, que para proceder a la integración, el juez debe valerse “*del análisis profundo de la realidad social y del análisis económico del contrato*” y que en casos de

(81) Conclusiones de la Comisión “Integración del Contrato”, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba 2009).

(82) BIANCA, C.M., *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, p. 472 y ss.

(83) GAZZONI, F, *Equità e autonomia privata*, 1970, p. 176 (con fundamento en el art. 1374 del Código de su país).

(84) El Proyecto de 1998 propicia este texto: “*El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos del lugar de celebración en cuanto sean aplicables (art. 904)*”. También el Proyecto de 1987 (art. 1155).

(85) RODOTA, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, p. 163 y ss. El autor se funda en la regla de la “*correttezza*” del art. 1175 del Código Civil italiano. También ALPA, G., *R. de D. Comm.*, 1971, II, p. 293, cit. por BIANCA, C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, p. 475, nota 16.

(86) Conclusiones de la Comisión “Integración del Contrato”, XXII Jornadas de Derecho Civil, (Córdoba 2009): “... **2) Reglas que rigen la integración del reglamento contractual.** 2.1. *La integración del contrato se realiza sobre la base de las siguientes pautas: a) Los principios constitucionales. b) El orden público y las normas imperativas, que se aplican en sustitución de las cláusulas que sean incompatibles con ellas. c) Los principios generales del derecho. d) La buena fe. e) Las normas supletorias. f) Los usos y costumbres. (Por mayoría. 1 voto en disidencia)*”

notoria injusticia, el juez está facultado, por excepción, para desechar la cláusula injusta y recurrir a la heterointegración del contrato para elaborar la cláusula que la sustituya (87).

Interesa considerar la pauta de integración de los principios constitucionales (a los que las conclusiones – *supra* nota 86 – de la Comisión Integración del Contrato de las recientes XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, coloca, a esos fines, en primer término): no obstante que se le cuestiona que no ha tenido resultados tangibles en cuanto constituye una fórmula en blanco, no suficientemente determinada y por lo tanto escasamente utilizable como criterio de conducta y decisión (88), su importancia como criterio de integración contractual me parece indudable.

En el vigente sistema de fuentes del derecho, en efecto, las garantías del desenvolvimiento de la actividad contractual pueden encontrarse en las normas del texto constitucional, que reconocen y al mismo tiempo limitan el desenvolvimiento de la actividad económicamente relevante de los privados. De eso modo, nada puede oponerse en vía de principio al recurso a los principios constitucionales a fin de realizar el procedimiento de integración. Ellos no sólo forman parte del ordenamiento jurídico, sino que lo hacen en un superior nivel jerárquico, además de formar parte del orden público del Estado. El recurso a los principios constitucionales permite no sólo insertar el contrato dentro del contexto de superiores valoraciones de carácter social, sino que posibilita una valoración más penetrante de las posiciones de las partes (singularmente consideradas o en sus relaciones recíprocas) (89).

Puede, por lo tanto, concluirse que los principios constitucionales –entre ellos, el de la dignidad de la persona – constituyen pautas primeras de integración, sea por considerar que son directamente operativas a esos fines, sea porque se estima que ellos forman parte de la cláusula general de la buena fe (90).

(87) NICOLAU, N., *Fundamentos de Derecho Contractual*, t. 1, La Ley, p. 297 y ss.

(88) BIANCA, C.M., *Diritto civile, 3. Il contratto*, p. 475 y s.

(89) RODOTA, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, p. 172.

(90) En el segundo sentido, RODOTA, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, p. 163 y ss.

5.- CONCLUSIONES

○ La primacía de la persona humana en los ordenamientos jurídicos contemporáneos junto con la adopción de las economías de mercado y su expansión a nivel plantario requiere evaluar la manera en que el funcionamiento y las reglas del mercado inciden sobre la persona, su dignidad y sus derechos más relevantes.

○ El mercado es un *locus artificialis* – conformado por un orden jurídico del mercado – que requiere el reconocimiento de los principios prejurídicos de la autonomía privada y el derecho de la propiedad y que encuentra límites en ciertas exigencias de la economía (las reglas de la factibilidad y eficiencia económica).

○ Le compete al orden jurídico del mercado establecer un nuevo modelo de intervención de la economía que conjugue al mismo tiempo y de un modo equilibrado libertad individual, justicia contractual y eficiencia económica.

○ En ese modelo, los intereses de la persona y de la realidad del mercado confluyen en un común principio de libertad: libertad de iniciativa económica, libertad de competencia y libertad de elección del consumidor.

○ La dignidad de la persona es un principio constitucional que forma parte del orden público del Estado y actúa por consiguiente como límite de la autonomía privada.

○ Como principio constitucional que es, la dignidad es también factor informador e interpretativo de las normas que conforman el orden jurídico del mercado, además de factor de integración del contrato en los casos en que esa integración proceda.

○ Correlato de todo ello es que las exigencias del correcto y eficiente funcionamiento del mercado se corresponden con la necesidad del reconocimiento de facultades para el pleno desarrollo de la persona humana. Cabe por lo tanto volver a recordar las expresiones de Benedetti: *“Corrección del mercado y desarrollo de la personalidad: el orden constitucional está llamado a asegurarlos como términos funcionalmente coligados”*.

LEY 26.657 DE SALUD MENTAL

POR SANTOS CIFUENTES (*)

Estos comentarios están ordenados considerando los artículos que a mi opinión son de destacar en la presente Ley estableciendo especial importancia a las disposiciones complementarias arts. 42 y 43, dándole especial importancia tal como fue solicitado oportunamente.

LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL

Introducción:

Orígenes, el derecho romano: en el derecho romano, tal como actualmente rige en nuestros tiempos, se diferenciaba la capacidad jurídica de la capacidad de obrar.

La primera se confería al hombre libre, ciudadano y jefe de familia, con la titularidad de los tres *status*, es decir del *status libertatis*, *civitatis* y *familiae*, los cuales otorgaban la capacidad jurídica plena y se lo denominaba "*caput*". Esta capacidad de derecho debía complementarse con la capacidad de hecho, las cuales les permitía ejercer por sí mismos los derechos. Desde luego esta capacidad de obrar da por sentado que el sujeto tenía la capacidad de derecho, dado que únicamente puede ejercer sus derechos la persona que es titular de los mismos. Lo que se relaciona con sus características debe señalarse que la de obrar es dinámica y la de derecho es estática. La dinámica tiene relación con el ejercicio de los derechos y la jurídica es estática y es propia del hombre por su sola calidad de tal. En este derecho se presenta cuando goza de libertad, ciudadanía y familia.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 24 de noviembre de 2011.

La incapacidad puede ser tanto de hecho como de derecho, en el primer caso la persona carece del derecho y en el segundo, si bien le corresponde, no puede ejercerlo por sí mismo. En lo que hace a la extensión de la incapacidad debe señalarse que la de derecho es siempre relativa, por cuanto atañe a la condición de persona, mientras que la de hecho puede faltar por completo (de modo absoluto) o solo parcialmente (para ciertos y determinados actos). Como un ejemplo de la primera, los gobernadores de provincia no podían contraer matrimonio con personas domiciliadas en la jurisdicción donde ejercían sus funciones. Tampoco podían adquirir inmuebles que se encontraban en dicha provincia.

Asimismo los tutores y curadores tenían incapacidad de derecho, puesto que estaban inhabilitados para adquirir los bienes de sus pupilos. En el derecho que estamos analizando se arbitraron los medios para suplir la incapacidad de obrar creando las instituciones señaladas. Estos representantes ante la incapacidad absoluta o relativa del representado, hacían efectivos los negocios de aquél para no hacer ilusorios el goce de sus derechos.

Causas que modificaban la capacidad: entre tales causas se encuentran las que recaían sobre la de derecho, que eran la degradación del honor civil, la religión, la condición social, la profesión y el domicilio. En cuanto a las que repercutían sobre la de obrar que tenían por efecto restringirla o eliminarla, se mencionan la edad, el sexo, las enfermedades y la prodigalidad. Las primeras son causas que se dan en la ciudad y las segundas en el orden físico.

Pueden mencionarse las relacionadas con:

a) El honor civil ("*infamia, turpitud, intestabilidad*"). En Roma a diferencia de lo que ocurre en el derecho actual, el honor debía preservarse especialmente y se lo denominaba *existimatio*, que según los jurisconsultos era la dignidad ilesa, comprobado por las leyes y la costumbre que en virtud de un delito se menoscaba o se pierde. Por la pérdida de la libertad o de la ciudadanía podía desaparecer (*existimatio consumitur*), o podía disminuir por diversas causas, principalmente por la infamia y la ignominia (*existimatio minuitur*).

El derecho romano estableció la institución de la infamia, la que reducía la capacidad jurídica, dado que impedía al ciudadano presentarse en juicio, salvo que lo hiciera él o lo sustituyeran los más cercanos parientes. Asimismo no podía ejercer la abogacía por ser considerado un oficio público, ni intentar acciones populares, vale decir las dirigidas contra otro

particular. Las causas que estaban admitidas por el derecho eran los delitos públicos, los delitos privados tales como la rapiña, el hurto, las injurias, el ejercicio de profesiones u oficios inmorales o deshonestos, tales como la exhibición teatral, acumular con usura bienes y tener a su cargo casas para ejercer la prostitución. También entraban entre otros casos en esta categoría las mujeres viudas, las que contrarían matrimonio antes de que transcurriera un año de luto, los que se unían en bigamia, los que eran declarados en quiebra, los que juraban en vano, los soldados que fueren expulsado del ejército. Si el origen de la infamia era derivada de un hecho inmoral, del ejercicio de una actividad tachada de vergonzosa eran denominados como que cometían *infamia inmediata*, mientras que si provenía de una condenación criminal estaban entre los catalogados de *infames mediatos*.

Existía otra causa de degradación en el orden civil que se denominaba *Turpitud o Infamia facti*. Se ponía en cabeza de aquellas personas que llevaban una vida calificada deshonesta o ejercían una profesión considerada vil. Como consecuencia de tales actividades, quedaban fuera de la consideración de sus conciudadanos.

Hay que señalar que desde los tiempos más remotos en esa sociedad se exigía una honorabilidad sin tacha y que se sancionaba a quienes violaban las costumbres aceptadas por ella. Lo cual derivó en otra disminución de la *existimatio* que se denominaba *intestabilidad* y prohibía al sujeto realizar actos jurídicos formales en los que tuvieran que intervenir testigos, los que eran denominados *homines intestabiles*.

b) La religión.- Había diferencias en el reconocimiento de los derechos según el culto religioso que profesaban. Estas diferencias se destacaron cuando sobrevino, en la época de Constantino, el cristianismo como culto oficial. A partir de aquel acontecimiento, se distinguieron el derecho privado de los cristianos de los que practicaban los herejes, los apóstatas, judíos y maniqueos. Estos quedaban sin el derecho de ser testigos, de ser herederos por causa de muerte y hasta en ciertos casos de adquirir por cualquier título. Cabe destacar que los judíos no podían contraer matrimonio con cristianos, ejercer cargos públicos ni poseer esclavos de la citada religión.

c) Condición social.- La capacidad quedaba modificada por prolongado tiempo como consecuencia de la diferente condición social del sujeto, en virtud de ser patricios o plebeyos. Esta modificación quedó sin efecto con la obtención de la igualdad jurídica a mediados de la República.

d) Profesión: era asimismo causa de la referida modificación, en la capacidad de las personas el ejercicio profesional. Los que tenían profesiones liberales gozaban de ciertos privilegios. Otras en cambio por traer la tacha de infamia tenían disminuidos sus derechos. Como anteriormente se dijo, tanto los magistrados provinciales como los gobernadores, mientras ejercían su jurisdicción no podían adquirir inmuebles, hacer contratos de préstamos a interés, manumitir esclavos ni contraer matrimonio con la mujer del lugar.

Entre los que ejercían profesiones privilegiadas por el derecho civil deben mencionarse a los militares, los cuales no solo gozaban de un trato preferencial sino que particularmente ello se destacaba en materia testamentaria.

c) El domicilio: la residencia fija o domicilio era voluntaria si la persona los elegía o necesario si se lo imponía la ley. Este último lo tenían los desterrados en el lugar de su destierro, las mujeres casadas en que estaban sus maridos, los libertos y sus hijos en el de sus patrones. La ley establecía además un domicilio municipal, en el cual desde luego debían abonarse los impuestos. Las acciones de cobro debían iniciarse ante el juez de la jurisdicción que correspondía al demandado.

f) *Edad*: con respecto a la edad los romanos distinguían las siguientes categorías: 1) *los infantes*: eran los niños que no pueden expresarse jurídicamente. En el tiempo en que regía Justiniano la edad que les correspondía era la de menores siete años, los cuales no tenían capacidad para celebrar ningún acto o negocio jurídico. 2) *Los impúberes*: son los que carecían de la *potestas generandi*, vale decir los que no tenían la posibilidad de engendrar y dar a luz a las personas. Los cuales se diferenciaban en cuanto al sexo, siendo de 12 para las mujeres y de 14 para los varones. Decisión definitiva que se debe a Justiniano.

Estos impúberes a su vez se dividían en *minor infantia* los cuales se asimilaban a los infantes, eran los que no sabían pronunciar las palabras en los actos formales, ni tenían conciencia de sus actos, y los *maior infantia*, a partir de los 7 años hasta la pubertad, que eran capaces de obrar pero con incapacidad relativa. Estos incapaces estaban facultados a realizar negocios de carácter patrimonial con el consentimiento del tutor (*auctoritas*), y hasta sin dicho tutor cuando fueren ventajosos para el incapaz.

A su vez los *maior infantia*, se subclasificaban en: *impúberes infantia próxima* e *Impúberes pubertatis próxima*. Esta diferencia implicaba que en los segundos nacía la responsabilidad cuando cometían actos ilícitos

y que tenían la posibilidad de actuar con la *auctoritas* del representante o tutor.

Los púberes: no obstante que la pubertad implicaba que la persona adquiría capacidad de hecho o sea de obrar, una ley llamada *Plaetoria* la que rigió unos 200 años antes de cristo, estableció sanciones para las personas que engañasen en un negocio a un *sui iuris*, menor de 25 años. Tal protección fue ampliada por el pretor, al conceder medidas que podían llevar a la rescisión del acto jurídico desventajoso.

A partir de tales remedios la costumbre como fuente del derecho impuso una nueva restricción a la incapacidad de obrar, la cual hasta la edad de 25 años importó que el menor fuese asistido por un curador, designado judicialmente. De tal modo se estableció una nueva restricción a la incapacidad de obrar y se creó otra categoría de personas, los menores púberes o que no llegaran a la edad de 25 años (*minores viginti quinque annis*). En el derecho post clásico el varón de 20 y la mujer de 18 años, podían obtener una declaración de mayoría de edad por favor imperial, llamada *venia aetatis*. Esta venia les daba la capacidad de obrar en lo que hace a los actos de disposición de bienes inmuebles.

g) *Sexo:* La capacidad de obrar quedaba modificada por el sexo. La mujer que siempre estuvo en situación inferior al hombre en los pueblos indogermánicos, en Roma estaba excluida del ejercicio de las funciones públicas y por la naturaleza patriarcal de la familia se hallaba privada de todo poder familiar. En el caso de mujeres *sui iuris*, o sea que no estaban en poder paterno (*patria potestas*) ni marital (*manus*), cualquiera que fuese su edad, fuese o no púber sometida a la tutela perpetua del sexo (*tutela mulierum*). Estaba en condición de incapacidad relativa o de obrar, pero le estaba permitido realizar los actos que le pudieren producirle un beneficio patrimonial. Para los demás actos se exigía al *auctoritas tutoris*. Esta tutela perpetua del sexo fue limitada en el derecho clásico, hasta que finalmente desapareció.

h) *Enfermedades corporales y mentales:* Tenían también influencia en el derecho de las personas las enfermedades corporales y las alteraciones mentales. Varias limitaciones o exenciones que se relacionaban con cuestiones corporales, como la de los ciegos, los sordos y los mudos. Los primeros no podían testar validamente sino cumplían con las formalidades particularmente impuestas por el orden jurídico. Los sordos o los mudos estaban incapacitados para realizar actos con formalidades que no pudieren ser cumplidos por causa de su vicio corporal. Los eunucos por su par-

te no tenían posibilidad de contraer matrimonio y a partir de Justiniano tampoco podían adoptar.

Con respecto a los enfermos mentales se podían producir dos casos: a) el llamado loco o "*furiosus*", el cual tenía las facultades mentales alteradas, b) el que se designaba "*mente captus*", que era el mentalmente insuficiente y que se diferenciaban estas categorías por cuanto el primero podía tener intervalos lúcidos (*lucida intervalla*), durante los cuales sus actos eran considerados válidos, en cambio esta regla no se aplicaba al segundo para los que era imposible que la regla tuviera efectividad. Debe tenerse en cuenta que dichas personas y especialmente sus bienes quedaban sometidos a un curador.

i) *Prodigalidad*: se trataba de los que dilapidaban sus bienes sin razones que los justificara. Podían, por tal motivo, ser privados de su capacidad de obrar por el dictado de un pronunciamiento judicial, lo que los colocaba dentro de los que tenían una incapacidad relativa, de modo semejante al *maior infantia*, es decir con la facultad de participar en actos jurídicos que le produjeran enriquecimiento, aunque debían ser asistidos por un curador.

Testamento: el jurisconsulto Ulpiano, que era una de las expresiones doctrinales sobre la sucesión testamentaria, sostenía que era la manifestación legítima de nuestro pensamiento que era solemne con la finalidad de que valga después de nuestra muerte. Desde el punto de vista de la sociedad, se estimaba que era el acto voluntario más importante de los ciudadanos, a tal extremo que implicaba una deshonra morir sin testar. Surge entonces el llamado *favor testamenti*, que daba prioridad a la herencia testamentaria sobre la que estaba dispuesta por ley. La expresión de voluntad que estudiamos implicaba un negocio jurídico *mortis causa* unilateral, personalísimo, solemne y revocable, para uno o varios herederos, pudiendo ordenarse además otras disposiciones, como los legados, desheredaciones y nombramiento de tutores y curadores, para que tengan ejecución después de la muerte del testador. Las características señaladas dan al acto su propia singularidad. Se estimaba *mortis causae* porque sus efectos se producen después de la muerte del otorgante, relacionado no con la eficacia sino con la existencia. Era *unilateral* porque su eficacia estaba supeditada a la voluntad del disponente. Era *personalísimo* porque excluía la posibilidad de ser realizado por un representante o por un intermediario. Se lo calificaba de *solemne*, ya que la expresión de voluntad se manifestaba cumpliendo las formalidades establecidas por la ley. Finalmente se lo consideraba *revocable* o de "última voluntad", en virtud de la libertad del testador para revocar o dejar sin efecto sus disposiciones

cuantas veces lo quisiera hasta el último momento de su vida. El requisito esencial para su validez era que se designara un heredero, pues si faltare o fuere nula, el testamento carecía de eficacia, lo que implica necesariamente que todas sus disposiciones también fueren ineficaces.

En lo que se relaciona con las formalidades, tenían gran importancia para garantizar el cumplimiento de la voluntad del testador. Si bien las formas variaron según las épocas, queda claro que la voluntad del testador no podía presumirse, ni manifestarse por ademanes o gestos. Al rigor del antiguo derecho se opuso el pretor por medio de la *bonorum possessio secundum tabulas*. En tiempos posteriores se admitieron formulas más flexibles y sin las solemnidades ya mencionadas. Si bien existían diferentes maneras de testar, lo que aquí interesa es la de los testamentos especiales o extraordinarios, tales como la expresión testamentaria del ciego que no sabía escribir, razón por la cual podía manifestarlo oralmente. Posteriormente podía dictarlo a un *tabularius* ante siete testigos o bien hacer que lo escribiera un octavo testigo. Pero si el testador estaba fuera de la ciudad dada la dificultad de conseguir testimonio basta la cantidad de cinco. En esa categoría de extraordinario se incluía al de los militares.

La sustitución hereditaria: Existía una sustitución pupilar en la cual el *pater familiae* nombraba un sustituto en caso de premoriencia de un impúber el cual a la muerte del testador quedaba libre. Por último se introdujo la sustitución “cuasi pupilar” (*substitutio quasi pupillaris*). Regía en el caso de que los ascendientes paternos o maternos, nombraran un sustituto al heredero afectado por una enfermedad mental, para el supuesto de que éste falleciera sin haber recuperado el uso de la razón.

Capacidad testamentaria: Se añadía a la capacidad de derecho la de obrar. Al carecer de esta última no podían testar los impúberes, los dementes, los pródigos, ni los sordos y los mudos. Las mujeres eran incapaces de testar sin la intervención de la *autoritas tutoris*. Con el tiempo las mujeres adquirieron plena capacidad de testar, cuando desapareció la *tutela mulierum*.

Invalidez del testamento: tener causas iniciales o posteriores a su otorgamiento. En el primer caso era nulo y en el segundo anulable. El testamento afectado de nulidad radical o *ab initio*, se presentaba en los casos en que existiera un defecto de forma, falta de institución de heredero, incapacidad del testador o del heredero, y se denominaba *destitutum* o *desertum* cuando podía ser anulado por premoriencia o incapacidad sobreviniente.

Luis Rodolfo Argüello, Manual de Derecho Romano, Historia a Instituciones, p.147 y ss. Ed. Astrea 3ª ed. 2004.

Derecho comparado:

a) El derecho español: el Código Civil español consagra el principio de que toda persona responde por la acción u omisión que cause a otro. En lo que hace a la psiquiatría a partir de la recuperación de la democracia se inició una reforma para otorgar un tratamiento diferenciado en la protección de la salud. En 1985 no se limitaron a una simple ordenación de recursos sino que se llegó a un cambio a fin de entender y abordar los problemas de la salud mental, en particular lo que se relaciona con los enfermos crónicos. Con posterioridad en 1986 se dictó una ley que concreta la asistencia sanitaria al configurar un Sistema Nacional de Salud, que era un imperativo proveniente de la Constitución (art. 43). Es así como la atención de la salud mental y el desarrollo de un sistema psiquiátrico están plasmados en el art. 20 de la ley, pero el primer eslabón por el que pasa el atendido no incluye la atención psiquiátrica. Cabe destacar que en el área de Andalucía se transformó el sistema de hospitalización por una red de servicios que tiene tres niveles, centralizada en la propia comunidad. El art. 49 de la Constitución, en el orden jurídico ha reconocido a los enfermos psiquiátricos el derecho a una atención especializada y preventiva, así como su tratamiento, rehabilitación e integración. (1) (2).

b) Derecho holandés.- Como en el derecho argentino se requiere el aporte psiquiátrico. Es extensa la legislación que protege a quienes padecen trastornos mentales. Esta legislación da poder a los jueces para obtener una evaluación psiquiátrica de las aptitudes que los pacientes tienen para actuar en los procesos, sean penales o civiles, aunque los jueces tienen suma prudencia y lo hacen excepcionalmente. No son punibles aquellas personas que cometen delitos pero que al sufrir un desarrollo mental deficiente o bien si se trata de una patología que afecte sus aptitud mental carecen de comprensión de los hechos y actos que efectúan.

c) El derecho italiano.- El especialista Franco Basaglia logró para su país los siguientes objetivos: 1) Descentralizar las decisiones del Ministe-

(1) Luis Rodolfo Argüello, Manual de Derecho Romano, Historia a Instituciones, p.147 y ss. Ed. Astrea 3ª.ed. 2004.

(2) Salud Mental. Tutela Jurídica, Alfredo Jorge Kraut, ed. Rubinbzal-Kulzoni, ps. 384/90.

rio de Salud, para que se tuvieran en cuenta las necesidades de, los enfermos; 2) desplazar a los médicos de los hospitales y oficinas, a fin de reubicarlos en la comunidad para que se tratara los pacientes. 3) Desarrollar una psiquiatría territorial para asegurar la continuidad del tratamiento. 4) Evitar el aislamiento de los pacientes promoviendo que se los libere y acerque a la familia y a la sociedad

En la actualidad existe un proyecto de los años 2010/ 2012, estableciendo como deben ser los servicios en el territorio y estableció el cierre definitivo de todos los manicomios italianos (3).

d) El derecho francés.- Son clásicos Pinel y Esquirol sobre los encierros y el sistema de alienación institucionalizada, los que a fin de resguardar el orden público frente a las perturbaciones que podían causar los dementes se legitimaban las llamadas *lettres de cachet* (órdenes reales). Después de la monarquía fue la autoridad de los jueces la que ordenaba el secuestro, con la mira de que se garantizaran los derechos con la declaración previa de incapacidad. Había dos tipos de internación involuntaria establecida por ley 90/527: a) la decidida por el médico, b) la que disponía la policía cuando el enfermo constituía una amenaza para sí mismo, para los demás o para el orden público. Era necesario en el primer caso que se solicitara la internación por escrito y que dos médicos examinaran al paciente en un tiempo que no sobrepasara las veinticuatro horas. Si transcurrían las 24 horas de reclusión, tenía que ser confirmada su necesidad por la declaración de un psiquiatra. A los tres días el prefecto tendrá que endosar la internación. El hospital en el primer mes tiene facultades de retener al paciente, pasados los cuales el prefecto puede prolongar la reclusión por otros tres meses. Pero aún si éstos finalizaran podría extenderla por tres meses. La aplicación de las normas legales supervisan el cumplimiento de las normas y tres meses más tarde hace una investigación sobre la necesidad de que continúe o no la reclusión.

En el supuesto de hospitalización de oficio que decidía el prefecto de policía cuando la persona constituía peligro para si o para terceros, antes de proceder a la internación había que requerir un certificado de un psiquiatra y menos de 24 horas antes, un examen de tal especialista. Pasados 15 días debía realizarse un nuevo examen y a partir de entonces, todos los meses un psiquiatra debe confirmar la necesidad de la internación. El mismo paciente puede solicitar cada tanto la revisión. Por otra parte la

(3) Salud Mental. Tutela Jurídica, Alfredo Jorge Kraut, ed. Rubinbzal-Kulzoni, ps. 378/82.

ley fija plazos máximos para las internaciones de urgencias y que fueron solicitadas por terceros. Si son pacientes crónicos se le condene salidas a prueba. Si bien esta ley 90/527 que se atuvo a las recomendaciones de la Corte Internacional de Derechos Humanos, regla el derecho a la información, al debido proceso, vale decir a la apelación y a una sentencia rápida, se autorizan medidas de coerción, como el tratamiento en unidades cerradas y el aislamiento (4).

e) Otros países de la unión europea: Hay países de la U.E. en que el cambio de la atención hospitalaria única por la atención comunitaria ha sido más lento, han pasado por un avance progresivo. Entre ellos, Reino Unido y la práctica totalidad de los restantes países. Por ejemplo, los cambios que tuvieron lugar en la República Federal de Alemania tras la publicación en 1975 de un informe sobre la reforma psiquiátrica ha sido relevante la cantidad de instituciones psiquiátricas de los hospitales generales dado que pasó de 21 en 1971 a 165 en 2001. En 1992, el número de servicios psicosociales ambulatorios se había incrementado hasta 250 y, a lo largo de la década de 1990 los psicoterapeutas médicos privados aumentó el 215 %. Sin embargo, en Alemania todavía se considera que no hay suficientes servicios asistenciales psiquiátricos globales de carácter comunitario.

En el Reino Unido, los logros de la psiquiatría comunitaria han sido sorprendentes. La atención psiquiátrica comunitaria en la ciudad y la región de Londres, por ejemplo, es más avanzada que la de los profesionales de la salud mental que ejercen en Polonia o Eslovaquia. Tal y como se demuestra en un estudio reciente acerca de los Primary Care Trusts en la ciudad y la región de Londres, en las dos terceras partes de las unidades asistenciales primarias hay un psiquiatra que ofrece servicios de enlace con los servicios de urgencias de los hospitales generales; muchos gobiernos locales municipales mantienen equipos de urgencias y equipos de intervención en situación de crisis, «equipos asertivos móviles y equipos de salud mental comunitaria, por no hablar de los servicios de vigilancia y control y de los programas de tipo laboral. Los resultados obtenidos en áreas geográficas previamente deprimidas desde un punto de vista socioeconómico, como Portugal, han sido importantes; en lo que se refiere a la atención psiquiátrica en este país, la promulgación de una ley en 1963 provocó la sustitución de seis grandes hospitales psiquiátricos por 18 nuevos centros de salud mental. En 1984, toda la atención psiquiátrica estaba integrada en un único departamento ministerial. Todavía tenemos la in-

(4) Salud Mental. Tutela Jurídica, Alfredo Jorge Kraut, ed. Rubinbzal-Kulzoni, ps. 382/84.

interesante excepción de Holanda, que se distingue del resto de los países de la UE, pues su número de manicomios ha aumentado recientemente debido a un gran incremento en el número de camas psicogeríatras y a la falta de financiación de los servicios comunitarios de psiquiatría. La psiquiatría comunitaria todavía no ha influido de manera importante en la asistencia en régimen de internamiento en Austria, a pesar de algunos experimentos en psiquiatría social que se llevaron a cabo en la zona de Viena. En psiquiatría, al igual que en la mayor parte de las otras áreas de la medicina de dicho país, se utiliza con mucha frecuencia la hospitalización. Aunque el plan de inversión hospitalaria de 1999 pretendía reforzar los servicios de psiquiatría ambulatoria, Austria es el país de la UE en que menos se ha hecho en esta cuestión hasta el momento. Esta afirmación es cierta a pesar del incremento del 450 % del número de psicoterapeutas (muchos de ellos, psicólogos con ejercicio profesional privado) durante el período 1991-2001. Los cambios han sido más lentos en los países de Europa oriental, en los cuales los reformadores todavía deben luchar contra la burocracia que opera en la atención de los manicomios. En una reunión conjunta OMS-Comisión Europea celebrada en 1999, el consenso respecto a los países de Europa oriental consistió en la afirmación de que «en muchos casos, las iniciativas de reforma provinieron del campo del ejercicio profesional privado, más que del área gubernamental; los gobiernos permanecieron prácticamente indiferentes o, incluso, se mantuvieron hostiles al cambio». Por ejemplo, en la República Checa, los cambios han sido «principalmente el resultado del trabajo realizado por profesionales entusiastas que, a menudo, han trabajado de forma voluntaria». En la citada reunión se consideró que el espíritu de la psiquiatría oficial todavía predomina en los manicomios.

d) Latinoamérica: 1.- Derecho brasileño: La Constitución de 1988, asegura entre otros derechos la atención de la salud, fundamentándose en la dignidad de la persona, y asegurando la asistencia social para las personas carecientes, con la especial preocupación por obtener su rehabilitación y la promoción de su integración en la comunidad. La salida de los hospitales está consagrada, no obstante el alto grado de enfermos cuyas cifras se consideran elevadas. Hay que señalar que muchos manicomios externalan a pacientes y como un medio al respecto utilizan las llamadas “casas de medios caminos”, como un medio de hacer más fácil la convivencia con otros y particularmente familiar. Tratándose en particular de pacientes que estuvieron durante mucho tiempo internados, reciben la visita de profesionales de la materia que pueden suministrar los remedios apropiados y además asistirlos desde un punto de vista psicológico. Ello aparte se han realizado una serie de eventos que estudian la cuestión, como la tercera conferencia Nacional de Salud Mental efectuada en Bra-

silia durante tres días, con un gran asistencia y numerosas propuestas. La meta era el siguiente esquema: “cuidar si, excluir no” (5) (6).

2.- Derecho colombiano: Es a partir de 1915 que la jurisprudencia de la Corte Suprema de este país, trató una serie de directivas para encarrilar la actividad médica, así como a los establecimientos respectivos, considerando las normas que reglan la responsabilidad civil a partir de la expedición del Código Civil de 1887. Por lo demás en lo que hace a los deberes médicos están consagrados en una ley y su decreto reglamentario de 1981, motivo por lo cual el principio que establece que si bien con ellos se delimita la actividad médica los aplicables a la responsabilidad se rigen por el Código Civil, lo que abarca la materia contractual como la extracontractual. La culpa médica es profesional y solo existe cuando no queda cumplida una obligación en la actividad enmarcada dentro de un vínculo que preexistía. Es claro que no solamente se trata de una cuestión relacionada con la profesión, sino que puede derivar de hechos o circunstancias que tienen contacto directo o indirecto con el quehacer médico.

Es de señalar que la Corte Suprema asimiló al contrato que celebran los médicos, con un contrato de mandato, como si se tratara de una prestación de servicios en arrendamiento, ya que sin estar comprendidos en la nomenclatura y reglas legales del caso, según otras reglas se los asimila a dicha figura del mandato, rigiendo sus reglas, así como la de servicios inmateriales que no se opongan a aquéllas.

Los establecimientos sanitarios y hospitalarios, así como todos los que prestan servicios de salud, sean públicos o privados, están destinados a la atención cubriendo la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación física o mental.

Capítulo 1.- Avances de las enfermedades mentales.

En otras épocas las categorías principales eran: psicosis, neurosis, desequilibrios de la personalidad, alcoholismo, trastornos relacionados con el uso de otras sustancias y de carácter orgánico. El retraso mental e, inclusive la epilepsia, en ocasiones han sido consideradas categorías de trastornos mentales. Esta tendencia se observa en algunos de los documentos de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Sin embargo, esta

(5) Salud Mental. Tutela Jurídica, Alfredo Jorge Kraut, ed. Rubinbzal-Kulzoni, ps. 391/95.

(6) Tratado de responsabilidad médica, director Marcelo J. López Mesa, 457 y ss.

práctica ya no es apropiada y sólo existen antiguos prejuicios sobre esta materia. Según la clasificación internacional de las enfermedades (CIE) define los trastornos mentales de la siguiente manera: la existencia de un conjunto clínicamente reconocible de síntomas o comportamientos asociados en la mayor parte de los casos con dificultades e interferencias en la actividad personal. Vale decir que ello importa tener una serie de inconvenientes que provienen de la actividad personal y socio cultural del sujeto afectado por la enfermedad.

Diversos comportamientos como los políticos, religiosos o sexuales y los conflictos entre el individuo y la sociedad no son trastornos mentales, a menos que esos comportamientos impliquen una alteración o desviación de la conducta apropiada y admisible del sujeto.

Cabe señalar que hay muchos factores que contribuyen a la aparición de la enfermedad mental. Estos factores pueden ser clasificados de la siguiente manera:

1. *Factores biológicos* (herencia; riesgos pre y posnatales, y enfermedades físicas).
2. *Factores psicológicos* (separación temprana, experiencias traumáticas y sentido escaso de la coherencia).
3. *Factores sociales* (falta de apoyo social, bajo nivel social, desempleo y desintegración social).
4. *Factores familiares* (enojos y desencuentros entre cónyuges, con los hijos y parientes colaterales y políticos).

El factor productor de estrés y hace vulnerable al sujeto llevándolo a la esquizofrenia, se considera que es el más apropiado para explicar un buen número de trastornos mentales. Algunos producen e incrementan la vulnerabilidad del enfermo mientras que otros actúan como factores que aceleran o mantienen la enfermedad. El aumento del estado vulnerable del sujeto, puede deberse a factores hereditarios o a factores biológicos, que influyen en el desarrollo cerebral durante el embarazo, bien a factores asociados con el cuerpo (p. ej., enfermedades o lesiones) y, evidentemente, también, a factores psicosociales, como el vínculo inseguro y la separación materna. En las etapas más avanzadas de la infancia, el abuso físico, el abuso sexual y el abandono son causas importantes de problemas psiquiátricos. Los factores que limitan generalmente son acontecimientos vitales adversos o dificult-

tades en el desarrollo personal. (p. ej., el comienzo de la educación forzada en los colegios o si se lo aleja del hogar paterno por razones ajenas a su voluntad).

Capítulo I

Derechos y garantías

ARTICULO 1°— La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

DOCTRINA AL ART. 1

Esta disposición, fundada en los derechos humanos que comprende a los derechos personalísimos, abarca todos los aspectos relacionados con la medicina preventiva y curativa de las personas que sean susceptibles de padecer enfermedades mentales, incluida las que acorde con el art. 152 bis del Código Civil, por disminución de sus facultades, embriaguez y prodigalidad, si bien son capaces de hecho, tiene que ser tutelados con un curador que vigile sus actos de disposición, aunque están facultados a realizar actos de administración, siempre y cuando no hayan sido limitados al respecto por sentencia del juez que interviene. Acorde con la aplicación obligatoria y su incorporación al derecho interno, se impone la tutela de estos derechos aun en el supuesto de que no hubieren sido establecidos expresamente.

Debe recordarse que al respecto, como normas de carácter obligatorio y superior (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), y que no pueden derogar las normas de la primera parte de la Constitución, como son la libertad de las personas, la libertad de expresión y de prensa, la libertad de locomoción; la inviolabilidad de la propiedad, entre otras, se han incorporado algunas de las siguientes directivas internacionales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos; La Convención Americana sobre derechos humanos; El Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial La Convención sobre los Derecho del Niño.

ARTICULO 2°— Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990, se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas.

DOCTRINA AL ART. 2

Estos instrumentos son las fuentes para la planificación de las políticas que sobre la materia se aplican en el orden interno. De ahí que en un supuesto de derogación de estas disposiciones internas la norma internacional referida que tiene jerarquía constitucional estaría vigente estableciendo la referida protección.

Capítulo II

Definición

ARTICULO 3°— En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas.

En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de:

a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso;

b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona;

c) Elección o identidad sexual;**d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización.****DOCTRINA AL ART. 3**

Esta norma viene a cubrir en forma universal todos los aspectos relacionados con la protección de los enfermos por causas de salud mental, a la cual se puede determinar como el equilibrio de las distintas esferas que hacen a la proyección vital del ser humano. La ausencia de todo síntoma o conducta que muestre un desequilibrio en las relaciones humanas implica que la persona tiene libre su accionar y puede tomar todas las decisiones relacionadas con su persona en el entorno que la rodea.

No es admisible hacer ningún tipo de diagnóstico en el área de la salud mental cuando la persona no revela hacia el exterior, conductas o decisiones que muestren alguna desviación frente a la normalidad o aparezcan síntomas de enfermedad.

ARTICULO 4°— Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud.

DOCTRINA AL ART. 4

En esta norma la adicción se plantea como una enfermedad mental que debe ser tratada para su curación, en cambio está penalizado el tráfico de drogas tanto en el orden nacional como internacional.

ARTICULO 5°— La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

DOCTRINA AL ART. 5

Los pacientes deben ser evaluados en cada caso particular, para establecer si su situación personal puede producir daños a terceros o agravar su incapacidad, evaluación que corresponde que se realice por un equipo interdisciplinario a que se refiere la ley.

Capítulo III

Ambito de aplicación

ARTICULO 6°— Los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en la presente ley.

DOCTRINA AL ART. 6

Todas las entidades públicas o privadas que brinden servicios de salud tendrán que ajustar su acción jurídica a las directivas de esta ley

Capítulo IV

Derechos de las personas con padecimiento mental

ARTICULO 7°— El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos:

a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud;

b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia;

c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos;

d) Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria;

e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe;

f) Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso;

g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas;

h) Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión;

i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado;

j) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales;

k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades;

l) Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación;

m) Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente;

n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable;

o) Derecho a no ser sometido a trabajos forzados;

p) Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados.

DOCTRINA AL ART. 7

El Estado reconoce en estas normas una serie de derechos los que protegen la integridad del enfermo. Estos derechos se dirigen no solo a la

persona individual sino también acerca de los que la rodean, tales como su familia, las entidades de salud, los profesionales que intervienen en dichas entidades y prohíbe imponerles tareas que pueden ser consideradas antinaturales, tales como los trabajos forzados, así como ser objeto de investigaciones médicas, tratamientos experimentales sin el consentimiento del paciente y de sus allegados. Las modificaciones son en principio admitidas por una natural decisión ante la situación por la que pasa el interesado, el cual puede pedir que se revea su condición, atendiendo a la evolución saludable del mismo.

A fin de resguardar la libre determinación de la persona esta debe ser informada de su estado y del desarrollo del mismo en el futuro. De este modo el consentimiento es válido y debe ser reconocido por los terceros o allegados que lo rodean. La ley veda toda discriminación sea por un padecimiento mental presente o que ya había sido superado.

Dentro de la discriminación que prohíbe la ley hace especial hincapié en la posibilidad de percibir remuneración, acerca de tareas que se han realizado durante su estado terapéutico y que son de su especialidad y pueden comercializarse.

Capítulo V

Modalidad de abordaje

ARTICULO 8°— Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes.

DOCTRINA AL ART. 8

Como será explicado al comentar normas que le siguen a esta, debe intervenir un equipo interdisciplinario en las diferentes áreas médicas para evaluar el estado del paciente.

ARTICULO 9°— El proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales.

DOCTRINA AL ART. 9

Esta norma prevé la independencia de la atención del paciente fuera del ámbito hospitalario, con la debida intervención interdisciplinaria y con el apoyo del círculo más íntimo familiar y social. De esta manera el paciente se integra a la vida normal que facilita su mejoramiento.

ARTICULO 10. — Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley.

Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.

DOCTRINA AL ART. 10

El principio del consentimiento informado implica ponerlo al paciente en conocimiento de su estado y del tratamiento al que será sometido. Solo la ley puede establecer una atención no informada por razones de orden público, para preservar al paciente y la sociedad en general.

Las personas que sin ser dementes sufren una patología que disminuye su capacidad, impone la ley el derecho a la información de su estado, empleándose medios aptos para el entendimiento de dicha información. Tales como los audífonos, anteojos, el sistema braille de escritura.

ARTICULO 11. — La Autoridad de Aplicación debe promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con las áreas de educación, desarrollo social, trabajo y otras que correspondan, implementen acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria. Se debe promover el desarrollo de dispositivos tales como: consultas ambulatorias; servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional; atención domiciliaria supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares y comunitarios; servicios para la promoción y prevención en salud mental, así como otras prestaciones tales como casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas.

DOCTRINA AL ART. 11

Esta disposición tiene gran importancia porque acerca al enfermo al grupo de personas que lo pueden ayudar en su situación y actividades

posibles. Cuanto mayor fuere tal apoyo y asistencia, se proyecta la posible curación o por lo menos un adelanto en el panorama de su vida de relación que mejora las expectativas para lograr un resultado favorable para su salud. La norma hace mención a los organismos comprometidos con el proceso de curación del paciente.

ARTICULO 12. — La prescripción de medicación sólo debe responder a las necesidades fundamentales de la persona con padecimiento mental y se administrará exclusivamente con fines terapéuticos y nunca como castigo, por conveniencia de terceros, o para suplir la necesidad de acompañamiento terapéutico o cuidados especiales. La indicación y renovación de prescripción de medicamentos sólo puede realizarse a partir de las evaluaciones profesionales pertinentes y nunca de forma automática. Debe promoverse que los tratamientos psicofarmacológicos se realicen en el marco de abordajes interdisciplinarios.

DOCTRINA AL ART. 12

Se prohíbe toda conducta que imponga sacrificios innecesarios al paciente debiendo administrarse la medicación que favorezca la evolución positiva de su salud, para lo cual resulta necesaria la actuación de un equipo interdisciplinario, a fin de que realice la evaluación de los medicamentos que fueren convenientes en pro de la salud del paciente. Esta intervención terapéutica no debe ser ejecutada en forma automática, es decir sin un examen profesional previo.

Capítulo VI

Del equipo interdisciplinario

ARTICULO 13. — Los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental. Todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales tienen derecho a la capacitación permanente y a la protección de su salud integral, para lo cual se deben desarrollar políticas específicas.

DOCTRINA AL ART. 13

Esta norma exige que los profesionales a cargo de la dirección y administración de los servicios y las instituciones, se consideren iguales en lo

que hace al ejercicio profesional, aunque es también necesario aquilatar sus condiciones que le permitan ejercer el cargo, así como tener idoneidad en los distintos conocimientos de la materia de que se trata. Por otra parte la ley pone a los trabajadores en igual condición para que puedan capacitarse permanentemente y hasta los protege en su propia salud, imponiendo la necesidad de que se realicen políticas al respecto.

Como bien se ha dicho se uno hace un recorrido por las distintas normas, se da una defensa muy acentuada a la interdisciplina, dado que los profesionales con título, pueden ocupar cargos de conducción y hacer gestiones en las instituciones previa evaluación de su aptitud para ejercer el cargo e integrar los conocimientos respectivos de modo interdisciplinario. Quedan equiparadas dos especialidades las de los psicólogos y la de los psiquiatras, lo que se ha dicho que colisiona con las leyes 17.132 y 2322. Uno de estos profesionales, juntamente con otro de diferente disciplina (como asistentes, enfermeros, terapeutas), tienen facultades para disponer las internaciones, lo que se critica en tanto sobrepasa a la potestad del juez.

Capítulo VII

Internaciones

ARTICULO 14. — La internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. Debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo en aquellas excepciones que por razones terapéuticas debidamente fundadas establezca el equipo de salud interviniente.

DOCTRINA AL ART. 14

Dado que la internación atañe a la libertad de las personas que es un derecho fundamental, la norma le da un carácter excepcional y únicamente la admite si resulta más beneficiosa con relación a las terapias anteriormente aplicadas. Insistiéndose en que se promuevan los vínculos tanto familiares como sociales, a menos que el equipo de salud que intervenga atendiendo a razones propias de la terapia lo establezca.

ARTICULO 15. — La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios. Tanto la evo-

lución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica. En ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes.

DOCTRINA AL ART. 15

Por las razones expuestas en el comentario al artículo anterior, la ley exige que la internación sea lo menos extendida posible. En la historia clínica debe dejarse constancia a diario, tanto de la evolución del paciente como de la intervención realizada por el equipo. Esta exigencia sobre la menor restricción a la libertad de la persona, determina que la ley no admita la prolongación por aspectos que hacen a lo social o a la vivienda.

ARTICULO 16. — Toda disposición de internación, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas, debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra;

b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar;

c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. Sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria.

DOCTRINA AL ART. 16

La norma exige diversos recaudos para disponer la internación, rodeando al paciente de la mayor protección puesto que está en juego la libertad personal como ya se expuso. Entre tales recaudos cabe destacar de que por lo menos dos profesionales médicos, uno de los cuales tiene que ejercer la

especialidad de psicólogo o de psiquiatra, den cuenta de la necesidad de la internación, debiendo explicar las causas o motivos que la justifican y completando el proceso de internación con una evaluación y diagnóstico interdisciplinario. Es también obligatorio realizar una investigación sobre la identidad personal en lo que hace a sus tareas, oficios, actividades culturales, relaciones sociales, y lo que se vincula con su entorno familiar al que se encuentra unido y con el que proyecta su vida íntima.

El consentimiento que se le pide si el mismo corresponde a la persona o su representante legal, debe explicitar claramente su situación. La validez de dicho consentimiento es únicamente admisible si el paciente lo comprende por pasar por un estado lúcido, no solo en lo que hace a su persona sino también respecto de la situación en la que se encuentra. Pero si una vez internado y en su transcurso se pierde dicha lucidez, por las causas que enuncia la norma (estado de salud, terapias o medicamentos que se le aplican), esta internación asume el carácter de involuntaria, con las consecuencias que ello implica.

ARTICULO 17. — En los casos en que la persona no estuviese acompañada por familiares o se desconociese su identidad, la institución que realiza la internación, en colaboración con los organismos públicos que correspondan, debe realizar las averiguaciones tendientes a conseguir datos de los familiares o lazos afectivos que la persona tuviese o indicase, o esclarecer su identidad, a fin de propiciar su retorno al marco familiar y comunitario lo antes posible. La institución debe brindar colaboración a los requerimientos de información que solicite el órgano de revisión que se crea en el artículo 38 de la presente ley.

DOCTRINA AL ART. 17

Esta norma tiende a que el enfermo sea incorporado nuevamente al ámbito familiar y social que le corresponde. De ahí que impone a la institución que lo ha internado y a los organismos públicos, no solo la correspondiente investigación y ubicación de los familiares u otras personas que lo puedan ayudar al respecto, sino también poner en claro cual es su identidad, que facilitará su nuevo encuentro con dichos allegados y el ámbito social que le pertenece. Por otra parte la institución que lo internó tiene el deber de colaborar con la información que solicite el órgano de revisión (art. 38).

ARTICULO 18. — La persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la in-

ternación. En todos los casos en que las internaciones voluntarias se prolonguen por más de SESENTA (60) días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión creado en el artículo 38 y al juez. El juez debe evaluar, en un plazo no mayor de CINCO (5) días de ser notificado, si la internación continúa teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidos para esta última situación. En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión creado por esta ley.

DOCTRINA AL ART. 18

Acorde con dicho artículo, la persona internada tendrá la facultad de decidir por sí mismo abandonar la internación. Ahora bien, si la internación de este caso se prolongara por más de sesenta días corridos, el "Equipo de Salud" tiene la obligación de comunicar tal circunstancia al Órgano de Revisión que se creará en el ámbito del Ministerio Público y al juez. Este tiene que considerar en el plazo de cinco (5) días el carácter voluntario o involuntario de tal internación

ARTICULO 19. — El consentimiento obtenido o mantenido con dolo, debidamente comprobado por autoridad judicial, o el incumplimiento de la obligación de informar establecida en los capítulos VII y VIII de la presente ley, harán pasible al profesional responsable y al director de la institución de las acciones civiles y penales que correspondan.

DOCTRINA AL ART. 19

Las maniobras ejecutadas por la autoridad judicial que pudieron ser verificadas, o la ausencia de la información de los capítulos sobre internaciones y derivaciones, responsabilizan tanto al médico como al director del organismo, pudiendo iniciarse acciones resarcitorias de carácter civil, como así también punitorias que están específicamente establecidas en el código penal.

ARTICULO 20. — La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación

involuntaria, además de los requisitos comunes a toda internación, debe hacerse constar:

a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo de este artículo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra;

b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento.

c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera.

DOCTRINA AL ART. 20

En caso de que fuere involuntaria es de aplicación dicho artículo que establece el carácter terapéutico excepcional de la internación, si el paciente no está en condiciones de emprender tratamientos que permitan dirigirse personalmente de un lugar a otro. Esta internación sólo es posible cuando el equipo de salud considere que el enfermo se encuentra en situación de riesgo cierto e inminente, con referencia a la persona de que se trata o respecto de terceros. Los requisitos propios de esta clase de internación deben cumplirse con una evaluación y un diagnóstico realizado por profesionales de las distintas ramas de la medicina, como pueden ser los médicos clínicos, psicólogos, psiquiatras y dependientes de los profesionales tal como los asistentes y enfermeros. Estos deben dar fundamentos firmados que la justifiquen pero no deben actuar menos de dos de aquellos profesionales, uno de los cuales tiene que ser especialista en la salud mental.

Se agrega a lo expuesto la exigencia de que se obtengan datos disponibles de la identidad y de las personas que componen su familia, con la finalidad de que se hagan cargo del enfermo. Y asimismo en casos de estado de lucidez el enfermo puede dar su consentimiento informado, es decir que previamente se le haya hecho conocer su estado y situación. Pero este consentimiento se invalida en caso de que aquel estado de lucidez se pierda durante la internación, ya sea por un desmejoramiento de su salud o si ha ingerido medicamentos contraproducentes, o bien si se le aplicaron terapias que reducen su lucidez. Si las condiciones expuestas no se presentan, los sanatorios y hospitales que la realizan en colaboración con las autoridades públicas (El Registro Nacional de las Personas;

el Registro Civil u otras autoridades) tienen que averiguar los datos que permitan identificar a los familiares o a quienes tengan lazos de afecto por convivencia, trato o relaciones similares, para determinar su identidad y dar cumplimiento con los fines indicados.

Por otra parte, para esta clase de internación debe acompañarse un dictamen profesional en el que conste la situación de riesgo que no haya dudas de tal situación y que sea inmediato tal como la norma ya había establecido. Se exige además la firma de dos profesionales de la medicina, uno de los cuales tiene que ser psicólogo o psiquiatra neutral, en el sentido de que carezca de vínculo parental, amistoso o económico. Dado que esta internación es de gravedad por coartar la libertad de la persona, la ley previene que no exista alguna otra alternativa que tenga eficacia para su tratamiento y exige un informe de los actos médicos anteriores en el supuesto de que se hubieren efectuado.

ARTICULO 21. — La internación involuntaria debidamente fundada debe notificarse obligatoriamente en un plazo de DIEZ (10) horas al juez competente y al órgano de revisión, debiendo agregarse a las CUARENTA Y OCHO (48) horas como máximo todas las constancias previstas en el artículo 20. El juez en un plazo máximo de TRES (3) días corridos de notificado debe:

a) Autorizar, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley;

b) Requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria y/o;

c) Denegar, en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata.

DOCTRINA AL ART. 21

El juez sólo puede ordenar por sí mismo una internación involuntaria cuando, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 20, el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla.

Las razones expuestas sobre la gravedad de las disposiciones a tomar, impone la notificación dentro de las 10 horas al juez competente en razón de la materia y el territorio. Agrega la ley que dicha comunicación se debe completar con la que se efectuará al órgano de revisión que crea el art. 38 y que se determina en su composición por el art. 39, estableciendo sus funciones el art. 40 que más adelante se expondrán.

Asimismo la referida norma establece que las constancias requeridas en el art. 20 se tendrán que agregar dentro de las 48 sin poder sobrepasarlas. Por otra parte el magistrado interviniente, en tres días como máximo, tiene que autorizar la internación examinando previamente si están dadas las causales legales. También debe requerir que se amplíen los informes de los médicos que han intervenido o que se expidan peritos de la materia no vinculados con la institución, para evaluar si los antecedentes justifican la internación involuntaria, siempre que no causen perjuicios a la evolución del tratamiento. Queda comprendido que tiene que denegar, si estima que no hay motivaciones para la internación involuntaria, su mantenimiento y ordenar la externación inmediata. Esta disposición tiene superior relevancia atendiendo a la libertad de la persona como bien supremo.

Debe tenerse en cuenta que solo es posible para el juez ordenar la internación involuntaria, siempre que se cumplan los requisitos del art. 20 ya explicado y que intervenga el “servicio de salud” negándose a efectuar dicha internación.

ARTICULO 22. — La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento.

DOCTRINA AL ART. 22

En el actual artículo 22 la persona internada involuntariamente o su representante legal tienen derecho a designar un abogado. Esta facultad en caso de no ser ejercitada impone al Estado proporcionarle tal asistencia legal a partir de la misma internación. Este defensor letrado tiene facultades para oponerse a la internación, pero también a petitionar la externación siempre que así lo considere como justo y apropiado. A fin de que estas facultades fueren posibles el juzgado tiene que permitirle petitionar

las actuaciones, revisarlas y de esta forma hacer el control a que se refiere la norma.

En el anterior régimen se hacía necesaria la declaración judicial que dispusiera levantar la interdicción. Esta declaración que también se prevé en el actual art. 484.

ARTICULO 23. — El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. El mismo deberá ser informado si se tratase de una internación involuntaria, o voluntaria ya informada en los términos de los artículos 18 ó 26 de la presente ley. El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 16 apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente. Queda exceptuado de lo dispuesto en el presente artículo, las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal.

DOCTRINA AL ART. 23

El actual sistema da facultad al “equipo de salud” no solo para el alta sino también para disponer la externación o permisos de salida sin requerir autorización del juez. Dicho equipo deberá informar al juez si se tratare de una internación involuntaria o cuando se tratare de la decidida por el propio paciente que ya había sido informada. Por otra parte el citado equipo asume la obligación a externar a la persona.

Cuando la externación de que se trata los casos que contempla el art. 34 del Código Penal, que en su segundo párrafo estatuye que el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio del que no puede ser externado sin resolución judicial, a la que previamente corresponde dar audiencia al ministerio público y que se expidan peritos de la materia que hayan declarado que ha desaparecido el peligro que el internado presentaba, tanto si ese peligro se cernía sobre otras personas o sobre terceros. Es claro que si se dicta la absolución del acusado el tribunal que interviene podrá disponer, según la norma, la reclusión, que es la internación, en un establecimiento adecuado, lo que se mantiene hasta que se comprare que ya no existen las condiciones que lo hicieron peligroso.

En una especie de seguimiento en pro de la libertad como principio sustancial, se exige que el magistrado dentro de los treinta días corridos como máximo, requiera informes para percatarse si continúan las razo-

nes que motivaron la internación. De tal manera queda facultado para en modo inmediato disponer dicha externación.

ARTICULO 24. — Habiendo autorizado la internación involuntaria, el juez debe solicitar informes con una periodicidad no mayor a TREINTA (30) días corridos a fin de reevaluar si persisten las razones para la continuidad de dicha medida, y podrá en cualquier momento disponer su inmediata externación.

DOCTRINA AL ART. 24

Si transcurridos los primeros NOVENTA (90) días y luego del tercer informe continuase la internación involuntaria, el juez deberá pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento, y en lo posible independiente del servicio asistencial interviniente, a fin de obtener una nueva evaluación. En caso de diferencia de criterio, optará siempre por la que menos restrinja la libertad de la persona internada.

ARTICULO 25. — Transcurridos los primeros SIETE (7) días en el caso de internaciones involuntarias, el juez, dará parte al órgano de revisión que se crea en el artículo 38 de la presente ley.

DOCTRINA AL ART. 25

Ahora bien si son 90 días los que transcurren y habiéndose producido el tercer informe persistiese la internación involuntaria, el magistrado tiene que comunicar al Organismo de Revisión la necesidad de designar un equipo interdisciplinario distinto al que ya intervino y haciéndose aconsejable que no fuere dependiente del servicio asistencial interviniente, con el objeto de que se expida una nueva evaluación. Si estos organismos no tuvieren el mismo criterio, debe inclinarse la solución por la que sea proclive a preservar la libertad personal.

Pero la ley prevé con mayor inclinación hacia la preservación de la libertad, que si han transcurrido nada más que siete días, debe el juez dar parte al Organismo de Revisión ya referido del art. 38.

ARTICULO 26. — En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

DOCTRINA AL ART. 26

El procedimiento explicado sobre la internación involuntaria que proviene de los artículos 20 al 25, rige también para la internación de los menores e incapaces. Más si se tratare de niños o adolescentes, rigen las normas que tutelan a los derechos del niño. En tal sentido cobra relevante importancia la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que por ley 23.849, le ha sido otorgada jerarquía constitucional acorde con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la ley magna.

ARTICULO 27. — Queda prohibida por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En el caso de los ya existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos. Esta adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos.

DOCTRINA AL ART. 27

A fin de proceder a la internación tanto de varones como de mujeres, se cuenta con dos nosocomios neuropsiquiátricos de amplitud e importancia, con atención médica permanente y con lugares en donde se sujeta a los individuos que por causa de su enfermedad, presentan signos de violencia o alteración riesgosa. Tanto el Borda como el Moyano cumplen tales objetivos. En la nueva ley quedó prohibida la creación de nuevos hospitales de dichas características, sean estos públicos como privados. Claro esta que estos que tienen vigencia deben adaptarse a las reglas y principios precedentemente enunciados, lo que subsistirá hasta la sustitución no transitoria, sino definitiva de los mismos. Pero para proteger las fuentes de trabajo y a los trabajadores empleados, la ley no admite que se reduzca la planta de personal, ni que se disminuyan los derechos que ya habían sido adquiridos por ellos.

Por otra parte, como ya se ha visto, se protege al personal que actuaba en dichos nosocomios, vedándose no solo modificar los derechos con que ese personal contaba sino también la integridad del conjunto de personas que allí actuaban.

ARTICULO 28. — Las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales. A tal efecto los hospitales de la red pública deben contar con los recursos necesarios. El rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de

tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

DOCTRINA AL ART. 28

La prohibición de crear nuevos nosocomios, queda sin embargo reemplazada por la facultad que se adjudica a los hospitales generales o sea para todo tipo de enfermedad, de recibir y tratar las demencias y otros pacientes de tales características. Tal facultad sin embargo se convierte en una obligación, ya que la norma establece la calificación de discriminatoria la no admisión de los pacientes, sea que éstos tengan un tratamiento definitivo o solamente pasajero, cuyo efecto se considera aplicable la ley 23.592, que incrimina toda conducta que menoscabe los derechos fundamentales por razones que hacen a la raza, religión, nacionalidad, ideología u opiniones políticas o gremiales, así como por condición de género, situación de riqueza o pobreza, estatus social o condiciones orgánicas.

ARTICULO 29. — A los efectos de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud son responsables de informar al órgano de revisión creado por la presente ley y al juez competente, sobre cualquier sospecha de irregularidad que implicara un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía. La sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no relevará al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persistiera. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral y no será considerado como violación al secreto profesional.

Debe promoverse la difusión y el conocimiento de los principios, derechos y garantías reconocidos y las responsabilidades establecidas en la presente ley a todos los integrantes de los equipos de salud, dentro de un lapso de NOVENTA (90) días de la sanción de la presente ley, y al momento del ingreso de cada uno de los trabajadores al sistema.

DOCTRINA AL ART. 29

El personal debe informar al llamado “Órgano de Revisión” y al juez que intervenga sobre cuál es la duda de alguna irregularidad que afecte a la dignidad de la persona o que se cometan irregularidades que lleven a pensar en que hay un trato inhumano, como así también que se producen acciones que coarten su libre decisión. No obstante tal información la ley

deja aclarado que la referida comunicación a quien dirija la institución no levanta la responsabilidad del equipo que interviene si tal situación persiste. Por otra parte se impone la discreción y no comunicación de la identidad preservándose su condición laboral y dejándose aclarado que los profesionales por haber actuado como se ha visto no han violado por ello el secreto profesional que en todo momento deben mantener.

Para que tales conductas no fueren ocultadas o desconocidas deben difundirse y darse a conocer en un plazo de 90 días, que ante la no precisión legal se contarán en días corridos o sea sin atender feriados ni domingos, los principios, derechos y garantías, así como la responsabilidad que se acarrea por los que participan en los equipos de salud, pero también al ingresar los dependientes en el sistema.

Capítulo VIII

Derivaciones

ARTICULO 30. — Las derivaciones para tratamientos ambulatorios o de internación que se realicen fuera del ámbito comunitario donde vive la persona sólo corresponden si se realizan a lugares donde la misma cuenta con mayor apoyo y contención social o familiar. Los traslados deben efectuarse con acompañante del entorno familiar o afectivo de la persona. Si se trata de derivaciones con internación, debe procederse del modo establecido en el Capítulo VII de la presente ley. Tanto el servicio o institución de procedencia como el servicio o institución de destino, están obligados a informar dicha derivación al Organismo de Revisión, cuando no hubiese consentimiento de la persona.

DOCTRINA AL ART. 30

Derivaciones.- A fin de dar la mayor protección a los enfermos mentales, la modificación con respecto a los tratamientos ambulatorios, es decir fuera de todo nosocomio o a la inversa desde esta situación a la de una internación, y ello ocurre sin tener en cuenta el ambiente donde vivía o donde otros lo acompañaban, sea social o parentalmente, están únicamente permitidas en lugares en que estén naturalmente protegidas. Por iguales motivos cuando se los lleva de un lugar a otro se requiere que estén acompañados por dichos familiares o personas que han demostrado sentimientos de cariño, trato afectuoso, a fin de que tales traslados no se hagan efectivos forzando la voluntad o con desconfianza hacia las personas que los realizan. Ahora bien si esos traslados se cumplen de una institución de internación a otra, la norma obliga a cumplir con lo estatuido en el capí-

tulo VII, que sienta una serie de principios como los del carácter restrictivo de ella y de brevedad en todos los casos de la internación, así como el consentimiento informado, o sea dando explicaciones de la causa, el lugar y el tiempo probable y el mantenimiento del contacto con personas de su confianza y cercanía pero hay que señalar que la norma, cuando se carece de ese consentimiento de la persona, impone la necesidad de que el órgano de revisión reciba el informe del servicio o institución del cual provino el paciente y también el lugar donde quedará internado.

Capítulo IX

Autoridad de Aplicación

ARTICULO 31. — El Ministerio de Salud de la Nación es la Autoridad de Aplicación de la presente ley, a partir del área específica que designe o cree a tal efecto, la que debe establecer las bases para un Plan Nacional de Salud Mental acorde a los principios establecidos.

DOCTRINA AL ART. 31

Autoridades de aplicación.- Tales autoridades naturalmente provienen como principal entidad del Ministerio de Salud de la Nación, el cual tiene por función la designación de un área específica que se crea con el fin de establecer todas las reglas básicas que conformen un plan nacional de salud mental, que esté conforme con los principio establecidos por este orden jurídico.

ARTICULO 32. — En forma progresiva y en un plazo no mayor a TRES (3) años a partir de la sanción de la presente ley, el Poder Ejecutivo debe incluir en los proyectos de presupuesto un incremento en las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar un mínimo del DIEZ POR CIENTO (10 %) del presupuesto total de salud. Se promoverá que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio.

DOCTRINA AL ART. 32

Se prevé que progresivamente y dentro de un plazo máximo de tres años a partir de la sanción de la ley, que el Poder Ejecutivo establezca un incremento presupuestario de hasta del 10 % como mínimo en las partidas destinadas a salud mental dentro del total destinado a salud en general. Y asimismo que cada distrito, o sea la Ciudad de Buenos Aires y las Provincias, adopten un criterio similar.

ARTICULO 33. — La Autoridad de Aplicación debe desarrollar recomendaciones dirigidas a las universidades públicas y privadas, para que la formación de los profesionales en las disciplinas involucradas sea acorde con los principios, políticas y dispositivos que se establezcan en cumplimiento de la presente ley, haciendo especial hincapié en el conocimiento de las normas y tratados internacionales en derechos humanos y salud mental. Asimismo, debe promover espacios de capacitación y actualización para profesionales, en particular para los que se desempeñen en servicios públicos de salud mental en todo el país.

DOCTRINA AL ART. 33

Ello aparte a fin de que se realicen los estudios necesarios en la formación profesional, se dispone que la Autoridad de Aplicación, recomiende a las Universidades, tanto si fueren públicas como privadas, que den instrucciones para que los profesionales, en cumplimiento de la ley expandan los conocimientos apropiados y también de los tratados internacionales de derechos humanos y de salud mental. Por lo demás para que tales objetivos se cumplan se ordena propiciar la formación de espacios en donde sea posible que dichos profesionales puedan desarrollar la capacitación y sobre todo actualizar sus conocimientos. Ello atendiendo a la totalidad del país.

ARTICULO 34. — La Autoridad de Aplicación debe promover, en consulta con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y con la colaboración de las jurisdicciones, el desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental públicos y privados.

DOCTRINA AL ART. 34

Asimismo, la citada Autoridad de Aplicación juntamente con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y en el radio de todas las jurisdicciones, tiene que determinar de que modo se hará la habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental en sus dos aspectos, públicos y privados.

ARTICULO 35. — Dentro de los CIENTO OCHENTA (180) días corridos de la sanción de la presente ley, la Autoridad de Aplicación debe realizar un censo nacional en todos los centros de internación en salud mental del ámbito público y privado para relevar la situación de las personas internadas, discriminando datos personales, sexo, tiempo de internación, existencia o no de consentimiento, situación judi-

cial, situación social y familiar, y otros datos que considere relevantes. Dicho censo debe reiterarse con una periodicidad máxima de DOS (2) años y se debe promover la participación y colaboración de las jurisdicciones para su realización.

DOCTRINA AL ART. 35

Además la ley prevé la realización de un censo nacional que abarque también a las instituciones públicas y privadas, con el propósito de que se establezca la situación de los internos dejando a la vista cuáles son sus datos de identidad, es decir, edad, sexo, raza y estado civil, exteriorizando cuál ha sido el tiempo de esa internación y si la misma ha sido por voluntad de la persona o sin ella.

A la par de estos datos, debe aclararse la situación judicial de los internos, y como están rodeados en su círculo familiar y socialmente. Se agrega que en ese censo pueden adjuntarse otros datos que se consideren de relieve para su confección. Por otro lado está previsto que el mismo será vuelto a realizar periódicamente en un lapso que no superará los dos años. A tal fin corresponde dar participación y que las jurisdicciones colaboren para hacerlo efectivo.

ARTICULO 36. — La Autoridad de Aplicación, en coordinación con los ministerios de Educación, Desarrollo Social y Trabajo, Empleo y Seguridad Social, debe desarrollar planes de prevención en salud mental y planes específicos de inserción socio-laboral para personas con padecimiento mental. Dichos planes, así como todo el desarrollo de la política en salud mental, deberá contener mecanismos claros y eficientes de participación comunitaria, en particular de organizaciones de usuarios y familiares de los servicios de salud mental. Se promoverá que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio.

DOCTRINA AL ART. 36

Se dispone en el art. 36 que las Autoridades realicen un programa para prevenir la posible enfermedad ante personas que presentan sus signos. En caso de que se padezca la enfermedad, también deben realizar planes de colocarlos en posibilidad de efectuar trabajos y reinserirse en el ámbito social. Tales planes y la dirección destinada a la salud mental, tendrá que tener sistemas no complicados y que presenten eficacia en la interacción de las personas entre sí, especialmente relacionados con las organizaciones de los afectados y sus familiares. Tal criterio debe tratar de

que se adopte por todas las jurisdicciones, o sea las provincias y ciudad de Buenos Aires.

ARTICULO 37. — La Autoridad de Aplicación, en coordinación con la Superintendencia de Servicios de Salud, debe promover la adecuación de la cobertura en salud mental de las obras sociales a los principios establecidos en la presente ley, en un plazo no mayor a los NOVENTA (90) días corridos a partir de la sanción de la presente.

DOCTRINA AL ART. 37

Dentro del plazo de 90 días como máximo la Autoridad de Aplicación juntamente con la Superintendencia de Servicios de Salud, deberán promover que las entidades prepagas adecuen a sus servicios a la cobertura de salud mental, cumpliendo los principios legales aquí desarrollados.

Capítulo X

Organo de Revisión

ARTICULO 38. — Créase en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa el Organo de Revisión con el objeto de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental.

DOCTRINA AL ART. 38

Esta disposición a fin de tutelar a los pacientes instituye un Organo de revisión que debe velar por la salud de los mismos y el acatamiento de los derechos que comprenden a la humanidad. A ese fin el Ministerio Público esta encargado de hacer efectiva la tutela expuesta.

ARTICULO 39. — El Organo de Revisión debe ser multidisciplinario, y estará integrado por representantes del Ministerio de Salud de la Nación, de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, del Ministerio Público de la Defensa, de asociaciones de usuarios y familiares del sistema de salud, de los profesionales y otros trabajadores de la salud y de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos.

DOCTRINA AL ART. 39

Se exige que el Organo de Revisión abarque todas las disciplinas que hacen a la materia, para lo cual se ordena su integración con los represen-

tantes de los respectivos responsables de los organismos públicos que correspondan a la materia y también incluye a asociaciones particulares de usuarios y familiares del sistema de salud, integrado tanto por los profesionales como los trabajadores especializados tales como las enfermeras, anestesistas y patólogos, etc.. Comprende también a las organizaciones particulares que se dedican a la defensa de los derechos humanos.

ARTICULO 40. — Son funciones del Organo de Revisión:

a) Requerir información a las instituciones públicas y privadas que permita evaluar las condiciones en que se realizan los tratamientos;

b) Supervisar de oficio o por denuncia de particulares las condiciones de internación por razones de salud mental, en el ámbito público y privado;

c) Evaluar que las internaciones involuntarias se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más del tiempo mínimo necesario, pudiendo realizar las denuncias pertinentes en caso de irregularidades y eventualmente, apelar las decisiones del juez;

d) Controlar que las derivaciones que se realizan fuera del ámbito comunitario cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 30 de la presente ley;

e) Informar a la Autoridad de Aplicación periódicamente sobre las evaluaciones realizadas y proponer las modificaciones pertinentes;

f) Requerir la intervención judicial ante situaciones irregulares;

g) Hacer presentaciones ante el Consejo de la Magistratura o el Organismo que en cada jurisdicción evalúe y sancione la conducta de los jueces en las situaciones en que hubiera irregularidades;

h) Realizar recomendaciones a la Autoridad de Aplicación;

i) Realizar propuestas de modificación a la legislación en salud mental tendientes a garantizar los derechos humanos;

j) Promover y colaborar para la creación de órganos de revisión en cada una de las jurisdicciones, sosteniendo espacios de intercambio, capacitación y coordinación, a efectos del cumplimiento eficiente de sus funciones;

k) Controlar el cumplimiento de la presente ley, en particular en lo atinente al resguardo de los derechos humanos de los usuarios del sistema de salud mental;

l) Velar por el cumplimiento de los derechos de las personas en procesos de declaración de inhabilidad y durante la vigencia de dichas sentencias.

DOCTRINA AL ART. 40

Funciones del Órgano de Revisión.- A fin de valorar en qué condiciones se realizan los tratamientos el Órgano puede requerir información, supervisar por propia decisión o por denuncia de terceros a las ya citadas instituciones; estimar si las internaciones involuntarias son admisibles y que no sobrepasen el lapso que se corresponda con su estado; con facultad de denunciar si se producen irregularidades y en todo caso interponer recurso de apelación de la resolución del juez, así como hacer el control de las derivaciones ya explicadas del art. 30. Informar y realizar recomendaciones de acuerdo a lo ya expuesto anteriormente a la Autoridad de Aplicación; ante irregularidades puede acudir a la justicia. Presentar denuncias al Consejo de la Magistratura u Organismos que hagan sus veces en las distintas jurisdicciones, para estimar y sancionar el proceder de los jueces. Con el fin de garantizar los derechos humanos, este órgano tiene facultades para peticionar en el Poder Legislativo las modificaciones que fueren convenientes y controlar el cumplimiento legal; en las distintas jurisdicciones deberá promover la creación de un Órgano de Revisión, facilitando el intercambio, la capacitación y coordinación en orden a la efectiva función que cumple. Asegurar el cumplimiento de los derechos de las personas que han sido procesadas por inhabilitación (arts. 152 bis y 152 ter incorporado por la presente ley al Código Civil).

Capítulo XI

Convenios de cooperación con las provincias

ARTICULO 41. — El Estado nacional debe promover convenios con las jurisdicciones para garantizar el desarrollo de acciones conjuntas tendientes a implementar los principios expuestos en la presente ley. Dichos convenios incluirán:

a) Cooperación técnica, económica y financiera de la Nación para la implementación de la presente ley;

b) Cooperación para la realización de programas de capacitación permanente de los equipos de salud, con participación de las universidades;

c) Asesoramiento para la creación en cada una de las jurisdicciones de áreas específicas para la aplicación de políticas de salud mental, las que actuarán en coordinación con la Autoridad de Aplicación nacional de la presente ley.

DOCTRINA AL ART. 41

Convenios interprovinciales.- El Estado Nacional a fin de dar certeza al desarrollo efectivo de una acción conjunta, debe procurar que se realicen convenios jurisdiccionales que incluyan cooperación técnica y sustentable económicamente; programas permanentes de capacitación de los equipos de salud dándoles participación a las Universidades. También el Estado debe asesorar para que se creen dentro de las jurisdicciones áreas específicas en salud mental y que deben actuar juntamente con la autoridad de aplicación nacional de esta ley.

Capítulo XII

Disposiciones complementarias

ARTICULO 42. — Incorpórase como artículo 152 ter del Código Civil:

Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

DOCTRINA AL ART. 42 (152ter. Cód. Civil)

Declaración de incapacidad. Plazo y condiciones para su aplicación. Las evaluaciones interdisciplinarias a que se refiere la nueva norma tienen que comprender a cada uno de los casos que quedan abarcados por la inhabilitación. Así para el supuesto de ebriedad o drogadicción habrá que acudir a personal que en general, dentro de la ciencia médica (médicos, enfermeras, asistentes hospitalarios) estén capacitados para detectar la ingesta del alcohol o la droga de que se trate, su incidencia en la

personalidad y efectos a causa de ello. Ahora bien, como el adicto puede recuperarse a través de la asistencia en centros que tienen por finalidad la rehabilitación, la ley limita a tres años la inhabilitación, entendiéndose implícitamente que su recaída admite una nueva evaluación profesional.

El límite de tres años es prudente por cuanto la persona tiene restringida en parte la totalidad de su capacidad y la norma tiene por finalidad respetar en lo posible la capacidad plena del individuo. Así también es prudente que los jueces, a través del asesoramiento de los facultativos establezcan las funciones y actos que se limitan, ya que las personas, tanto en sus relaciones de familia como en las patrimoniales, pueden presentar distintas conductas, algunas admisibles y otras que conviene limitar. Por ejemplo, un buen padre de familia que cae en actos de prodigalidad en ciertas y determinadas circunstancias de sus negocios, por lo que es en esta área que sus actos han de quedar limitados, no así en la educación de sus hijos menores, en su relación conyugal, padres etc. (Código Civil comentado y anotado, T° I, pág. 172, 3ª edición, Edit. La Ley Año 2011)

ARTICULO 43. — Sustitúyese el artículo 482 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 482: No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.

DOCTRINA ART. 43 (Art. 482 Código Civil)

En el segundo párrafo se ha ampliado la facultad de internación respecto de las personas que la pueden ordenar, dado que además de las autori-

dades policiales, es esta ahora posible efectuarla por cualquier autoridad pública en ejercicio de sus funciones. Por otra parte, se exige en esta nueva norma que haya riesgo cierto y eminente para sí y para terceros.

En el tercer párrafo se exige ahora la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud, no solamente a las personas con padecimientos mentales y adicción a las drogas, sino a aquellas que en general requieran asistencia en hospitales o sanatorios que se adecuen a cierto tipo de anormalidades, no obstante no estar encuadradas en la incapacidad declarada o en la inhabilitación del art. 152 bis.

Justificación de la internación. Ciertos tipos de demencia hacen ineludible la internación del demente. Por lo común, esta medida es dolorosa para el enfermo; de ahí que revista carácter excepcional y que sólo pueda ser dispuesta en los casos en que, usando de su libertad, sea de temer que se dañe a sí mismo o a terceros. Se exige la evolución de un equipo interdisciplinario del servicio asistencial, pero siempre bajo el control del juez. En forma mucho más amplia la modificación admite también la internación aun sin que sea necesario atender a la posible necesidad de la declaración de incapacidad o inhabilitación, basta pienso que a estos extremos pueda llegarse para prevenirlos, amplitud que en mi opinión resulta excesiva y proclive a coartar la libertad de las personas, por pretextos no justificables.

En lo que atañe a los peligros que de la enfermedad puedan derivar para el propio insano, no es indispensable que haya un riesgo de dañarse a sí mismo; la internación se justifica siempre que el tratamiento médico haga aconsejable el aislamiento. Con respecto a los terceros, el peligro más común será el de la agresión física, en caso de demencia agresiva o persecutoria; pero también debe admitirse la internación en caso de que el demente use de su aparente lucidez, de su posición social y relaciones, y de la impunidad derivada de su estado mental, para defraudar reiteradamente a numerosas personas. La ley exige que sea un equipo interdisciplinario el que intervenga aunque mantiene el posterior control judicial. Serán las autoridades públicas no solo las policiales quienes tengan dicha misión, pero además la evaluación exige que haya control del juez. Asimismo el juez debe intervenir cuando la internación se produce por los que pueden pedir la declaración de demencia, según los cinco incisos del art. 144.

Internación judicial. Como principio, nadie puede ser internado sino después de la sentencia que lo declare demente, salvo que la enfermedad fuera notoria o peligrosa. Esta regla admite, sin embargo, dos importantes excepciones:

a) El juez podrá disponer la internación del presunto insano, durante el trámite del juicio, a fin de que el equipo médico interdisciplinario pueda estudiar debidamente al causante.

b) A pedido de las personas enumeradas en el art. 144, el juez, previa sumaria información, podrá asimismo disponer la internación de personas que, aunque no justifiquen la interdicción por demencia, requieran asistencia en establecimientos adecuados. No se trata de dementes propiamente dichos en sentido jurídico, pero sí de personas que tienen alteraciones mentales que aconsejan un tratamiento médico; y suele ocurrir que el enfermo no tiene una comprensión cabal del problema o aún teniéndola, carece de la fuerza de voluntad suficiente o de la decisión para internarse. Esta norma tiene, pues, un sentido tutelar del propio enfermo.

Si bien en este art. 43 en su tercer párrafo no se prevé la designación de un defensor especial que tenía por misión en el anterior, asegurar que la internación no se prolongara más de lo indispensable y aún evitarla si esta fuere innecesarias o esta asistencia pudiera ser prestada por las personas obligadas a alimentarlos. (Código Civil comentado y anotado, T I, pág. 516, 3ª edición, Edit. La Ley Año 2011)

JURISPRUDENCIA

Nota del Autor: la siguiente jurisprudencia es anterior a la actual redacción del art.482 modificado por la presente Ley.

• **Aceptar la internación de una persona sin orden judicial y el mantenimiento de esa situación irregular sin control periódico alguno durante la tramitación de un conflicto de competencia, no significa otra cosa que convalidar la violación del estatuto básico de los derechos fundamentales de las personas con padecimientos —reales o presuntos— como los enunciados en el art. 482, párrafos 2 y 3 del Cód. Civil, tornándose así ilusorio el contenido de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso (Corte Suprema de Justicia de la Nación 27/12/2005 T., R. A. LA LEY 28/04/2006, 4, con nota de Nicolás Diana)**

• **La debida tutela de los derechos esenciales de la persona sometida a una internación forzosa, impone al juez del lugar en que ella se desarrolla, la obligación de tomar las medidas urgentes que sean necesarias, por lo cual en el supuesto de suscitarse una contienda de competencia, su deber no cesa hasta tanto el conflicto no sea resuelto o bien —según sea el caso— hasta que el juez del domicilio del causan-**

te asuma su competencia, si ello correspondiere. (Corte Suprema de Justicia de la Nación 27/12/2005 T., R. A. LA LEY 28/04/2006, 4, con nota de Nicolás Diana)

- Las reglas del debido proceso legal deben ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva, en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esa índole, erigiéndose por ende como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que se desarrolla. (Corte Suprema de Justicia de la Nación 27/12/2005 T., R. A. LA LEY 28/04/2006, 4, LA LEY 2006-C, 231, con nota de Nicolás Diana)

- En el caso de personas sometidas a tratamientos de internación psiquiátrica coactiva debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran, corresponde al juez del lugar donde se encuentra el centro de internación el deber adoptar las medidas urgentes necesarias para otorgar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento se desarrolla; y, sin perjuicio de ello, mientras se dirime la cuestión de competencia, el tribunal que esté conociendo en el caso —aun si resolviere inhibirse—, debe seguir interviniendo en la causa a fin de no dejar a la persona en un estado de desamparo. (Corte Suprema de Justicia de la Nación 02/03/2010 B., M. J. La Ley Online; AR/JUR/6825/2010)

- Conforme jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema, sus decisiones deben atender a la situación existente en el momento de ser dictadas, razón por la cual, atento a que el causante se retiró voluntariamente de la institución en la que había sido internado a raíz de trastorno por abuso de sustancias psicoactivas, resulta cuestión abstracta dirimir el conflicto de competencia trabado en autos. (Corte Suprema de Justicia de la Nación 02/03/2010 B., M. J. La Ley Online; AR/JUR/6825/2010)

- Resulta competente para entender respecto de una internación forzosa, dispuesta en virtud de lo dispuesto por los arts. 59 y 482, párr. 3 del Código Civil, el juez del lugar donde se encuentra el centro de internación, debiendo el magistrado adoptar las medidas urgentes necesarias para salvaguardar la integridad psicofísica del internado, dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento se desarrolla. (Corte Suprema de Justicia de la Nación 12/08/2008 R., D. F. La Ley Online;)

• **Ante la existencia de una internación involuntaria, resulta imperioso —atento su vulnerabilidad y desprotección—, extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de las personas internadas forzosamente, en procura de su eficaz protección. (Corte Suprema de Justicia de la Nación 12/08/2008 R., D. F. La Ley Online;)**

ARTICULO 44. — Derógase la Ley 22.914.

DOCTRINA AL ART. 44

Esta nueva reglamentación deja sin efecto a la ley local que anteriormente operaba en la materia que le es propia.

ARTICULO 45. — La presente ley es de orden público.

DOCTRINA AL ART. 45

Debido al contenido conceptual que se trata, la ley declara de orden público sus disposiciones, por lo que no podrá ser modificada por los particulares en sus actos y contratos y deberá ser aplicada por las instituciones de carácter público y por las que se organicen por dichos particulares.

ARTICULO 46. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DOCTRINA AL ART. 46

Atendiendo a la materia que comprende estas reglas, debe darse noticia al Poder Ejecutivo para que tengan vigencia efectiva en el orden nacional.

NOTA DEL AUTOR

Colaboradores científicos paramédicos.- El patólogo.-

Hay una variedad indiscutible de colaboradores en el ejercicio de la medicina y en todas sus ramas. Desde las enfermeras y anestesistas hasta los elaboradores de las historias clínicas. Sin embargo, y anónimamente, no mencionados en la ley de la materia, con un carácter científico no discutible, el *patólogo* ocupa un puesto mucho más elevado y en ocasiones decisivo para que los médicos puedan tomar ciertas resoluciones. Se le somete a estudio un tejido o un órgano sin relación con el paciente y después de un análisis objetivo a pedido del médico. Puede o no conocer

la identidad del paciente. No le son aplicables las reglas médicas, tales como la asistencia, trato personal, intimidad, confidencialidad aunque si bien guarda reserva puede ser compelido judicialmente, derechos a rechazar o aceptar las terapias o procedimientos médicos, o biológicos, derecho a recibir información sanitaria sobre la salud del paciente o hacer una interconsulta con otros profesionales sobre diagnóstico, pronóstico o tratamiento. Es indudable que estos auxiliares que facilitan elementos generalmente importantes y muchas veces decisivos para tener un punto de observación y de tal modo permitir que se tome la decisión que más convenga al paciente.

La historia clínica que esta contemplada en la ley general de medicina (art. 15), se debe confeccionar exponiendo los antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos que existieren, pero no importa sostener que figuren allí los elementos por medio de los cuales tales datos han sido confeccionados. Y aun cuando en el estudio que realiza el patólogo figura el nombre de la persona de la cual provienen las células, la interrelación no se configura con dicho auxiliar principal del médico, sino de este con el paciente interesado directo.

En suma tanto la ley de medicina general como la de salud mental, no tienen un radio de acción que incluya esos auxiliares, así sean los patólogos, instrumentistas, masajistas, etc. Cuanto más si se tiene en cuenta que al exigirse la "intimidad" y dentro de ella naturalmente la confidencialidad de los datos sensibles, ello coincide con el anonimato de los trabajos y resultados que hayan obtenido los patólogos.

LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO

POR JORGE HORACIO ALTERINI (*)

I. Proemio. II. Doctrina. Fuentes formales. III. La doctrina como fuente formal en la historia del derecho. IV. Funciones de la doctrina. A. Conocimiento del derecho. B. Interpretación y aplicación. C. Producción de otras fuentes. D. Construcciones jurídicas. E. Herramienta para la evolución y transformación. V. La doctrina como derecho científico. VI. La doctrina como autoridad. VII. Conclusiones.

I. Proemio

El Estatuto de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires establece en su art. 2 que: “Son sus fines: 1. Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales, que se promuevan en su seno o se le consulten. 2. Fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas y sociales. 3. Propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal”.

Si se quisiera realizar una formulación muy sintética de las finalidades de la Academia, bien se podría decir, en suma, que ellas atañen a la elaboración de doctrina desde la investigación jurídica. La Academia debe hacer doctrina y efectivamente la hace, a través de las respuestas a consultas de interés general realizadas por los poderes públicos, universidades, institutos docentes, técnicos o científicos (art. 3 inc. 3), efectúa publicaciones jurídicas

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 7 de diciembre de 2011.

(inc. 5), difunde las comunicaciones de sus miembros o las conferencias pronunciadas en sesiones públicas (inc. 7), organiza o patrocina congresos de derecho y sus integrantes la representan en distintos simposios celebrados en el país o en el extranjero (inc. 8), conforma institutos de investigación sobre temáticas afines al derecho y a las ciencias sociales (inc. 10).

Si la Academia hace doctrina, no hay que extremar la perspicacia para comprender que en tanto ese producido tenga significación, también la tendrá la inserción de la entidad en la Comunidad de la que forma parte; por el contrario, si la producción de doctrina fuera menor, o sus aportes en ese campo no revistieran valía, no podría adjudicársele a la Academia un rol destacado en el devenir de la Sociedad.

II. Doctrina. Fuentes formales

El vocablo doctrina en español reproduce idéntica palabra latina, la que deriva de “docere”, que significa “enseñar”. En armonía con tal filiación etimológica la doctrina implica el conjunto de ideas aportadas por los juristas, plasmadas en conceptos, y que se difunden a través de la enseñanza o de cualquier otra forma de comunicación.

Si bien el “docere” excede el ámbito autoral, y así puede hablarse de doctrina judicial o sea la modelada desde la iudicatura, habré de ceñir el análisis a la doctrina producida por los autores, pues ella es la que se corresponde con las características de la misión encomendada a esta Academia Nacional.

En cuanto al concepto de fuentes del derecho, Alf Ross realiza una ilustrativa aproximación al puntualizar: “Por ‘fuentes del derecho’, pues, ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas ‘fuentes’ que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita”. (1)

(1) ROSS, Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, traducción del original en inglés por Genaro R. Carrió, Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963, p. 75. A su vez, para el recordado Académico Julio Cueto Rúa: “...las fuentes del Derecho son los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de

En la árida problemática de las fuentes del derecho, me inclino por la versión simplificadora que las divide en fuentes formales y fuentes materiales, las primeras con virtualidad vinculante y las segundas como elementos que de manera mediata o indirecta contribuyen a modelar las fuentes formales, o sea las obligatorias. Aunque está lejos de existir uniformidad terminológica, de lo dicho se infiere que utilizo como sinónimos las nociones de fuentes materiales y mediatas o indirectas. (2)

En nuestro derecho es indiscutible que la ley reviste el carácter de fuente formal y por ello sus normas son vinculantes; excepcionalmente tiene ese rasgo el derecho consuetudinario, pues según el art. 17 del Cód. Civ.: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”; se legitiman la llamada costumbre *secundum legem*, o sea coincidente con la ley, y la costumbre *praeter legem*, que opera en subsidio ante la ausencia de ley.

Aunque la cuestión despierta polémicas, pienso que debe sumarse como fuente formal a la jurisprudencia plenaria, mecanismo de cuya utilidad no dudo. En ese sentido el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que: “La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de otra sentencia plenaria”.

Acaso nada sea mejor para comprender la importancia y virtualidad de los fallos plenarios, que acudir a las reflexiones de dos prestigiosos académicos desaparecidos, José María López Olaciregui y Germán Bidart Campos.

López Olaciregui dice sobre el fallo plenario: “Por su origen es judicial, como las sentencias, pero por su contenido es algo menos y por

cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo” (Cueto Rúa, Julio, “Fuentes del derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 24/25 y concordantemente p. 177).

(2) Al mismo tiempo de recomendarse otras matizaciones, se ha señalado que: “Cuando la doctrina tradicional emplea el término de ‘fuentes materiales’ ... lo suele usar ... como conjunto de fuerzas que repercuten sobre la redacción de la ley o el nacimiento de las costumbres (influencias políticas, económicas, espirituales), o sea, lo usa en el sentido de ‘fuentes indirectas’ o ‘mediatas’ “ (GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, Depalma, quinta edición ampliada, Buenos Aires, 1976, p. 218).

su proyección algo más que una sentencia. Teniendo cuerpo de sentencia y prolongaciones similares a las de las leyes, no es ni sentencia ni ley". Agrega: "Tiene normatividad, en cuanto deja sentado que si en el futuro se produce tal situación corresponderá tal solución. Pero esa normatividad no opera creando reglas sino fijando el sentido de las que preexisten ... con criterio de economía procesal, se admite que la solución consagrada en una oportunidad siga rigiendo hasta que otro plenario la modifique, sin necesidad de que el Tribunal se reúna cada vez para ratificarla..." (3)

En el sentir de Bidart Campos: "Todo cuanto en la interpretación del derecho aplicable conduzca razonablemente a que en los procesos judiciales sobre casos análogos las sentencias los resuelvan acogiendo una igual interpretación del derecho aplicable, tiene para nosotros el valor de un test aprobatorio de la constitucionalidad. A la inversa, es inconstitucional interpretar y aplicar la misma ley a casos semejantes de manera diferente. Seguramente porque, acudiendo a García Pelayo, podemos coincidir en que la ley no es únicamente el texto normativo tal cual salió del Congreso, sino ese texto normativo 'más' la interpretación judicial que de él se ha hecho y se hace en su tránsito por los Tribunales. La igualdad ante la ley se eclipsa inconstitucionalmente cuando no deriva de una verdadera igualdad ante la jurisdicción. Entonces, ¿cómo podrá vituperarse la obligatoriedad de los fallos plenarios, si su mecanismo aplicativo viene, precisamente, a garantizar que la misma ley sea objeto de una misma interpretación judicial en casos análogos?" (4)

La obligatoriedad del fallo plenario para el fuero en que es dictado le adjudica rasgos de fuente formal. (5) Y no se crea que la vigencia de los

(3) LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "El voto número veinte de un plenario con desempate", JA 1965-IV-434).

(4) BIDART CAMPOS, Germán, "La jurisprudencia obligatoria", LA LEY, 2001-F, 1492.

(5) Acierta Nino al decir: "El único caso en que en nuestro sistema se reconoce obligatoriedad a un fallo judicial para futuras decisiones es cuando se produce un 'plenario'.. Sin embargo el fallo plenario no es un precedente en sentido estricto, ya que no se origina en la fundamentación de cierta decisión sino que es una regla estipulada deliberadamente; es el único caso fuera de las reglamentaciones internas que puede sancionar un tribunal, en que un órgano judicial puede dictar, deliberadamente, normas generales" (NINO, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del derecho", Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 152/153).

plenarios es efímera, porque perduran hasta que no sean substituidos por otros con direcciones distintas.

Al menos en la justicia nacional en lo civil no se discute la perdurabilidad de los fallos plenarios, y tal inteligencia fue la adoptada precisamente por un plenario, el dictado el 15 de julio de 1977 en la causa: "Kartopapel c. Municipalidad de la Capital" (LA LEY, 1977-C, 361), que decidió que "los fallos plenarios no pierden vigencia por el mero transcurso del tiempo". (6)

Me correspondió emitir el primer voto como juez de Cámara en dicha sentencia plenaria y allí me ocupé de contestar la tesis contraria del eminente jurista Jorge Joaquín Llambías, vertida cuando integrara la Cámara Civil, quien sostuviera que si para la articulación de un recurso de inaplicabilidad de la ley se debía invocar un antecedente contradictorio que no tuviera una antigüedad de más de diez años (art. 288), tampoco podía extenderse la vigencia del plenario por un plazo mayor.

El mero transcurso del tiempo, que no arrima sombras a una buena doctrina, tampoco debería afectar de por sí la obligatoriedad de los plenarios en el ámbito jurisdiccional respectivo.

III. La doctrina como fuente formal en la historia del derecho

El Código Civil Argentino no computa a la doctrina como fuente formal, pero en la historia del derecho existen antecedentes en los cuales la opinión de algunos doctrinarios era de aplicación obligatoria.

Ante todo debe tenerse presente la consideración especial que los juristas merecieron en Roma, con palabras de Savigny: "Entre los romanos, gozaban los jurisconsultos de una posición muy elevada en razón del ejercicio enteramente libre y bienhechor de sus funciones, á causa de su pequeño número y también de su nacimiento. Reunidos en la capital del mundo, vivían con los pretores y más tarde con el emperador, ejerciendo sobre ellos una acción continua e irresistible. Las opiniones que ellos adoptaban, debían influir en el progreso del derecho y cada uno de ellos, sobre todo aquel que se distinguía por la superioridad de su espíritu, debía tener una gran participación en esta autoridad invisible". (7)

(6) LA LEY, 1977-C, 361, JA, 1977-III-547, ED, 74-322.

(7) SAVIGNY, M. F. C., "Sistema de derecho romano actual", traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. I, F. Góngora y Compañía, Madrid, 1878, p. 71.

Las complicaciones unidas a la etapa del procedimiento formulario determinaron que ciertas personas valoradas por su ciencia y probidad fueron habitualmente consultadas por el pretor, quien sustentó sus decisiones en sus respuestas, en sus “*responsa*”. Leemos en Gayo que: “Las respuestas de los prudentes (*responsa prudentium*) son los dictámenes (*sententiae*) y opiniones (*opiniones*) de aquellos a quienes se les ha permitido crear derecho (*quibus permissum est iura condere*)”. (8)

“Estas personas fueron conocidas como *prudentes o iurisprudentes o iuriconsulti ... la interpretatio prudentium* fue de uso común ... si bien el magistrado no aparece como obligado, lo común era que adhiriera a lo aconsejado, salvo que se presentara una opinión contraria, en cuyo caso optaba por el criterio que considerara más conveniente”. (9)

Durante el Principado los emperadores personalizaron en determinados prudentes la función de emitir los *iura*, en los tiempos de Augusto (27 a. C. a 14 de C.) el *ius publice respondendi* no habría tenido beneficiarios concretos, “pero algunos ... podían lograr que su *responsum* fuera revestido por la *auctoritas* imperial ... no era un beneficio singular de responder, sino que a un *responsum* el César le agregaba el peso de su *auctoritas*. De ahí que el texto debía venir firmado y sellado (*signatum*), pareciendo ser más que probable que se le uniera el sello imperial. El uso de la *auctoritas* imperial no debía ser muy frecuente, pero de acuerdo con esta interpretación, gozaba de todo el poder del Príncipe, por lo que se imponía a los magistrados y jueces. El uso de los sellos era para asegurar la procedencia

(8) GAYO, “*Institutas*”, traducción, notas e introducción de Alfredo Di Pietro, Abeledo- Perrot, quinta edición Buenos Aires, 1997 pp. 57/58.

(9) “En cuanto a la actividad de los *iurisprudentes*, abarcaba aspectos más amplios que las respuestas dadas a las consultas del pretor, pudiendo ser dadas también al *iudex* o a particulares. En forma muy breve podemos caracterizarla como consistente en: i. *respondere*: eran consejos dados por el *prudens*, generalmente a propósito de un juicio; no sólo los aprovechaba el magistrado y el *iudex*, sino también a jóvenes auditores, que se iban formando jurídicamente; ii. *cavere* (*prever*), que consistía en redactar cláusulas que se incorporarían a los negocios jurídicos, asistiendo a los interesados y aconsejándolos en la importancia práctica de las palabras, giros y tecnicismos jurídicos que se empleaban; y iii. *agere* (*obrar*) era para los *iurisprudentes* el guiar a los *pleiteantes* y a sus defensores (*oratores*), quienes eran los que efectivamente abogaban por las partes. La labor de los *iurisprudentes* era honoraria, por lo menos en un principio” (DI PIETRO, Alfredo, en sus anotaciones a las “*Institutas de Gayo*” referidas en la nota anterior, de su nota 8, punto b. de pp. 58/59).

auténtica. b. Pero el control personal que exigía este sistema por parte de Augusto —quien gustaba centralizar todo el poder— se fue constituyendo en tarea muy pesada. Por ello, Tiberio resuelve conceder el *ius publice respondendi ex auctoritate principis* como beneficio personal a determinados juristas, lo cual significaba una delegación del control imperial respecto de cada respuesta concreta. Así se explica que Pomponio hable de Masurio Sabino como el primero en gozar de esta autorización ... Adriano constituyó a su vez, un ‘*consilium principis*’ (consejo del Príncipe). Los emperadores anteriores desde Augusto parece que contaban con un *consilium*, si bien este era privado y de mero asesoramiento. En cambio, el de Hadriano era algo oficial, como organismo permanente, formado por *jurisprudentes* de su confianza, que al parecer estaban pagos”. (10)

Luego del prolongado período de Hadriano o Adriano, extendido entre los años 76 a 138 de la era cristiana, transcurrieron casi tres siglos hasta que en el año 426 se dicta la denominada Ley de Citas en nombre de Teodosio II, emperador romano de Oriente, y de Valentiano III, emperador de Occidente, que dispone que tenían fuerza obligatoria las opiniones de cinco máximos juristas: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo, que se expresaban por mayoría y de mediar empate se debía seguir el criterio de Papiniano. Luego de la primera redacción de la Ley se jerarquizaron también las tesis vertidas en “las obras de los autores citados por estos cinco juristas”. (11)

Con tono festivo reiteradamente se ha calificado a este grupo de juristas como “Tribunal de los Muertos”, pues todos los juristas alcanzados por la Ley de Citas habían muerto para la fecha de ella.

En el año 529 se plasma el *Digesto* o las *Pandectas*, debido a la vocación por la legislación del emperador Justiniano, y que se integró en el monumental *Corpus Iuris Civilis*, compuesto también por el *Código*, las *Novelas* y las *Institutas*.

El vocablo *Digesto* proviene del latín “*digestum*”, “*digerere*”, con el significado de “distribuir”, “ordenar”, mientras que el término *Pandectas* tiene filiación griega e implica “que comprende todo”. Como su propio origen idiomático lo revela, se trató de compilar la doctrina de los autores y hacerlo con completitud.

(10) DI PIETRO, op. cit., pp. 59/60.

(11) *Ibíd.*

Se recogieron las elaboraciones de 39 doctrinarios romanos y desapareció toda prelación entre las distintas opiniones.

La valoración autoral que muestra el Digesto al compilar exhaustivamente la mejor doctrina de entonces, no indica que Justiniano fuera verdaderamente respetuoso de las opiniones de los autores, pues como puntualiza Savigny: "...toda literatura nueva fue prohibida para el porvenir. El emperador sólo permite traducciones griegas de los textos latinos, y, como recurso mecánico, una indicación del contenido de los títulos. Todo libro original y todo comentario sobre las leyes debía ser destruido y castigado su autor como falsario. Para conservar y propagar la ciencia quedó solamente la enseñanza oral dada en las escuelas de derecho organizadas bajo nuevas bases por Justiniano. La prohibición de los comentarios nos da á conocer bastante como debía ser esta enseñanza. El profesor no podía, sin duda alguna, intentar una recomposición original de los textos, vivificando la ciencia y despertando el pensamiento de sus discípulos en virtud de este trabajo verificado a su vista, puesto hubiera estado en oposición directa con la proscripción lanzada contra la literatura ... El conjunto de estos reglamentos descansa sobre la idea de que la legislación imperial respondía á todas las necesidades, y que, desde su promulgación, toda producción nueva sólo hubiera servido para perjudicar la obra del legislador". (12)

No obstante que Savigny no oculta su juicio disvalioso sobre la prohibición justiniana, acepta que estuvo en vigor y advierte que: "... sus prescripciones deben tomarse a la letra, rechazando toda interpretación sutil ó forzada ... ordinariamente se pasa en silencio la prohibición de los libros de derecho hecha por Justiniano, y ningún autor moderno ha pretendido nunca que debieran destruirse sus libros en virtud de la ley romana: tal indiferencia para su propia obra no hubiera tenido excusa; y, sin embargo, ¿por qué ha de tener esta ley menos autoridad que las otras leyes romanas sobre materias análogas? ...". (13)

(12) Op. cit., p. 117. Sigue diciendo en p. 118: "Las penas pronunciadas por el emperador, la destrucción de los libros y la prohibición de componerlos, son medidas extrañas á nuestros usos y que hubieran sido imposibles de cumplirse en presencia de la imprenta y de las comunicaciones establecidas entre los diferentes pueblos de Europa; pero si tenemos en cuenta, para apreciar la violencia de estas medidas, el siglo en que vivía Justiniano, resultará que son consecuencia de una ilusión profundamente arraigada en el corazón del hombre, tratándose de la ciencia, y, sobre todo, de religión, á saber: la de imponer como verdad exclusiva doctrinas formuladas por nuestra inteligencia, sacrificando por miedo al error, la libertad del examen".

(13) Op. cit., pp. 119 y 120.

En España, como correlato de la importancia que se le confirió a la doctrina autoral, se dictaron normas que evocaron la Ley de Citas romana. Señala al respecto el Académico Tau Anzoátegui que: "...en pleitos y causas civiles y criminales, se dispuso por pragmática dada por Juan II el 8 de febrero de 1427 que no se pudiese invocar y juzgar siguiendo la doctrina de legistas y canonistas posteriores a Juan Andrés y Bartolo, ni tampoco hacerlo por los que formasen opinión en adelante. A fines de la misma centuria una nueva disposición, contenida en la Ordenanza de Madrid de 1499, volvía a ocuparse de la cuestión. Decía textualmente que dado que 'muchas veces acaece que en la decisión de las causas ha habido y hay mucha confusión por la diversidad de las opiniones que escribieron mandamos que en materia canónica se prefiera la opinión de Juan Andrés y en defecto de la opinión de Juan Andrés se siga la opinión del Abad de Sicilia; y en materia legal se prefiera la opinión del Bartolo y en defecto de ella se siga la opinión del Baldo'" (14)

Los juristas mencionados son Bártolo de Saxoferrato, Juan Andrés, el llamado Abad Panormitano, o sea Nicolás de Tudeschi, y Baldo de Ubaldis. Se trataba de destacados posglosadores, comentaristas o conciliadores, corriente exitosa a partir del Siglo XIII, bien que todos los señalados pertenecieron al Siglo XIV, salvo el Abad, que ingresó al Siglo XV.

La operatividad al respecto de la Ordenanza de Madrid fue breve, pues fue derogada por la ley 1^a de Toro de 1505.

Un antecedente significativo de las aspiraciones de atribuirle a la doctrina ciertas implicancias vinculantes es el art. 1 del Código Civil suizo de 1907, que reza: "La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de cada una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez pronuncia según el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según las reglas que él establecería si tuviese que hacer acto de legislador. Él se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia" (15)

Por la afinidad con nuestras tradiciones jurídicas, debe tenerse presente el lugar que se le adjudica a la doctrina en el Código Civil uruguayo, que en su art. 16 norma: "Cuando ocurra un negocio civil que no pueda resolverse

(14) TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, "La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano", *Revista de Historia del Derecho* 17, Buenos Aires, 1989, p. 351 y ss., en p. 369.

(15) "Code Civil Suisse", Edité par la Chancellerie fédérale", 1983, p. 1.

por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso”. (16)

De todos modos esos perfiles no son extraños a la historia del derecho argentino y por ello se resalta: “...que en los reglamentos de administración de justicia de algunas provincias argentinas, a mediados de la centuria, se preveía que el juez pudiese acudir a la doctrina de los autores a falta de leyes, costumbres u otras fuentes”. (17)

IV. Funciones de la doctrina

Debe descartarse que la doctrina tenga en la Argentina el carácter de fuente formal del derecho, pero es una muy importante fuente no vinculante. Con diáfana claridad se ha concluido que: “...si bien la doctrina no es obligatoria, es indudable que influye en el Juzgador toda vez que éste apoye en ella la fuerza de convicción de su sentencia”. (18)

Para exhibir la significación de la doctrina como fuente del Derecho es suficiente reseñar algunas de las funciones que cumple.

A. *Conocimiento del derecho.* Una función de la doctrina que no se discute es la de ser un medio para el conocimiento del derecho.

Goldschmidt puso especial énfasis en resaltar este aspecto al sostener que: “Las fuentes del conocimiento de las normas se hallan en la ciencia jurídica ... Se puede ... afirmar que la misión de la ciencia jurídica consiste en convertir las fuentes reales de las normas en fuentes de su conocimiento”. Previene contra una eventual interpretación desviada y dice que: “Esta formulación, aunque es indudablemente correcta, tiene, sin embargo, el inconveniente de dar lugar a la errónea creencia de que las normas sean un todo acabado al que el hombre de ciencia se acerca a fin de describirlo, de cierto modo con el fin de fotografiarlo con una cámara lo más exacta

(16) “Código Civil de la República Oriental del Uruguay”, anotado y concordado por Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª edición, Montevideo, 2008, p. 15.

(17) TAU ANZOÁTEGUI, op. cit., p. 400.

(18) AFTALIÓN, Enrique R., GARCÍA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, “Introducción al derecho”, La Ley, 7ª edición, Buenos Aires, 1964, p. 743.

posible. Pero tal impresión será totalmente equivocada. El mundo jurídico está en permanente evolución". (19)

La función acotada que le adjudica Goldschmidt, no le impide afirmar: "La ciencia jurídica, aunque no es fuente real del mundo jurídico, sino fuente de su conocimiento, es, sin embargo, de la mayor importancia para la formación del Derecho espontáneo ... Tal situación se refleja inclusive en el plano personal. Los profesores de Derecho son frecuentemente, a la vez, jueces y legisladores". (20)

Los doctrinarios desde sus escritos o enseñanzas orales contribuyen de manera decisiva para generar el conocimiento del derecho y por hipótesis son difusores eficaces y esclarecidos.

B. Interpretación y aplicación. Los autores son los intérpretes naturales del Derecho y en esa búsqueda de la recta inteligencia de las fuentes normativas se constituyen en el puente más seguro hacia su correcta aplicación.

La enjundia de Savigny explica el proceso de este modo: "Si se examinan las relaciones de la clase de jurisprudencia con la legislación, las encontramos en gran número y de diverso género. El derecho por ellos elaborado es, como el derecho popular primitivo, la materia de la legislación; pero sus conocimientos especiales tienen además sobre ella muchos grados de influencia. Ellos rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real; la libertad y la variedad de formas que emplean les permiten mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institución viva del derecho; identidad que da nacimiento a la ley, pero que no es visible inmediatamente. Así los trabajos de la ciencia facilitan la aplicación de la ley y aseguran su imperio". (21)

C. Producción de otras fuentes. Aunque a veces se lo olvida, uno de las manifestaciones más claras de la potencialidad de la doctrina para canalizarse a través de otras fuentes, surge cuando de ella se extraen las directivas que sustentan los ordenamientos jurídicos.

No puede desconocerse la influencia mayúscula que tuvo el Esbozo de Freitas en la redacción del Código Civil Argentino. El Esbozo, que nunca adquirió rango legislativo como Código, gravitó sobre Vélez Sarsfield como

(19) Op. cit., pp. 219/220.

(20) Op. cit., p. 240.

(21) SAVIGNY, op. cit., pp. 48/49.

monumento doctrinario, pues se trató de una elaboración autoral de la mayor jerarquía.

Pasaremos revista a otros ejemplos, así el primer código civil de América, el de Luisiana de 1808, tuvo la directa incidencia del Código Civil francés, que le aportó 706 arts. y la todavía más acentuada del texto originario de 1800 perfeñado por la Comisión reformadora francesa, que le aportó 807 arts. (22)

Es un antecedente singular la adopción del Código Civil argentino de 1871 por el Código paraguayo de 1877, que rigió hasta la puesta en vigencia del nuevo código guaraní de 1987. (23) A su vez, el Código Civil chileno de 1855 se replicó en los códigos de Ecuador de 1858 y de Colombia de 1887.

Del mismo modo que el trasvasamiento de textos de proyectos de código a otros sancionados muestra una forma de proyección doctrinaria, la adopción “in integrum” de códigos fuera de las fronteras originarias es otra típica y generalmente ignorada resonancia de la doctrina incluso fuera de las fronteras nacionales.

En nuestro país no puede silenciarse el influjo de los Congresos y Jornadas u otros eventos de Derecho, reconocido por la ley 17.711 de Reforma del Código Civil (Adla, XXVIII-B, 1810), en ese caso en particular el III Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961, y también por el Proyecto de Código Civil de 1998, que se nutrió con múltiples ricas conclusiones de esos simposios.

La doctrina alimenta el derecho consuetudinario, que canaliza imprints recomendadas por aquélla, y es la que suele encargarse de individualizar los usos y prácticas que por su consistencia tienen entidad costumbrista.

Desde la doctrina se identifica cuales son los principios generales del derecho, como lo buena fe o el repudio del enriquecimiento sin causa y al lanzarlos al escenario jurídico se los rescata en su unidad y se facilita su

(22) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, “Influencia del Código Civil de Luisiana de 1825 en el Código Civil Argentino de 1871: acerca de los efectos de la inscripción registral”; Essays in honor of Saúl Litvinoff, Center of Civil Law Studies, Louisiana State University, Claitor’s Publishing División, Louisiana, 2008, pp. 89 y ss.

(23) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, “La influencia del Código Civil argentino en otras codificaciones”, en la “Codificación: raíces y prospectiva”, t. II “La codificación en América”, El Derecho, Colección Prudentia Iuris, Buenos Aires, 2004, pp. 183 y ss..

aplicación en los términos del art. 16 del Cód. Civ., muy dificultada en tanto a las soluciones particulares sólo se las visualice como muestras dispersas y desconectadas entre sí. El principio general adquiere de tal modo una energía expansiva que se abstrae de la limitación casuística y se propaga a otros múltiples supuestos semejantes.

En cuanto a la gravitación de la doctrina en la jurisprudencia, también debe hacerse mérito de su especial prestigio como fuente.

El Académico histórico, Julio César Cueto Rúa, razona elocuentemente de este modo: “En lo que se refiere a los países de formación romanista, la doctrina ha sido y es una fuente del Derecho. Un juez y un abogado, un funcionario administrativo letrado son, en tanto tales, la expresión viviente de la doctrina acumulada en años de elaboración sistemática ... Es una fuente del Derecho en el más estricto sentido de la palabra, cuyo peso excede en mucho el hecho de que los jueces no se encuentren formalmente obligados a guiarse por sus enseñanzas. De hecho lo hacen y en una forma más profunda de lo que habitualmente se acepta por los propios especialistas”. (24)

Nino, con lenguaje sincero y directo, llega a afirmar: “Es notoria la influencia que algunos juristas de prestigio ejercen sobre las decisiones judiciales, gozando sus opiniones de un peso casi comparable al de los tribunales de alzada, por lo cual los abogados recurren ansiosamente a ellas para fundamentar sus alegatos”. (25)

Otros pensamientos, ya no de la doctrina especializada, sino de abogados bien formados y creativos, también inciden en la concepción de las sentencias. Lafaille exaltó la participación indirecta del abogado en la orientación conceptual de las sentencias y con sugerente expresión lo calificó como “el soldado desconocido de la jurisprudencia”, (26) como queriendo mostrar

(24) Op. cit., pp. 204 y 218.

(25) Op. cit., pp. 338/339; allí mismo agrega: “Hay una interrelación entre los hábitos teóricos de los jueces y las técnicas de justificación de las soluciones adoptadas por la dogmática jurídica. En buena medida la actividad judicial que se despliega en los países del sistema continental europeo está moldeada por la ciencia jurídica que en ellos se desarrolla. A su vez, la dogmática ve limitadas sus funciones y posibilidades argumentativas por los hábitos teóricos de los jueces, reduciéndose su influencia a medida que los juristas se apartan de las técnicas canónicas de justificar las soluciones propuestas” (p. 339).

(26) Ver DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “Abogados y jueces”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 40.

que detrás de algunas lúcidas elaboraciones judiciales de aparente originalidad permanecía en silencio el nombre del abogado que las inspiró con los razonamientos contenidos en sus escritos.

D. *Construcciones jurídicas*. Donde la doctrina muestra en mayor medida su perfil científico es cuando vuelca su inventiva en la generación de construcciones jurídicas.

Aquí se aprecia el doble juego de los métodos de análisis y de síntesis. Desde el análisis se descompone el todo para detener la mirada en las distintas partes que lo integran y con la síntesis se vuelve de lo particular a lo general y con aptitud para la abstracción llegar a las construcciones jurídicas, y desde ellas descender nuevamente a lo singular.

Hoy forman parte del acervo común de quienes operan con el derecho, generalizaciones en cuestiones jurídicas que en el pasado fueron fruto de largas disquisiciones, pero en las que finalmente se avanzó hacia conclusiones sistémicas capaces de arrimar fuertes consensos.

Se acepta extendidamente la idea de que no sólo los humanos están dotados de personalidad, pues también se le atribuye a los entes colectivos, pese a expresar una realidad distinta según algunos o carecer de ella para otros, pero todos tienden a coincidir en que son personas jurídicas. Un paso más fue no limitar dicha personalidad a los entes privados sino extenderla al Estado y a otros entes públicos.

A la afirmación desde la óptica de Aubry y Rau de que toda persona para ser tal debe tener un patrimonio, pero uno solamente, le sucedió el reconocimiento por influjo germano de los patrimonios especiales y de allí que la unicidad se predique ahora únicamente acerca del patrimonio general de la persona.

Otro ejemplo acabado de la riqueza de las construcciones jurídicas esta representado por la formulación de la teoría posesoria, con remembranza de las célebres ardorosas disputas que enfrentaron a Savigny y a Ihering, bien que los laberintos dialécticos amplificaron y deformaron la controversia. (27)

E. *Herramienta para la evolución y transformación*. La cercanía del doctrinario con la realidad que se le muestra con sus grandezas, pero también

(27) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, en "Tratado de los derechos reales" de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, La Ley, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2010, t. I, parágrafo 152 quater, pp. 239/241.

con sus carencias y miserabilidad, y la tribuna siempre abierta con la que cuenta, ya el libro, la cátedra o los medios de comunicación, lo colocan en una situación preferente para observarla, cuestionarla y alentar los cambios necesarios, esclarecido por el irrenunciable ideal de Justicia que debe determinarlo, cual irresistible imperativo categórico.

Goldemberg apunta con sensatez que: "... el aporte de la doctrina ha iluminado en distintos estadios históricos la búsqueda de soluciones jurídicas a fin de mantener el equilibrio social en la comunidad. Ella es su portavoz, actúa como agente del desarrollo y del cambio, subraya el desajuste entre el derecho plasmado en la ley y la viva realidad social ... el derecho no es autosuficiente tiene que requerir el concurso de otras disciplinas, como la filosofía, la economía y la sociología. En este aspecto globalizador, la doctrina va a tener por misión suministrar no sólo las necesarias pautas axiológicas sino también las directivas socio-económicas a fin de evitar el divorcio entre el derecho y la realidad de su variable entorno". (28)

Paralelamente, Cueto Rúa significa: "Los juristas son portavoces de la comunidad. En ellos se manifiesta una aguda capacidad para intuir las exigencias del desarrollo social. Son de los primeros en adquirir conciencia de los desajustes entre el Derecho vigente y las nuevas circunstancias sociales. Y en esa situación han sabido encontrar soluciones mediante el manejo imaginativo de recursos procesales o sustantivos. En sus obras se encuentra la crítica de las instituciones vigentes, los remedios propuestos, y la forma de encarar las dificultades mediante el empleo diferente de las técnicas disponibles. Con sus críticas, se han convertido en efectivos agentes de desarrollo legislativo. Sus escritos han ejercido una perdurable influencia sobre los legisladores. Y en muchas oportunidades han llegado ellos mismos a ocupar esa posición, con lo que han tenido la oportunidad de traducir en acción legislativa sus enseñanzas teóricas". (29)

V. La doctrina como derecho científico

Savigny, jurista atraído por los enfoques histórico-sociológicos, explica el máximo respeto que alcanzó la doctrina con reflexiones que enraízan en la entraña misma del desarrollo de una comunidad.

Dice: "Por la marcha natural de la civilización, que trae como consecuencia la división del trabajo y de los conocimientos, aparecen en la sociedad

(28) GOLDENBERG, Isidoro H., "El valor de la doctrina en la evolución del Derecho Civil Argentino", La Ley 1994-A, 735.

(29) Op. cit., pp. 200/201.

diferentes clases, cada una de las cuales dirige su actividad hacia un objeto especial. Así el derecho, que antes vivía en la conciencia del pueblo, por consecuencia de las nuevas relaciones que crea la vida real, adquiere tal desarrollo, que su conocimiento cesa de ser accesible a todos los miembros de la nación. Entonces, se forma una clase especial, la de los jurisconsultos, que, en el dominio del derecho, representan al pueblo de que forman parte. Es esta una forma nueva, bajo la cual prosigue el derecho popular su desenvolvimiento, que, desde entonces, tiene una doble vida. Sus principios fundamentales subsisten siempre en la conciencia de la nación, pero su determinación rigurosa y las aplicaciones de detalle pertenecen a los jurisconsultos ... los jurisconsultos tienen sobre el derecho positivo una gran influencia. Los que rechazan esta influencia como pretensión injusta, tendrían razón si los jurisconsultos formasen una casta inaccesible para todos; pero como cada cual puede ser jurisconsulto haciendo los estudios necesarios, su pretensión se reduce á decir que, el que consagra al derecho el trabajo de su vida entera, podrá en virtud de sus conocimientos, tener sobre el derecho más influencia que otro. El derecho que se deriva de esta fuente, lo llamo *derecho científico*: otros lo llaman derecho de los jurisconsultos". (30)

Vélez Sarsfield hizo suya la expresión "derecho científico" en la Nota de Remisión al Poder Ejecutivo del Libro I del entonces Proyecto de Código Civil.

Savigny acepta que estrictamente la doctrina no es una fuente del derecho, con el alcance de fuente formal, aunque cree que sí tiene un especial prestigio que explicaría la equivalencia. Expresa que los trabajos de los juristas: "...no pueden contarse en el número de las fuentes del derecho propiamente dichas; pero la autoridad de que gozan les da un carácter casi semejante. En efecto: aunque cada cual sea libre de criticar estos trabajos, aunque la unanimidad de los autores no estorbe á nadie la independencia de su juicio, hay, sin embargo, entre los funcionarios encargados de aplicar el derecho una clase numerosa y respetable, que, sin estar por bajo de su oficio, son incapaces de juzgar una doctrina nueva ni de formar opinión por sí mismos. Natural, es, por tanto, y de desear también, que estos funcionarios sigan exclusivamente la opinión, no en interés de su propia comodidad, sino en interés del derecho mismo. Sería comprometido que el juez que no ha podido hacer estudios profundos quisiera tener una opinión personal sobre cada cuestión de derecho: es muy probable que su decisión se resiniese de la insuficiencia de sus elementos. Corre, sin embargo, un riesgo el juez que se guía por los autores, y es, que se deje arrastrar fácilmente y en

(30) SAVIGNY, op. cit., pp. 47 y 49.

detrimento de la justicia por la apariencia de una doctrina nueva. Pero si entre los magistrados se encuentra un verdadero jurisconsulto, éste tendrá, sin duda, el derecho de aplicar en la administración de justicia sus propias condiciones sabias y seriamente formadas". (31)

VI. La doctrina como autoridad

François Geny se detuvo en el análisis de la temática de una fuente del derecho que podía designarse como "autoridad" en la que se ubicaban la doctrina y la jurisprudencia. Puntualiza que las "... opiniones, ó mejor las fuerzas sociales que las traducen, y que, según su origen, calificamos de *Doctrina ó de Jurisprudencia*, pueden ser agrupadas bajo la denominación genérica de *Autoridad*. Y cuando esa autoridad está revestida de un sello de antigüedad que le da, á la vez, el prestigio y de veneración de un origen remoto, se convierte en una *Tradicición*. Entre Tradición y Autoridad propiamente dicha (moderna) no existe, salvo circunstancias particulares, una diferencia de naturaleza, sino simplemente de duración..." (32)

A pesar de abundar en la idea de la autoridad de la doctrina, Geny no se aleja del criterio que la descarta como fuente formal. "Se trata de saber, con efecto, si las autoridades doctrinales, á lo menos cuando, acordes entre sí, llegan á constituir una masa de pensamiento sobre un determinado punto de derecho (*communis opinio doctorum*), no pueden constituir un poder de dirección obligatoria para el intérprete ... No obstante los precedentes del derecho romano, no parece que entre nosotros se haya pensado nunca seriamente en hacer de la doctrina una fuente formal de derecho positivo ... Diré desde luego, por consiguiente, que sin valer de fuente formal, la doctrina de los autores, cuando se ofrece como un compacto haz, mejor aún, cuando es unánime, constituye una autoridad muy positiva que, sin enfrentar absolutamente el juicio del intérprete, le recomienda una gran prudencia para romper de frente con lo que ella le propone". (33)

Desde la visión del derecho castellano-indiano se ha acotado la entidad de la "opinión común". "Para ostentar autoridad y poder invocarse, la *opinión* debía alcanzar el grado de probable, más probable y probabilísima.

(31) Op. cit., p. 73.

(32) GENY, Francisco, "Derecho Privado Positivo", a la memoria de Monsieur C. Bufnoir, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, s/f, p. 410.

Necesitaba, para acentuar su fuerza, un número variable de autores que la siguieran. Por esta vía se podía llegar a la denominada “*communis opinio doctorum*”, cúspide del sistema. Sin embargo, las opiniones navegaban en los mares más problemáticos del derecho, donde frecuentemente surgía la controversia. De tal modo, esa “opinión común” raramente carecía de contradictores. Asechadas por otros dictámenes, a veces unas opiniones comunes aparecían contrapuestas con otras también comunes”. (34)

Al agrietarse la idea de la existencia de perfiles jerarquizados y abrirse paso orientaciones que pregonaban el espíritu crítico, la observancia de la “opinión común” se debilitó. (35)

De todas formas el ámbito en el que se mueve la doctrina es sin duda el de la *auctoritas*, por contraposición a los del *imperium* y de la *potestas*.

El *imperium* recrea la idea de poder, el que tiene imperio es el *imperator*, en su origen el general con el consiguiente mando militar, que no necesita de la persuasión para ejercitarlo pues se asienta en la fuerza que supone y que de ser necesario podrá hacerse efectiva, todo lo cual hace que el titular del imperio pueda ejercer por sí y ante sí las prerrogativas que le son propias.

La noción de *potestas* o potestad también trasunta poder, pero ya no el del mero mando sino el poder reconocido por el ordenamiento de la comunidad y ejercido en el marco de la competencia asignada; se trata de un poder legítimo, pues el ilegítimo es simplemente imperio.

La *auctoritas* o autoridad involucra también una aceptación por la comunidad de las jerarquías, pero el sometimiento a ellas no deriva del mero mando del *imperium* o del poder legitimado propio de la *potestas*, es bá-

(33) Op. cit., pp. 460/461.

(34) TAU ANZOÁTEGUI, op. cit., p. 363.

(35) El mismo autor incluye las siguientes matizaciones: “La opinión y el argumento de autoridad encontraron sus primeros críticos en la época del Humanismo. El ataque que se acentuó con el racionalismo y ya bajo la Ilustración ambos habían perdido el prestigio antes ostentado, pero sin desaparecer. Esta postura crítica envolvió naturalmente a la esfera jurídica, cuando no se originó en ella misma. La antigua estimación hacia las opiniones se tornó entonces a favor de la crítica racional. El argumento de razón empezó entonces a enseñorearse sobre el de autoridad. La sátira se encargó también de desnudar una erudición falsa, abarrotada de citas postizas y menciones de autores no leídos. Se condenaba así el abusivo uso del recordado argumento de autoridad” (p. 363).

sicamente un reconocimiento de la comunidad al prestigio, a la sabiduría, al crédito de que goza quien la ostenta, se podría decir que se trata de una autoridad moral. Proviene del verbo latino *augeo* que significa acrecentar, aumentar, hacer crecer.

Es ilustrativo el caso de los senadoconsultos romanos. No obstante que durante los períodos de la Monarquía y de la República los senadoconsultos no eran obligatorios, sino que cumplían una función consultiva, comúnmente operaban como vinculantes en virtud de la elevada *auctoritas* de los senadores, más esplendorosa en los tiempos republicanos donde ya no existía el vallado de la voluntad contraria del Rey.

La autoridad la exhibe quien merece respeto, consideración por los miembros de la comunidad, trasciende del poder carente de ropaje ético, no necesita mandar, porque la basta la persuasión que despierta.

VII. Conclusiones

La doctrina no es una fuente del Derecho vinculante, pero traza rumbos profundos si expresa ciencia y tiene autoridad.

Al hablar de doctrina con autoridad, aparte de la consabida profundidad, destreza y fecundidad de los pensamientos, doy por supuesta su independencia de todo interés que haga objetable su imprescindible imparcialidad.

También aquí la independencia de criterio es pilar de la credibilidad, ya que la llamada doctrina que no expresara un pensamiento libre, no sería más que una composición lingüística despreciable por traicionar la eticidad y también la confianza del lector desprevenido.

Creo haber demostrado que la doctrina tiene una destacable relevancia como fuente del Derecho y dado que la función primordial de la Academia es la de producir doctrina, se robustece mi persuasión acerca de que en su vida centenaria su contribución ha sido tanto prolífica como fecunda y de cuanto podrá seguir aportando para alcanzar una Seguridad Jurídica nutrida de genuina Justicia y vivida con auténtica Libertad.

II

ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

A) Integración de los Institutos

En la sesión privada del veintiocho de abril, a propuesta del director del Instituto de Derecho Tributario, doctor Horacio A. García Belsunce, se designó a los doctores Pablo Revilla y Christian Rosso Alba como miembros de ese instituto.

En la sesión privada del veintidós de septiembre, a propuesta de los doctores Juan R. Aguirre Lanari y Gregorio Badeni, Director y Subdirector del Instituto de Derecho Constitucional respectivamente, el plenario designó al doctor Julio César Rivera (h) como miembro de ese instituto.

Las tres designaciones se extienden hasta el veinticuatro de junio de 2013, a fin de que las renovaciones de los miembros de integrantes de los institutos se realicen de manera integral.

B) Labor de los Institutos

Los comentarios que siguen resultan de los informes elevados por los académicos directores de cada uno de los institutos.

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto realizó una intensa actividad durante el año 2011, llevando a cabo sus tradicionales sesiones de trabajo en las que, con la participación de sus distintos integrantes y de profesores extranjeros invitados, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina, que fueron objeto de interesantes debates en los que se puso en evidencia tanto el interés como la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada el diez de marzo, se comunicó el plan de acción para el período y se comentaron diversas novedades jurisprudenciales y legislativas.

A continuación, el vicepresidente del Tribunal Constitucional de España, doctor Eugeni Gay Montalvo expuso sobre el tema *“El Tribunal Constitucional de España: funcionamiento y novedades”*. El invitado efectuó una amplia explicación acerca de la historia, constitución, competencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional español.

Al finalizar su exposición se le efectuaron diversos interrogantes sobre la forma de selección e independencia de los integrantes del tribunal, su relación con los órganos integrantes del Poder Judicial y la ejecución de sus sentencias.

En la segunda reunión, llevada a cabo el tres de mayo, el doctor Alberto A. Bianchi abordó el tema: *“La separación de poderes en clave del Derecho Administrativo”*, ocasión en la que el disertante, después de efectuar consideraciones acerca del principio de división de poderes en el régimen constitucional argentino, hizo un análisis acerca de su cumplimiento en el plano de la realidad actual, tomando como parámetro el funcionamiento de institutos claves del derecho administrativo.

Posteriormente se efectuó un interesante intercambio de ideas de los integrantes del Instituto sobre el tema objeto de la exposición, en particu-

lar respecto del papel que desempeña la Corte Suprema de Justicia de la Nación como guardián del proceso político y democrático.

En la siguiente reunión, efectuada el veintiocho de junio, el doctor Pedro José Jorge Coviello expuso sobre "*Límites de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo*". El disertante comenzó su exposición recordando la reforma constitucional de 1994, en particular las vinculadas a las facultades normativas de la Administración. Seguidamente, centró su análisis en el ejercicio, en los últimos años, de la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia y reglamentos delegados y su compatibilidad con la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Al finalizar la exposición se debatió entre los integrantes del Instituto acerca de la caducidad de la legislación delegada preexistente a la sanción de la Constitución reformada en el año 1994, la interpretación de la Cláusula Transitoria Octava y del art. 76 de la Constitución Nacional.

El treinta de agosto le correspondió exponer el profesor Patricio Sammartino, quien lo hizo sobre "*Las tendencias actuales del estado constitucional de derecho y sus proyecciones sobre la teoría del acto administrativo*". El disertante se refirió a las proyecciones de los principios cardinales del Estado Constitucional de Derecho sobre la teoría del acto administrativo. Al culminar la disertación los miembros del Instituto debatieron sobre las consecuencias que provoca las leyes manifiestamente inconstitucionales sobre el sistema de invalidez del acto administrativo y la posición de la Administración frente a leyes contrarias a la Constitución.

En la reunión llevada a cabo el primero de noviembre el Director del Instituto abordó el tema "*Las nuevas tendencias en materia de dominio público*". En dicha oportunidad, expuso sobre la teoría general y distintos aspectos del régimen jurídico de los bienes dominiales, tales como afectación y desafectación, caracteres y tutela o protección del dominio público.

Seguidamente, analizó la problemática que suscitan los usos de los bienes del dominio públicos y, al finalizar la exposición, se efectuó un fructífero intercambio de opiniones acerca de la naturaleza de los derechos de los usuarios de bienes dominiales y la autotutela del dominio público.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada el diecinueve de diciembre, el doctor Julio Pablo Comadira abordó el tema "*Crítica y proyec-*

ciones en el derecho administrativo de la teoría de presunción de inconstitucionalidad”.

El expositor, tras de desarrollar la doctrina judicial expuesta en numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que postula que bajo ciertas condiciones las leyes tienen una presunción de inconstitucionalidad, realizó un amplia y fundada crítica a la misma. Al finalizar la exposición tuvo lugar un fecundo intercambio de ideas acerca de las consecuencias y ventajas y desventajas de índole procesal que puede acarrear la presunción de inconstitucionalidad de las leyes.

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del académico doctor Santos Cifuentes, los miembros del Instituto prepararon trabajos relacionados con el tema “*Contratos civiles y comerciales*”, para la edición del libro N° 15 de la denominada Serie IV.

La dirección del Instituto desarrolló el tema “*Teoría general del contrato en la Legislación Argentina*”, que incluyó el análisis de la legislación comparada y de jurisprudencia vinculada con la materia.

Asimismo, fueron propuestos treinta y dos temas posibles para la elección de los integrantes del Instituto.

A ellos se agregó el de “*Contrato de consumo*”, a propuesta del doctor Fernando Sagarna.

Por su parte, el académico doctor Félix A. Trigo Represas desarrolló el tema “*La cláusula penal en los contratos*”.

Los trabajos que integren el libro a editar serán puestos oportunamente a disposición de la Academia.

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Bajo la dirección del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari y la subdirección del académico doctor Gregorio Badeni, el Instituto desarrolló una importante labor académica durante las reuniones llevadas a cabo en el año.

Respetando el cronograma de años anteriores, las reuniones se llevaron a cabo los terceros martes de cada mes desde abril a noviembre. El plan de labor anual se programó en la primera reunión, llevada a cabo el diecinueve de abril, con la participación de todos los asistentes, ocasión en la que se seleccionaron los temas y expositores.

Seguidamente se detallan las reuniones, fecha de las mismas, temario y expositores en cada una de ellas.

El diecinueve de abril, el doctor Alberto Dalla Vía expuso sobre *“La legislación electoral vigente”*.

El diecisiete de mayo, el doctor Rodolfo Díaz abordó el tema *“Sobre la Constitución de una Coalición Opositora: El dilema del prisionero”*.

El veintiuno de junio, la doctora María Gabriela Ábalos desarrolló *“Los alcances de la autonomía municipal a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJNT) y de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza”*.

El diecinueve de julio, el doctor Alfredo Vítolo analizó *“El doble (y curioso) estándar de la CSJN en la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos”*.

El dieciséis de agosto, el doctor Jorge Alberto Diegues expuso sobre *“El negacionismo y la libertad de expresión”*.

El veinte de septiembre, el doctor Alfredo Gusman abordó *“La autonomía universitaria en la Constitución Nacional”*.

El dieciocho de octubre, el doctor Alberto Egües realizó un análisis de *“El término de comparación en la acción de amparo federal”*.

El quince de noviembre, el doctor Enrique Zuleta Puceiro expuso sobre *“El nuevo régimen de democratización de la representación política. La transparencia y la equidad electoral (ley 26.571)”*.

Asimismo, durante el año al que se refiere esta Memoria se han incorporado nuevos miembros al Instituto, hecho éste de importante significación por la trayectoria académica de los mismos y por la activa participación que tuvieron en los debates. De ello se informa en el apartado anterior del presente capítulo.

Cada año el Instituto renueva su compromiso de adhesión a los fines que estuvieron presentes a la fecha de su creación.

La ciencia del Derecho Constitucional no es estática y en su evolución muestra distintas facetas, surgen nuevas temáticas, evolucionan los criterios interpretativos y se suman novedosos enfoques.

Todo este rico material fue objeto de estudio y profundización. Año tras año el Instituto ha sumado temas de estudio y también integrantes que con sus presencias y aportes han contribuido a que cada reunión exhiba logros significativos.

No es un dato menor señalar que cada uno de los expositores, desde diferentes perspectivas, ha abordado los temas dando sólidos fundamento y en un marco de plena libertad académica.

Paralelamente, los miembros que integran el Instituto también han ejercido su derecho a adherir y/o disentir a determinado enfoque o criterio. Lo manifestado en cada reunión por cada expositor en el marco de libertad ya señalado no implica la conformidad de los restantes miembros ni del Director, quienes al finalizar cada exposición ejercieron su derecho para efectuar un aporte, plantear alguna duda o fundamentar un criterio opuesto. Todo ello enmarcado en un sano pluralismo y respeto por los derechos.

La reunión inicial del año 2012 se convocó para el tercer martes de abril.

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales.

En la primera reunión del año, celebrada en el mes de abril, el doctor Rubén Stiglitz abordó el tema de *“Las cláusulas abusivas. Caracteres. Categorías. Ocasional relación con la causa del contrato. Visión comparatista”*.

El tema fue elegido por entender el expositor que las cláusulas abusivas son un complemento de la temática del consumidor.

Señaló que la ley 24.240 no contiene una definición de cláusula abusiva, pero sí lo hace el decreto reglamentario, de modo a su juicio incompleto, cabiendo a la doctrina y jurisprudencia completar la tarea.

Para comenzar con el tratamiento de los caracteres de las cláusulas abusivas expresó que muchos países de la Unión Europea consideran superflua la mención a que la cláusula sea contraria a la buena fe porque la mala fe es inherente a una cláusula abusiva. Agregó que la cláusula abusiva puede estar en cualquier contrato, pero son más comunes en los contratos de adhesión o cuyo contenido es predispuesto por una de las partes.

Como correlato mencionó algunas cláusulas que serían excluidas del concepto bajo análisis, entre ellas las negociadas individualmente, las que tengan ventajas y sacrificios análogos, o las que contengan un desequilibrio insignificante; o bien cuando lo que se hace es reproducir el contenido de una norma imperativa.

El doctor Stiglitz apuntó que en la Argentina, a partir de la ley 26.361, la Secretaría de Comercio Interior es el organismo encargado de controlar que no se opere con cláusulas abusivas del consumidor.

Comentó que, en su criterio, un sistema atractivo para regular la cuestión de las cláusulas abusivas podría transitar por establecer ciertos principios generales aplicables a modo de cláusulas abiertas, por ejemplo, el de equivalencia de prestaciones, luego fijar un elenco de cláusulas abusivas, inválidas de pleno derecho, y otras cláusulas que la determinación del carácter abusivo dependa de la apreciación judicial.

Ejemplificó que en la regulación legal argentina existen dos cláusulas abiertas, la que considera la posibilidad de reputar abusiva una cláusula por desnaturalización de las obligaciones, y la otra la ampliación de los derechos del predisponente o restricción de los derechos del consumidor.

En la reunión del mes de mayo el doctor Juan Malcolm Dobson disertó sobre *“Inhabilitación de administradores de personas jurídicas en la quiebra”*.

El expositor se refirió en primer lugar a la importancia de adoptar una posición de política jurídica sobre la inhabilitación de administradores de personas jurídicas en quiebra, señalando la necesidad de hallar un término medio entre la exigencia de una mayor seguridad del comercio a través de la sanción de administradores negligentes o que hayan actuado con fraude, y la conveniencia de que los mejores profesionales del derecho y la economía estén dispuestos a prestar servicios interviniendo como administradores de sociedades.

Repasó el régimen de la ley 24.522, y distinguió inicialmente entre la inhabilitación del fallido como “falta de legitimación” para actuar sobre los bienes integrantes del patrimonio de afectación de la quiebra, y su sanción, la ineficacia, con la inhabilitación a los administradores del fallido (y del fallido mismo) como prohibición de realizar actos ajenos al patrimonio de afectación de la quiebra.

Postuló que la inhabilitación concursal de administradores importa una incapacidad de derecho, y que los actos realizados en violación a esa incapacidad de derecho no tienen como efecto una nulidad absoluta, sino dos sanciones distintas: (1) para los administradores de sociedades comerciales, una causal de remoción; y (2) para los administradores de las restantes personas jurídicas, una nulidad relativa.

Asimismo planteó dos posibles interpretaciones de la naturaleza jurídica de la sanción de inhabilitación concursal de administradores, añadiendo que ambas tienen dificultades interpretativas ya que ponen a la luz algunas incoherencias con un sistema razonable.

Por la primera interpretación, la inhabilitación concursal es una sanción civil independiente o autónoma de la sanción penal y concurrente con la misma. Serían dos procedimientos sancionatorios distintos (uno civil y otro penal).

Según la segunda interpretación, la inhabilitación concursal es una sanción civil preventiva, dependiente de la sanción penal de inhabilitación. Se trata de una sanción única, a ser impuesta por el juez penal, y en la cual la inhabilitación concursal opera sólo a modo de prevención. Destacó sus fortalezas y señaló como principal debilidad no explicar cómo la medida “dura hasta el cumplimiento de la inhabilitación que imponga el juez penal” (art. 236 LCQ).

En otro orden, sostuvo que los jueces concursales sólo podrían prorrogar la inhabilitación en el caso en que el inhabilitado se hallare incurso en algún delito por el cual el juez penal puede imponer inhabilitaciones, que son fundamentalmente la quiebra fraudulenta o culpable y la condena penal por infracciones a la ley de defensa de la competencia.

En la reunión del mes de junio el doctor Mauricio Boretto habló sobre *“Prevención y resarcimiento de los daños causados por la ejecución de las garantías autoliquidables”*.

El orador inició su análisis a partir de las siguientes premisas: a) Extensión de la garantía del “debido proceso legal” (art. 18 CN) desde la esfera penal al ámbito de las ejecuciones patrimoniales; b) La doctrina de la CSJN sobre la cosa juzgada del precedente “Campbell, Davidson v. Provincia de Buenos Aires”, y c) Lo reglado en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Definió el concepto de garantías autoejecutables como medios de ejecución patrimonial bajo la forma de negocios de garantía, en los cuales la ley o la autonomía de la voluntad de los particulares ejercida al amparo de la ley asignan a ciertas convenciones o negocios jurídicos de garantía efectos análogos a los de una sentencia judicial.

Sobre la concomitancia del juicio ordinario con la garantía autoliquidable, razonó que si es viable respecto de un juicio ejecutivo que tramita en contra del ejecutado, con mayor razón sería viable cuando el obligado es ejecutado por un mecanismo autoliquidativo en el cual no hay juicio previo.

Expresó que se justifica que el deudor pueda promover un juicio de conocimiento (con la amplitud de audiencia y prueba necesarias) antes o

durante (y por supuesto con posterioridad) a la ejecución para ser oído, aún cuando no podrá impedir que lo ejecuten extrajudicialmente.

Sin embargo, sostuvo que el deudor sólo podrá plantear este juicio de conocimiento iniciado por separado y con carácter previo, paralelo o posterior a la autoliquidación de la garantía, en forma excepcional, cuando existan indicios patentes y graves de “abuso” o “ilicitud” (de fácil prueba y rápida producción) en la ejecución privada que se sigue en su contra. Ahora bien, de igual modo a lo que ocurre con un juicio ejecutivo común (cambionario, prendario, hipotecario, etc.), tratándose de garantías autoejecutables, como regla, el deudor no puede impedir la “agresión” patrimonial privada del acreedor en resguardo del derecho de propiedad de este último.

Por último se refirió a la reparación del daño sufrido por la ejecución abusiva de garantías autoliquidables.

Al respecto, señaló que el garante autoliquidado puede incoar dos clases de juicios, un “juicio de conocimiento” para ventilar aquellas defensas que no tienen cabida en la vía extrajudicial autoejecutiva y un “juicio de conocimiento amplio” para obtener la reparación de los daños causados por el acreedor si es que éste autoliquidó la garantía culposa, abusiva o ilícitamente.

En agosto, el doctor Ricardo Prono expuso sobre *“Algunos conceptos y reglas especiales del derecho procesal concursal”*.

El orador señaló que si bien los problemas procesales están presentes en todo el entramado del juicio concursal y en todos ellos, los concursalistas han sido más proclives a estudiar los aspectos de fondo del derecho concursal que los meramente procesales, por ser el derecho procesal un terreno ajeno a su especialidad, además de la especialidad y complejidad de los procesos concursales.

Realizó una introducción al derecho procesal concursal, a algunos aspectos genéricos para luego ubicarse en cuestiones teóricas con repercusiones prácticas, para luego referirse a cuestiones procesales más específicas.

Se refirió entonces al tema de la naturaleza jurídica de los concursos, repasando las teorías procesalistas, para luego destacar el carácter inquisitorio del proceso concursal, junto con la preeminencia del derecho material sobre el procesal. Expresó su adhesión a este criterio, sostenido por Cámara y Palacio, entre otros.

Durante su disertación, el expositor abordó también la estructura de la materia procesal en el régimen concursal argentino, y se refirió a los órganos de la justicia concursal, el juez, la condición jurídica del síndico en tanto integrante del órgano jurisdiccional en función no decisoria, y expuso su coincidencia con el criterio de irresponsabilidad del Estado frente a incumplimientos del síndico, señalado por la Corte en el caso *“Amiano”*.

En septiembre, el doctor Francisco Junyent Bas ofreció una comunicación sobre el tema *“Luces y sombras de la reforma concursal”*.

La exposición abordó la ley 26.684, modificatoria de la ley 24.522, y señaló que la doctrina ha polemizado sobre el alcance de la modificación legislativa interpretando que la nueva ley altera garantías constitucionales, como son los derechos de propiedad y de debido proceso.

El disertante dijo que en su opinión la ley reconoce un largo camino en la realidad socioeconómica del país y también en materia de proyectos legislativos frustrados, y pasó breve revista a los principales aspectos reformados.

Mencionó que modifica los requisitos formales para la presentación en concurso preventivo; articula un nuevo comité de control; reformula el régimen de pronto pago de los créditos laborales; intenta reformar el régimen de intereses en los créditos laborales; elimina la posibilidad de negociar un acuerdo colectivo de crisis y mantiene la vigencia de los contratos individuales y colectivos de trabajo aún en situación de concurso; otorga beneficios especiales a las cooperativas de trabajo de la empresa y a sus integrantes; modifica el régimen de continuación de la explotación de la empresa en quiebra y el de su adjudicación durante el proceso liquidativo; y pretende modificar el régimen del salvataje empresario.

Señaló asimismo que la ley deroga la suspensión de los convenios colectivos, reglada en el segundo párrafo del art. 20 de la LC, por lo que, la presentación concursal no afectará las relaciones laborales, ni habilitará la negociación de un convenio de crisis entre el deudor concursado y sus empleados.

Para el expositor, la única alternativa que queda vigente es la pautada en los artículos 98 a 104 de la ley 24.013, es decir, el procedimiento preventivo de crisis ante el Ministerio de Trabajo.

Sobre otra de las previsiones de la norma, el doctor Junyent Bas opinó que el legislador ha confundido el “salvataje” con la continuación en la quiebra, sin advertir las diferencias.

En la quiebra se puede adquirir la empresa con créditos líquidos y exigibles, pues quien recibe es la deudora fallida que enajena el emprendimiento, cuestión totalmente distinta a lo que sucede en el concurso, en donde se transfieren las participaciones societarias.

Desde el punto de vista del expositor la regulación mejor lograda es la relativa a la continuación de la explotación en la quiebra, por los nuevos artículos 189, 190 y 187.

En la continuación inmediata se introduce la posibilidad de que los trabajadores presenten un proyecto de explotación, sobre el cual se dará traslado al síndico para que emita opinión al respecto, quien de todas formas deberá luego presentar el informe del art. 190, para que sea el juez quien resuelva la continuación definitiva de la empresa y, en su caso, otorgue a la cooperativa de trabajo la explotación autorizando el plan respectivo, y especialmente, sobre el plazo necesario para la enajenación de la empresa, a cuyo fin se tomará en cuenta el ciclo de producción.

En la sesión del mes de octubre el doctor Juan Carlos Veiga habló sobre *"El mercado del crédito y el derecho comercial"*.

Realizó un repaso de la evolución general histórica del derecho comercial, y los cambios acaecidos en los instrumentos para la protección del crédito.

Luego se refirió al fenómeno de la globalización. Entre otras ideas, señaló que ese proceso requirió una adaptación a la nueva realidad por parte de los países y de los sectores económicos.

Agregó que la globalización ha tenido profunda incidencia en el sistema financiero, sector de alto uso de la información y las nuevas tecnologías.

Mencionó que la liberalización de los movimientos de capitales y de la actividad financiera, la moneda única en los principales países de la Unión Europea, el uso intensivo de las nuevas tecnologías en el campo de la información, el entorno macroeconómico y la flexibilidad en la fiscalización de operaciones financieras han sido factores desencadenantes de las grandes transformaciones operadas en el sistema financiero, en las oportunidades de endeudamiento y de ahorro para las empresas y los consumidores.

Añadió que la globalización ha provocado que sea cada vez más difícil marcar los límites del sistema financiero territorial, y otro aspecto es que la integración de los mercados no ha sido homogénea.

Postuló que en una economía globalizada el dinero se moviliza instantánea y anónimamente a través de las fronteras y esto genera problemas, ya que el capital volátil transmite no sólo dinero procedente de actividades lícitas y los flujos financieros altamente móviles llevan consigo ingresos fiscales.

Tras remarcar que el fenómeno de la globalización es una realidad cuyos efectos son amplios y diversos, el expositor enfatizó que el derecho es indispensable como respuesta a ese proceso.

Sostuvo que las instituciones son necesarias y deben ser protegidas y reforzadas, en especial las que constituyen el núcleo del derecho comercial (Sociedades, contable y auditoria, Contratos y Concursos).

En el caso de nuestro derecho comercial, mencionó que la norma emerge de la costumbre, en este caso global, y así como observamos una constante preocupación de los Estados por proveer nuevas herramientas (vía armonización o unificación legislativa) en nuestro caso vemos surgir una multiplicidad de Códigos de Buenas Prácticas, que no son otra cosa que el reflejo y la petición de autorregulación del “mercado”.

Agregó que en el concepto de mercado va implícita no sólo la economía que opera en él, sino también las reglas de acceso (autorizaciones administrativas, solvencia mínima, administradores profesionales) de ejercicio (transparencia contable, etc.) y de salida del mercado (para los casos de crisis de la empresa).

Finalmente, afirmó que el derecho garantiza la posición de quienes intervienen en el mercado, evitando su utilización abusiva, ordenando la competencia, con diversas normas, desde leyes especiales para distintos sectores (seguros, bancos, mercado de valores), hasta leyes de protección a los consumidores, pasando por reglas de intervención en el desarrollo de los mercados.

La coexistencia de una economía de mercado libre con la actuación tutelar de la legislación comercial en un marco de prudente ingerencia estatal permitirá la defensa de los intereses de los distintos concurrentes del mercado, aseguró el expositor.

En noviembre, el doctor Miguel Piedecabras habló sobre “*Negocios, medicina y derecho*”, ocasión en la que explicó que la salud se ha convertido en una de las cuestiones que mayor atención ha recibido en el ámbito jurídico nacional e internacional.

Agregó que, en ese marco, la confrontación de la “libertad de empresa” y la “autonomía contractual” en el ámbito de los negocios médicos ha deparado un debate profundo sobre la naturaleza misma del derecho comercial y su actualidad frente a la creciente importancia en la sociedad moderna del derecho a la vida y a la salud, en particular.

Sostuvo que la función de la empresa y del contrato en esta realidad, es el objeto principal de esta labor.

Dijo que el análisis proyecta sus efectos sobre una nueva concepción de la responsabilidad civil, en la manifestación más actual, compleja y novedosa de la “responsabilidad empresarial” y obliga a observar la evolución de la organización de negocios en base a un nuevo posible modelo de “empresas sociales”, o sea estructura empresarial pero con fines sociales.

Concluyó que es forzoso contemplar la complejidad normativa; la incidencia de las normas constitucionales e internacionales; la penetración del derecho del consumidor y la construcción jurisprudencial de la Corte Suprema, que de manera expresa o implícita ha dado respuesta a diversos planteos, pero además ha permitido observar que subyace un debate estructural sobre la función de la empresa y del contrato en la sociedad actual y frente a los derechos fundamentales de las personas, que, en su interpretación, es de los más importantes que está dirimiendo nuestra sociedad.

Al cabo de todas las exposiciones tuvo lugar un amplio y enriquecedor debate, que contó con el aporte y comentarios de los restantes integrantes del Instituto.

SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la coordinación del doctor Alberto Cappagli, la Sección de Derecho de la Navegación realizó el nueve de agosto una reunión pública para considerar el Convenio de las Naciones Unidas del once de diciembre de 2008 sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías Total o Parcialmente Marítimo, conocido como Reglas de Rotterdam.

Ante la presencia de señores académicos y numerosos invitados especiales, el acto fue abierto por el doctor Alberto C. Cappagli, coordinador de la Sección, y luego pronunciaron sendas exposiciones los miembros de la Sección, doctores Diego E. Chami y Jorge M. Radovich.

Los dos expositores consideraron con profundidad tanto los aspectos más importantes como los más novedosos de las Reglas de Rotterdam, y expresaron opiniones diferentes al evaluar este cuerpo legal.

Con este Convenio, resultado de largos años de trabajo y tras el fracaso del Convenio de las Naciones Unidas de 1978 sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, conocido como Reglas de Hamburgo, se pretende reemplazar a la Convención de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, conocida como Reglas de La Haya (o Reglas de La Haya-Visby, en su versión enmendada), que son el antecedente inmediato de las normas respectivas de la Ley de la Navegación argentina.

La sección considera que las dos exposiciones constituirán elementos de juicio muy útiles cuando las autoridades de la República analicen la aprobación, o no, de la Convención.

La versión escrita que suministrarán los expositores será publicada por la Academia.

SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la coordinación del doctor Jorge Rodríguez Mancini, esta sección comenzó sus actividades en el mes de abril y las finalizó en noviembre.

Durante el año al que se refiere esta Memoria los integrantes de la Sección continuaron sus reuniones mensuales en las que, según el orden establecido por un temario aprobado en el año 2009, se desarrollan los distintos puntos que componen el Índice General dedicado al estudio de *“Fuentes del Derecho del Trabajo”*.

Tal como se había programado, se trataron en sucesivas reuniones los temas restantes de la Segunda Parte.

El tratamiento del tema *“El derecho internacional del trabajo como integrante del ‘bloque constitucional federal’”*, que estuvo a cargo de Julio César Simón; *“Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y su rango supralegal”*, por Susana Corradetti; *“Las normas comunitarias del Mercosur”*, tratado por el doctor Gerardo Corres, invitado especialmente para este tema y *“La jurisprudencia de los órganos internacionales jurisdiccionales y no jurisdiccionales”*, que fue expuesto por el doctor Luis Ramírez Bosco.

En las reuniones siguientes, cumplidas hasta el mes de noviembre último, se inició el desarrollo de la Tercera Parte del programa.

Tuvieron a su cargo las exposiciones los integrantes Jorge Rodríguez Mancini, quien se refirió a *“La ley como fuente de derecho del trabajo”*; Osvaldo Maddaloni sobre *“Los decretos”*; y Lorenzo P. Gnecco, quien expuso sobre *“La autonomía colectiva”*.

Además de los nombrados, asistieron durante el año 2011 a las reuniones los miembros Juan A. Confalonieri, Juan C. Fernández Humble, Mario Zuretti, Roberto Izquierdo, Ricardo Foglia y Alberto Rimoldi.

Cada una de las exposiciones fue seguida de comentarios de los asistentes para enriquecer el material propuesto por el responsable del tema. En todos los casos el tratamiento de los puntos del programa se ha ido plasmando en un archivo electrónico de cuya recopilación oportuna se propone una publicación.

Los integrantes del grupo coinciden en manifestar a las autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires su agradecimiento por la hospitalidad y facilidades que ha brindado continuamente para el desarrollo de su actividad académica.

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la coordinación de la doctora María Elsa Uzal, la sección de Derecho Internacional Privado, integrante del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia, durante el año 2011 llevó a cabo cinco sesiones con una frecuencia bimestral, cada una de ellas seguida de un enriquecedor debate e intercambio de ideas, en el cual los miembros asistentes efectuaron importantes aportes.

En la primera sesión del año, celebrada el tres de mayo, la doctora Inés Weinberg de Roca se refirió al tema *“La acción de los tribunales penales internacionales”*.

En la segunda reunión, celebrada el veintiocho de junio, el doctor Rafael Manóvil abordó el tema *“La modificación del régimen de derecho internacional privado argentino en materia de sociedades comerciales (propuestas)”*.

En la tercera sesión, celebrada el veintitrés de agosto, la doctora María Susana Najurieta expuso acerca de la *“Interpretación y aplicación del Tratado ADPIC en materia de patentes”*, y en la cuarta, celebrada el veinticinco de octubre, la doctora Alicia Perugini desarrolló el tema *“Derecho Interpersonal”*.

En la última sesión de este año, el veintinueve de noviembre, se clausuraron las actividades del año con la disertación del doctor Antonio Boggiano, quien, en carácter de invitado, abordó como tema *“El estado de derecho en las relaciones privadas internacionales”*.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico doctor Hugo Caminos, en la primera reunión correspondiente al ejercicio 2011 del Instituto de Derecho Internacional Público se estableció como orden del día la elección para dicho período de las autoridades e integrantes del mismo.

Por unanimidad se eligieron como director, al académico doctor Hugo Caminos, y como secretarios, a los doctores Silvina González Napolitano y Orlando Daniel Pulvirenti.

En las reuniones posteriores, los relatores de los temas en desarrollo expusieron el alcance de sus trabajos y estado de ejecución de los mismos, para luego ser sometidos a análisis y observaciones del resto de los integrantes del cuerpo.

El estudio encomendado a la doctora Gladys Sabia, con la colaboración del doctor Orlando Pulvirenti, fue completado y está siendo sujeto a su final revisión para ser elevado en sus conclusiones a la Academia. Dicho trabajo, dedicado al estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la interpretación del derecho internacional público, adquiere importancia ya que no sólo tiene connotaciones teóricas, sino también eminentemente prácticas.

Asimismo, se avanzó en la investigación que sobre *“Nacionalidad de los buques y relación auténtica”*, dirige como relatora la doctora Frida Armas Pfirter. Esta cuestión se aborda en momentos en que el Mar comienza a tener relevancia en la estructuración de las relaciones internacionales y particularmente, para la Argentina. Cuenta además con la colaboración del Directo y miembros del Instituto.

El doctor Osvaldo Mársico se encuentra en el exterior, donde prepara sus conclusiones sobre *“Las consecuencias de la ampliación del concepto*

de amenaza a la paz y seguridad internacionales en la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el período post - guerra fría”.

Por su parte el doctor Pablo Ferrara terminó la labor de adaptación de su tesis doctoral en la Universidad de California (Berkeley) sobre *“Cooperación en la explotación de petróleo y gas en el Mar”*, que, ante las expectativas referidas al estado de exploración y explotación en nuestra plataforma continental, adquiere mayor importancia. Actualmente, el doctor Ferrara se encuentra en el Instituto Max Planck en Heidelberg, Alemania, donde trabaja en el mismo tema.

En 2012 se procurará publicar la primera obra del Instituto, finalizar los trabajos en curso e iniciar el estudio de nuevos problemas que atañen al derecho internacional público. Ello, sin perjuicio de evaluar la presencia de expertos y destacados académicos que puedan enriquecer sus reuniones, para lo que oportunamente se presentará una agenda.

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, las actividades del Instituto se ciñeron a la continuación de la preparación del Anteproyecto de ley de procesos colectivos, mediante reuniones realizadas de modo personal y a través de Internet, según el programa establecido en el año 2009.

En el marco de la elaboración de una legislación sistemática sobre la materia, el Instituto preparó las partes instructoria y probatoria.

INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Bajo la dirección del académico doctor Horacio A. García Belsunce, el Instituto incorporó a comienzos de año a los doctores Christian Rosso Alba y Pablo Revilla.

Las reuniones mensuales comenzaron el veintiséis de abril, ocasión en la que el doctor Horacio García Prieto expuso acerca del tema *“El Poder Tributario de los Municipios”* y analizó la naturaleza jurídica de tales poderes, en el sentido de si ellos son originarios o propios de las comunas o si derivan de otros poderes superiores (Provincias o Nación).

Se refirió además a las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema, ilustrándolas con citas correspondientes para facilitar la consulta de los asistentes.

En la sesión del dieciséis de mayo se debatió acerca de la designación por parte del Poder Ejecutivo de los vocales del Tribunal Fiscal de la Nación.

Como consecuencia de un pormenorizado debate sobre el tema, el Instituto día a conocer una declaración que fue publicada en distintos medios especializados en la materia tributaria.

El nueve de agosto el doctor José Osvaldo Casás disertó sobre *“Delegación legislativa. Alcances. La Cláusula transitoria novena de la Constitución Nacional. Jurisprudencia”*. El tema, tan conocido como discutible, mereció un profundo análisis por parte del expositor a la luz de la doctrina nacional y extranjera, y con referencia a los aportes de la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Se esbozaron durante la reunión conclusiones que podrán servir de bases para futuras investigaciones y análisis dentro del Instituto.

En la sesión del trece de septiembre expuso el doctor Gustavo Zunino sobre *“Reflexiones sobre los efectos de los derechos a las exportación de granos. La posibilidad de su alegación jurídica (incidencia sobre el productor como sobre la coparticipación de impuestos y cuestiones que suscitaría una eventual nacionalización de comercio)”*.

En la siguiente reunión, realizada el once de octubre, el doctor Rubén Asorey brindó una comunicación acerca del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *“Frigorífico Paladini”* sobre el régimen de las reorganizaciones societarias y empresariales libre de impuestos.

En la última sesión del año, llevada a cabo el veintidós de noviembre, el doctor Pablo Revilla expuso sobre *“La Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia en materia de Tributos Locales”*, oportunidad en la que reseñó de forma ordenada abundante bibliografía en la materia como así también la jurisprudencia del Alto Tribunal al respecto.

III

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

SARMIENTO Y LA CODIFICACION

POR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (*)

- I -

Breve recuerdo

En el Colegio Nacional “Domingo Faustino Sarmiento”, donde cursé mi bachillerato, los alumnos escuchamos hablar de nuestro patrono no sólo en actos de homenaje, sino, incidentalmente, en las más diversas materias. Eso motivó muchas conversaciones con nuestros maestros y que preparáramos ciertos estudios y trabajos.

Como además no todos aquellos profesores pensaban lo mismo, la mayoría de los estudiantes nos íbamos formando la idea de que existían diferentes figuras de Sarmiento (1). Aunque las diferencias tenían un poderoso denominador común, pues todo apuntaba al tema de la libertad.

De aquel entonces recuerdo algunas frases en ese sentido, que escuché más de una vez. “La libertad, como todos los beneficios sociales, reclama larga preparación” (2); “Jamás hemos dicho: dejad hacer al gobierno; muy al contrario, siempre hemos contestado a los que todo lo esperan de él:

(*) Disertación del Académico Presidente en el Congreso Extraordinario realizado en la ciudad de San Juan, en conmemoración del Bicentenario del Nacimiento de Domingo Faustino Sarmiento, entre los días 11 y 14 de abril de 2011.

(1) Este año hemos leído dos estupendos artículos periodísticos de Pascual Eduardo Alferillo, que está en el panel de Sarmiento y el Derecho con nosotros. Fueron publicados por el diario de Cuyo y sus nombres muestran dos aspectos que no se mencionan corrientemente cuando se habla del prócer: *Sarmiento y la administración de Justicia* y *Sarmiento y la divulgación popular del derecho*.

(2) En las Obras Completas (O.C.) tº 9, pg. 41.

trabajad vosotros por ser libres” (3), y “el objeto del gobierno no es dar libertad, sino remover las trabas que tenga, y no colocarlas” (4). Es claro que, además, Sarmiento pensaba que sin seguridad no puede haber libertad.

Sarmiento fue el único prócer de quien nos contaron que tenía defectos; o simplemente que era un ser de carne y hueso, pero con aciertos geniales, quizás un poco malhumorado. Podía conversar con Alberdi, escuchar su piano con alegría; y tiempo después pasar a grandes enojos y polémicas. Escribió artículos sobre modas y veladas artísticas así como el *Facundo*.

Su vida sintetizó el capítulo del Quijote sobre las armas y las letras, porque tuvo las penurias y las virtudes de ambas. Así, en su juventud escribió un librito para enseñar a leer (5), y también fue a una especie de liceo militar (6). Y después combatió, pero combatió tanto con artículos y libros como en la batalla de Caseros.

Tenía un modo de ser muy especial. Por ejemplo, cuando debió elegir su ministro de guerra, tuvo ciertas dificultades porque un candidato pertenecía al grupo más cercano a Urquiza, otro al de Mitre, y descartó al tercero, muy independiente (7), con el argumento de que en una reunión de gabinete podía soportarse que hubiera un loco, pero no dos.

Al respecto dice EZEQUIEL MARTÍNEZ ESTRADA: “Cuando alguien se destaca por los acentuados rasgos de talento o de personalidad, se lo

(3) O.C. tº 9, pg. 108.

(4) O.C. tº 20, pg. 104.

(5) Leía perfectamente a los 5 años. A los 14 y 15 enseñaba a leer y escribir a quienes le llevaban 10 años de edad. Leyó mucho siendo empleado en una tienda, cuando no entraban clientes.

(6) Alférez de la milicia tuvo que ir a hacer guardia en la gobernación de Manuel Quiroga, quien lo citó a raíz de su queja por tal “servicio contra el que se nos oprime sin necesidad”. El encuentro tuvo pocas palabras y largas miradas, y terminó con Sarmiento en la cárcel. Ahí aprendió que la libertad no era un asunto de griegos, sino que había que ganarla en San Juan. Y empezaron sus correrías militares, y sus enseñanzas en táctica de la caballería.

(7) Dicho en *Mi Vida*, Editorial Ángel Estrada y Cía., 1938, Tomo II, Capítulo sobre la Presidencia de la República, “La primera dificultad fue encontrar ministro de la Guerra, y Gelly, Paunero y Emilio Mitre pasaron sucesivamente en revista. Se eligió al coronel Martín de Gainza”.

califica de loco y así se equiparan el exceso de talento y el desequilibrio mental.” (8)

Su empeño lo llevó a aprender extrañamente ciertas cosas, como otros idiomas, ayudado por lo que sabía de latín, por un diccionario y por una gramática del idioma en cuestión. Con esas palancas pudo hacer el esfuerzo de leer cualquier libro. Por supuesto que su pronunciación era, al principio, regular. (9)

Pese a muchas dificultades, ya grande, por fin alcanzó un título de *Doctor in law*, por la Universidad de Michigan.

Y así llego a mi tema, que es Sarmiento y la codificación en nuestro país.

- II -

LA CODIFICACIÓN

1. Codificación antigua y costumbre jurídica

Empezaré por el fenómeno de la codificación, cuya primera manifestación conocida es de Hammurabi, que reinó 20 siglos antes de nuestra era. Las leyes de Manú tienen siete siglos menos, el Tsa Tsin Leu Lée es también muy viejo. La codificación de Justiniano tuvo una influencia descomunal, pero es una recopilación, que data del siglo VII. También la tuvo el Fuero Juzgo, que fue traducido al castellano cinco siglos después. Datan del siglo XIII las siete Partidas, que en el fondo pretendían ir familiarizando a la sociedad con formas de manejarse en ella, pero, sin sanción obligatoria. Su fama hizo que se cumplieran.

Estas Partidas formaron el principal núcleo de legislación civil durante la colonia y los primeros años de nuestro gobierno patrio.

(8) En *Sarmiento*, Argos, Buenos Aires, Buenos Aires, cap. 12, pg. 165. Luego de la frase transcrita, cita a Unamuno que, - a propósito de los críticos que atribuían a las locuras de Sarmiento haber perdido leguas en la Patagonia - explica que con terreno no se alcanza al espíritu, pero con espíritu se puede conseguir mucho más que terreno.

(9) Aprendió francés en un mes y once días, traduciendo once libros clásicos. Cuando llegó a Washington, pronunció un discurso en inglés que, recién al leerse en los diarios, fue considerado estupendo.

No obstante estos antecedentes, en la antigüedad y hasta la edad moderna, en el llamado derecho continental sobrevivieron, las costumbres que forman derecho (10), aunque, según los tiempos, varió su importancia en las diferentes ramas jurídicas.

2. Polémicas sobre costumbres y codificación

Pero el momento de mayor pugna entre costumbre y codificación tiene lugar desde fines del siglo XVIII hasta bien entrado el siguiente, que es el de nuestra Constitución y el de Sarmiento.

Es, quizás, una consecuencia de la revolución francesa, que pasó a codificar no solamente para conseguir amalgamar y sistematizar la trama legal, sino para imponer cambios. La revolución abrogó la costumbre. (11) Tras los códigos iniciales, llegaron los que impulsó el cónsul Napoleón (12), que se adaptaron en muchos países, un poco porque realmente tenían muchas instituciones muy bien tratadas, y un poco más porque él traía sus códigos detrás de sus bayonetas. Algún código, como el Penal de Baviera de 1813, no siguió ese rumbo (13).

A partir de esos tiempos, empezaron las discusiones acerca de las ventajas e inconvenientes de un sistema que se basase principalmente en la costumbre o, sobre todo, en los Códigos y grandes leyes. La polémica más conocida entre nosotros es la ocurrida en Alemania, cuando FEDERICO THIBAUD propuso la preparación de un código nuevo, porque la aprobación del código francés había descarriado a la jurisprudencia. Contra ese enfoque escribió Savigny. (14) Pensaba que los códigos eran una suerte

(10) En un sistema de costumbres, estas deben datar de mucho tiempo atrás y deben ser probadas. En algunos de esos sistemas hay recopilaciones de costumbres, escritas por abogados o, a veces, por funcionarios. Pero en cualquier juicio es posible probar modificaciones a una costumbre, y también aducir su olvido (desuetudo). En ese sistema, la ley sirve para modificar las costumbres o establecer novedades.

(11) Ley del 30 de Ventoso del año XII, dos años antes del Código Civil francés. En el calendario nuestro sería el 20 de Marzo.

(12) El Código Civil es de 1804.

(13) Ese Código, escrito por Anselm von Feuerbach, en su traducción francesa debida a Vatel, fue importante fuente del proyecto de Carlos Tejedor.

(14) Su trabajo es mucho más conocido entre nosotros que el de Thibaut. Está traducido desde hace mucho (*De la vocación de nuestro siglo para la jurisprudencia*).

de trabajo de gabinete, un tanto arbitrario, que trababa el desarrollo continuo, natural y espontáneo de una sociedad. (15) A partir de entonces se notó que los espíritus con tendencia al racionalismo se inclinaban por buscar incluir muchas materias dentro de la codificación, y los románticos dejaban ese trabajo a la costumbre.

Aquí hubo pocos que discutieron, porque todos advertían el inmenso y desordenado cúmulo de leyes que imperaban. Como eran, por ejemplo, las Partidas, el Espéculo, las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. A ellas se agregaban las leyes para estas Indias. Hubo un acuerdo tácito en borrar todo eso y sustituirlo por Códigos y otras leyes. (16) Cuando se sancionó la Constitución, el acuerdo fue más claro: “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos.” (art. 24)

3. La codificación y Urquiza

Por esa razón, aún antes de sancionarse la Constitución, es decir a mediados de 1852, un decreto de Urquiza creó una comisión con varias secciones para que fuera preparando proyectos de código civil, penal, de comercio y de procedimientos. (17) Desgraciadamente, debido a los problemas de aquel tiempo, la comisión no pudo terminar trabajo alguno.

(15) Pienso que trabajo de gabinete, dicho en sentido peyorativo, fue el Código Napoleón para Alemania, pero no para Francia.

(16) Pese a todo, nada menos que desde 1863 ley 48, en su artículo 21, dispone: Los tribunales y jueces nacionales, en el ejercicio de sus funciones, procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, *las leyes generales que hayan regido anteriormente a la Nación* y los principios del derecho de gentes, según lo exijan los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido.” (las versalitas son nuestras). Obsérvese el artículo 31 de la Constitución Nacional, y el 16 del Código Civil, que data de 1869.

(17) El decreto designaba **Presidente de la Comisión** a Juan García de Cossio y **Vicepresidente** a Vicente López y **Secretario** a Marcelo Gamboa, y a un redactor y dos consultores en cada sección, todos jurisperitos, pero la de Comercio tenía, además, dos comerciantes como consultores. **Sección Civil:** Lorenzo Torres (que renunció y fue reemplazado por Vélez Sársfield), Alejo Villegas y Marcelo Gamboa; **Sección Penal:** Baldomero García, Manuel Insiarte y Felipe Arana; **Sección Comercial:** José B. Gorostiaga, Vicente López, Francisco Pico, José Rojas y Patrón y Francisco Balbín; **Sección de Procedimientos:** José Roque Pérez, José Barros Pazos y Eduardo Lahite.

4. Separación de la Provincia de Buenos Aires

En ese tiempo hubieron algunos desaciertos de Urquiza, como fue imponer nuevamente la divisa punzó, pedir facultades extraordinarias y clausurar la Cámara por haber rechazado el Acuerdo de San Nicolás. Esto cayó muy mal entre muchos habitantes de Buenos Aires (y también alcanzó a Sarmiento, que había vuelto a Chile). El resultado fue que cuando Urquiza partió a Santa Fe para inaugurar el Congreso Constituyente y Galán quedó a cargo, no pudo mantenerse y la Provincia de Buenos Aires se separó de la Nación. Como es sabido, la Nación continúa por un camino y la Provincia por otro. Lo mismo sucede con la codificación.

5. Evolución del texto de la Constitución Nacional que se refiere a códigos

Según el Proyecto de Constitución de Alberdi (18), correspondía al Congreso “reglar la navegación y el comercio interior” (67, 4º) y “legislar en materia civil, comercial y penal”. (67, 5º)

La Constitución de 1853 estableció algo un poco distinto, siguiendo las ideas de Gorostiaga (contra Saturnino Zavalía, según quien cada provincia debía dictar sus códigos, como en Estados Unidos): “Dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, y especialmente leyes generales para toda la Confederación sobre ciudadanía y naturalización, sobre bancarrotas, falsificación de moneda corriente y documentos públicos del Estado, y la que requiera el establecimiento del juicio por jurados.” (64, 11º) (19)

Como esa Constitución de 1853 buscó que se sancionaran códigos, la ley 12 del Congreso de Paraná encomendó a Urquiza nombrar comisiones que se ocuparan de prepararlos.

6. Sarmiento y la codificación en la provincia

Mientras tanto, Sarmiento buscó en 1855, 1856 y 1857 que la provincia de Buenos Aires adoptara alguno de los Códigos Civiles de nuestros vecinos. El Código de Chile había sido preparado nada menos que por Andrés Bello y sancionado a libro cerrado (procedimiento que entusiasmaba a

(18) Lo incluye en la segunda edición de sus *Bases*, publicada en Valparaíso, Septiembre de 1852.

(19) Recuérdese que Sarmiento escribió un comentario sobre esa constitución.

Sarmiento). El Código Civil Uruguayo era obra del afamado Eduardo Luis Acevedo. De modo tal que Sarmiento buscó la sanción de cualquiera de ellos, pretendiendo que después se revisaran y corrigieran los desajustes que se advirtiesen. Este tipo de solución no era aislada, ya que O'Higgins pretendió que Chile adoptase nada menos que los Códigos aprobados por Napoleón para Francia.

Pero cuando Vélez Sársfield explicó a Sarmiento que el Código Civil Uruguayo no era muy bueno (20), entonces nuestro hombre pasó a ser partidario de proyectar un Código de Comercio, a cuyo efecto vinculó al propio Vélez con Acevedo (exiliado hacía cuatro años, desde el levantamiento de julio de 1853). En solo 6 meses presentaron el proyecto en junio de 1857. (21)

En la redacción ayudaron Manuel Quintana (pasante en el estudio de Acevedo), el propio Sarmiento (que ofició de corrector de pruebas del proyecto), Pastor Obligado (Gobernador de Buenos Aires) y Manuel Obarrio (alumno de Acevedo en la Academia teórico-práctica de Jurisprudencia).

El proyecto fue muy criticado, pero, tras varios intentos, Sarmiento consiguió en 1879 que los senadores lo aprobasen a libro cerrado.

Si volvemos a 1857, conviene recordar que la Cámara de representantes de Buenos Aires recibió entonces (septiembre de 1857) un proyecto del PE (Barros Pazos) que autorizaba al PE a invertir la suma necesaria en la redacción de los Códigos Civil, Criminal, de Comercio y de procedimientos. El proyecto fue aprobado.

Entonces un decreto de Llavallol y Barros Pazos nombra a Marcelo Gamboa y Marcelino Ugarte (Civil); Ángel Navarro y Roque Pérez (penal); Tomás Guido y Bartolomé Mitre (Código Militar, que agrega, como colaborador, el auditor de guerra y marina).

Sin embargo, no produjeron ningún proyecto.

(20) Le parecía que recopilaba las leyes españolas, sin adaptación a nuestros pueblos.

(21) Eduardo Acevedo después de enseñar aquí volvió a Montevideo, donde fue Ministro y Senador. Finalmente, por razones de salud - como al final de su vida hizo Sarmiento - fue al Paraguay. Murió en su viaje de regreso.

7. Los códigos en la reforma constitucional de 1860

Como es sabido, la reforma de 1860, que ocurre como consecuencia de la incorporación de la provincia de Buenos Aires, en el artículo 64, inciso 11º, además de cambiar la palabra *Confederación* por *Nación*, introdujo una cláusula allí donde termina la enumeración de los cuatro códigos. La había propuesto Sarmiento. Decía “sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los Tribunales Federales o Provinciales, según que las cosas ó las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.”

No es necesario destacar la importancia de esta frase, que en cierta forma nos acerca un poco al modelo norteamericano, según el cual los Códigos se sancionan e interpretan localmente. Aquí fue conveniente pasar al gobierno nacional la tarea de sancionar los cuatro códigos porque el *pan-demonium* legislativo anterior era igual en todo el país, y convenía suprimirlo en bloque. Sarmiento salvó la interpretación local de esos códigos.

8. La codificación

Producida la unión de la República, Bartolomé Mitre, en 1864 nombró redactor del proyecto de Código Civil a Vélez Sársfield y del proyecto de Código Penal a Carlos Tejedor. El último presentó su proyecto: la primera parte, a fines de 1866 y la segunda, pronto, a principios de 1867. El proyecto de Tejedor, con algún retoque, fue ley en todas las provincias y en la Capital (salvo Córdoba, que aprobó el Proyecto de 1881, indicado luego en el número 9). El proyecto de Tejedor sirvió de base para que el Congreso preparara el Código Penal de 1886.

Debemos advertir que el Proyecto Tejedor y el Código de 1886 no derogaron la ley 49, que era una suerte de código para delitos federales. Eso recién sucede mediante el Código de 1921.

En cambio, Vélez siguió trabajando cuando empezó la presidencia de Sarmiento (1868), que, además, lo nombró Ministro del Interior.

Lo ayudó Victorino de la Plaza (inquieto e inteligente joven que escribía muy bien y estudiaba derecho. Había llegado del norte, su madre era de raza india. Entró al Colegio de Concepción del Uruguay, donde destacó por su brillante mente y concentración, que lo llevaron a temprana fama). Corregía en sus copias algunos defectos gramaticales de lo escrito por Vélez y algunos errores, pero, es claro, Vélez decidía. Generalmente Vélez

aceptaba muchas correcciones pero no las de estilo. Por otra parte, el trabajo de Victorino era difícil porque Vélez agregaba tiras pegadas al papel principal, y otras tiras a éstas, de modo que una hoja parecía un mantón con flecos.

Victorino interrumpió su tarea cuando fue a Paraguay como ayudante de Mitre. Luego volvió y ayudó a terminar el último Libro del proyecto.

No me referiré a los avatares de las ediciones y ejemplares del proyecto, y, cuando se aprobó, de sus ediciones oficiales. Pero es evidente que Sarmiento tuvo un papel básico en la edición de Nueva York.

Él pidió datos a Manuel García para imprimir el Código Civil en Nueva York, cuando se estaba por sancionar, en 1869. Uno de los argumentos para hacerlo en el extranjero fue que eso permitiría hacer con mayor facilidad las correcciones de errores. Además, editar aquí era más caro.

Esa publicación fue criticada, sosteniendo que había introducido muchas correcciones al texto original. Entonces Sarmiento mandó comparar el original y la edición por Victorino de la Plaza y Aurelio Prado, y que hicieran un informe.

Mientras tanto, en un decreto del 1º de enero de 1871, Sarmiento y Avellaneda declaran edición oficial a sendas ediciones locales, según se tratara del Libro I, II, III o IV, a la espera del resultado del cotejo de la edición norteamericana. (22)

Cuando este dificultoso trámite terminó, la edición de Nueva York pasó a ser oficial con la Ley fe de erratas de 1872.

9. Proyecto de Código de Procedimiento Criminal

Una ley de Octubre de 1871 manda nombrar de una comisión que proyecte la organización del jurado y el enjuiciamiento criminal para la jurisdicción federal.

Sarmiento y Avellaneda, en Noviembre, decretan que Victorino de la Plaza y Florentino González formen la comisión que preparó estos proyectos.

Florentino González, colombiano que durante años estuvo aquí hasta su muerte, era uno de los mejores juristas de América. Escribió libros de

(22) Pienso que algo tuvo que ver la competencia entre nuestras editoriales.

texto y estudios, y enseñó a varias generaciones. Quizás pueda llamar la atención que antes había escrito un artículo contra la codificación, pero hubiera sido necio no cambiar de opinión cuando la realidad lo aconseja.

El 1º de abril de 1872 terminaron los dos proyectos, y el 23 entregaron el informe de 162 páginas.

Esos proyectos de ley para la justicia federal, reflejan mucho conocimiento de varias instituciones típicas del procedimiento en los Estados norteamericanos, admirado por Sarmiento, haya pasado inadvertido por la grey de penalistas y procesalistas de nuestro país. En realidad, el Congreso nunca lo consideró. (23)

Para empezar, crea dos tipos de jurados. Uno es el de acusación (Gran Jurado), cuyos integrantes duran en su función tres años, que resuelven si se acusa o no y en Estados Unidos sirve de control para los fiscales y la política de acuerdos que es corriente allá. En cambio el jurado de juicio (que estamos acostumbrados a ver en el cine) decide si una persona es culpable o inocente.

Está muy bien reglada la forma de selección de los jurados, los casos en que intervienen y cuándo no son necesarios. Además crea el cargo de Comisario del Jurado, que es básico para el funcionamiento del sistema.

En cuanto al proyecto de Código de procedimientos, no puedo dejar pasar que comienza con secciones sobre la manera de “prevenir o suprimir los delitos” sea sin intervención de la autoridad pública (personalmente o por terceros) o con ella, mediante disposiciones sobre fianza de guardar la paz, uso de la policía, modo de suprimir sedición e insubordinación, allanamiento, y actuación en caso de secuestro de personas.

Por supuesto, establece una somera investigación previa y, si prospera, reclama una verdadera acusación y permite la posibilidad de una defensa inicial, lo que es claramente mejor que el sistema que siguen nuestros códigos procesales. El proyecto comprende, por supuesto, las disposiciones sobre pruebas, alegatos, recursos y todo aquello relacionado con un correcto proceso penal.

(23) Es por eso que, después, Manuel Obarrio, en su proyecto, se limitó a tentar un esquema oral para los casos correccionales, que la costumbre fue convirtiendo también en escrito.

10. La revisión del Proyecto de Tejedor

La ley del 16 de Octubre de 1868 autorizó a Sarmiento a nombrar comisiones. Un decreto del 7 de Noviembre, refrendado por Nicolás Avellaneda, designó una comisión para que revisase el proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor.

Sus integrantes fueron personajes importantísimos. Entre ellos Roque Pérez, a quien parecida tarea le había encomendado la Provincia de Buenos Aires en 1857. Por otra parte, Sarmiento también lo nombró, atento su espíritu de organización e inteligencia, para que se encargara de la comisión que se ocupó de la epidemia de fiebre amarilla. Y tanto se dedicó que contrajo la enfermedad y murió en 1891. (24)

Marcelino Ugarte, era considerado el abogado joven más brillante. Integró la comisión civil de 1857, en la Provincia de Buenos Aires. No se debe confundir con su hijo, del mismo nombre, que después gobernó esa provincia.

Y nada diré de Manuel Quintana, muy inteligente jurista, que llegó a ser Presidente de la República.

Debido a la muerte de Roque Pérez, Sarmiento nombró a Vicente Fidel López. Luego murió Ugarte, y nombró a Antonio Malaver, y pronto, en su lugar, a Sixto Villegas.

Ya durante la presidencia de Avellaneda, por renuncia de López se designa a Ugarriza, y cuando renuncia Quintana, a Juan Agustín García.

Como la Comisión tuvo tan variable composición, y se respetó mucho el trabajo anterior, este proyecto que concluye en 1881 tiene sus aciertos, pero también bastante falta de coherencia y defectos.

El Congreso lo descartó y se ocupó directamente del Proyecto de Tejedor, modificándolo bastante. Así se sancionó el código de 1886.

Como puede verse, el espíritu de Sarmiento estuvo presente durante el período de nuestra codificación, más allá de la cantidad de ámbitos en los que tanto trascendió, en el país, en América y en el mundo.

(24) Además fue artífice de la unión nacional, pues da los pasos necesarios para reunir a Urquiza, Mitre y Sarmiento.

SARMIENTO Y LA CONSTITUCION HISTORICA 1853-1860

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

I. Sarmiento es por esencia un hacedor.

Su vida fue una ofrenda permanente al país, y lo fue porque todo lo que le restó lo convirtió en su ideal.

Ese ideal unía la firmeza de su carácter, la integridad de su honradez, y la pujanza de su inteligencia. Su quehacer fue de una fuerza moral imbatible. Su causa estaba identificada con el afianzamiento de las instituciones republicanas, porque estaba persuadido de que brindaban a sus conciudadanos el progreso dentro de la libertad (1).

Evocar a Sarmiento retempla las fuerzas ancestrales de la nacionalidad y nos obliga, ahora más que nunca, a continuar la tarea de consolidar la paz con la verdad y la libertad con el orden, valores determinantes de su obra polifacética.

II. Cuando en 1845 aparece *Facundo*, Sarmiento tiene 34 años, y hace cuatro que ha llegado a Santiago de Chile. Sus lecturas de Locke y los autores franceses desde Rousseau hasta Saint Simon, con el conocimiento de Guizot, Lerminier, Leroux, Montesquieu y Constant lo destacan en la capital chilena como un difusor de las ideas resultantes de la Ilustración

(*) Disertación del Académico en el Congreso Extraordinario realizado en la ciudad de San Juan, en conmemoración del Bicentenario del Nacimiento de Domingo Faustino Sarmiento, entre los días 11 y 14 de abril de 2011.

(1) MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel, “*Sarmiento*”, Buenos Aires, 1946, p. 9

en el medio. Pero También ha leído *La Vida de Franklin, El Federalista* y lo ha deslumbrado *La Democracia en América* de Tocqueville.

Esa formación volcada en el *Facundo*, lo presenta como la obra del civilizador y del sociólogo. Cala hondo en el medio histórico y geográfico del personaje y define magistralmente en sus páginas los polos ambivalentes que juegan con alternancia en nuestra realidad nacional: “civilización y barbarie”.

Pero esta valoración polémica, que en su época fue un elemento eficaz para desligar socialmente en el país la ciudad de la campaña, y destacar la excelencia de la vida en la primera sobre la segunda, evidencia también el contraste de dos políticas (2), la sobreviviente del pasado y la del porvenir. Sarmiento preanuncia la caída de Rosas y da las bases del gobierno que vendrá; desde ese momento será uno de los organizadores de la República.

III. Entre el *Facundo* y la aparición de *Argirópolis*, Sarmiento realiza en viaje a Europa que se extiende a los Estados Unidos, por cuenta del gobierno de Chile, que le encomienda estudios sobre los regímenes educativos y de colonización. Hace una escala en Montevideo, conoce a Esteban Echeverría, a Mitre, a Vélez Sarsfield y a Florencio Varela. Inicia con los tres últimos una perdurable amistad matizada, por su carácter, con fuertes disensos.

Su arribo a Europa le produce una profunda decepción. Ha llegado con la ilusión de conocer una sociedad en la que el progreso se mancomune con la libertad y se encuentra con una comunidad en la que una vertebral desigualdad prima sobre una libertad formal.

Natalio Botana analiza con agudeza este momento del prócer: “El sistema que Montesquieu expresa en el Libro XI de *El Espíritu de las Leyes* se recortaba en un cuadro de fuertes contrastes. No era otro el sentido de la libertad aristocrática. El precio de un gobierno limitado era la servidumbre de los pobres. Sarmiento no estaba dispuesto a pagarlo” (3).

Abandona Europa, parte a los Estados Unidos y llega en septiembre de 1847 a Nueva York. Su gira dura algo más de dos meses. En viaje ha releí-

(2) PALCOS, Alberto, *Sarmiento*, El Ateneo, Buenos Aires, 1929, p. 74.

(3) BOTANA, Natalio, *La tradición republicana*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997, p. 28.

do *La Democracia en América*, cuya primera parte publicada en 1835 es completada por la segunda en 1840.

Y aquí permítaseme una observación. El cierto paralelismo que guardan las vidas de Tocqueville y Sarmiento.

Noble e ilustrado Tocqueville, hidalgo de cepa criolla y autodidacta talentoso Sarmiento, ambos conocen los Estados Unidos coetáneamente. Tocqueville enviado a estudiar por su gobierno el sistema penitenciario de la Unión; Sarmiento como hemos visto hace lo propio por el gobierno de Chile con los sistemas de enseñanza y colonización. Ambos en sus respectivos países son perseguidos por motivos políticos. Tocqueville es encarcelado por Luis Napoleón, Sarmiento se exilia para evitar ser prendido por Rosas. Tocqueville adquiere celebridad al conocerse su *Democracia en América* y accede a la Academia de Francia. Sarmiento, con el *Facundo*, se proyecta a la fama y su publicación provoca un suceso político y literario. Es traducido a varios idiomas, y motiva una elogiosa bibliografía de Charles de Mazade en la "*Revue de Deux Mondes*".

Si Tocqueville privilegia la democracia como valor, Sarmiento lo hará al educar al pueblo para que adquiera la responsabilidad que genera el orden dentro de la libertad.

Para entonces, el viaje a Europa y el conocimiento de los Estados Unidos le produce -son sus palabras- una revolución en las ideas, de *Volte de face*. A su juicio en Francia los hechos han fallado y la doctrina también. La revolución de 1848 lo lleva a esa convicción y en ese estado de ánimo afirma: "Ahora y desde estos últimos años me he vuelto a otro sol que no se eclipsa que ninguna nube oculta: los Estados Unidos. Como teoría, como hecho práctico, y como poder, como confluencia, como porvenir, por todos los aspectos la democracia allí la encuentra fuerte, conteste consigo misma y dominante aún como hecho" (4).

IV. Al iniciarse 1850 aparece *Argirópolis*. En este libro se conjugan el pensador y el político y se anuncian el constituyente y el estadista.

En *Argirópolis*, Sarmiento analiza a la luz de los pactos preexistentes -nuestros pactos preexistente- "... la uniformidad del voto de los pueblos a favor del sistema federal" (5).

(4) Correspondencia entre Sarmiento y Lastarria, 1844-1858. Anotada por María Luisa Delfino de Carbone, Buenos Aires, 1959, en Pérez Guilhou, Dardo, *Sarmiento y la Constitución*, Fundación Banco de Crédito Argentino, Mendoza, 1989, p. 28.

(5) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Argirópolis*, Ed. Del Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, 1961, p. 63.

Y sin hesitación, afirma: “En cuanto al mecanismo federal no hay otra regla que seguir por ahora que la constitución de los Estados Unidos. ¿Quieren ser federales?. Seámoslo al menos como lo son los únicos pueblos que tienen esa forma de gobierno” (6).

Y aquí se abre la brecha con los hombres de su generación, con Echeverría, autor del *Dogma*, a quien tanto admiró, con Alberdi, con Quiroga, con Rosas, con Vicente Fidel López.

Alberdi, al redactar la palabra XIII del *Dogma*, y al extraer de nuestros antecedentes federales y unitarios la “fórmula mixta” como resultante para nuestra forma de estado, sostiene que aquellos principios cuentan con fuerzas iguales y que su presencia simultánea en la organización argentina es de una necesidad y correlación inevitables.

Los ataques de Sarmiento a esta “fórmula mixta” de Estado, y a Alberdi en particular, originan por lo polémico e implacable, uno de los desencuentros más graves de nuestro acontecer institucional.

V. Sobreviene Caseros.

Sarmiento con grado militar y como Boletínero del Ejército Grande, tras batirse con valentía, entre por primera vez a Buenos Aires. Su desinteligencia con Urquiza no tarda en manifestarse. En el otoño de 1852 se suceden el Protocolo de Palermo, el Acuerdo de San Nicolás y la instalación del Congreso General Constituyente en la ciudad de Santa Fe.

Los sucesos de su provincia le privan a Sarmiento de ocupar una banca en aquel Congreso, y esa circunstancia y su oposición al Congreso de Paraná lo obligan a emprender nuevamente el camino del exilio. Y será así como el constituyente frustrado se convertirá en el constitucionalista eminente.

VI. Sarmiento constitucionalista se evidencia entonces en su labor como periodista, en su polémica con Alberdi, como doctrinario, como estadista. Luego, como diputado y senador a la Legislatura del Estado de Buenos Aires, y más tarde como convencional en la Convención Provincial para la Reforma de la Constitución en 1860. Su prédica se torna de tal autoridad que es difícil abordar, aún hoy, temas de derecho público sin recurrir a su juicio original y certero.

(6) SARMIENTO, Domingo Faustino, Ob. cit., p. 119.

Sancionada en mayo de 1853 la Constitución Federal, en septiembre del mismo año aparecen sus *Comentarios de la Constitución*.

La tesis central del libro es demostrar la necesidad de aplicar a la interpretación de nuestra Ley Suprema, la jurisprudencia y la doctrina de la Constitución Federal de los Estados Unidos y poner de manifiesto los poquísimos y capitales errores que inutilizan, a su criterio, toda la obra constituyente de Santa Fe.

Conocedor profundo, como hemos visto de Tocqueville, persuadido de la importancia que significa para la Constitución americana la contribución de J. Store, Sarmiento afirma: “.. Ahora pues si nuestro país se constituye bajo el sistema federal y se adopta en su carta constitucional hasta la letra de aquella otra Constitución, ya discutida, ya fijada, ya probada, resulta necesariamente que toda la labor de aquella sociedad, que toda su ciencia y experiencia viene a la par de la Constitución a servir de apoyo a la nuestra”. “La Constitución vendría a ser, para nuestros males, lo que aquellas tisanas que traen envolviendo el frasco que las contiene las instrucciones para enseñar la manera de usarlas” (7).

En su afán quiere quemar etapas, y aspira a que el país, definitivamente organizado, afiance sus instituciones, y no trepida en exclamar: “La Constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces que las aplican y la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una constitución que asegure las libertades de acción y de pensamiento, la prensa, la tribuna, la propiedad; y no es difícil que éstas comprendan el juego de las instituciones que adoptan. Para el ejercicio de una constitución cualquiera, no hay sino dos personajes de por medio, el mandatario y el ciudadano” (8).

Intuye que el enemigo implacable del constitucionalismo es la ignorancia, y años más tarde en el recodo del camino de su vida advertirá que la vigencia de la Constitución será una quimera si el pueblo no ve en ella el bastión de su libertad.

Esa será luego su preocupación obsesiva, educar al soberano -el pueblo todo- de modo que éste, principal actor de su historia, sea fuente y renovación de sus propias instituciones políticas.

(7) SARMIENTO, Domingo Faustino. Tomo VIII, *Comentarios de la Constitución*. Publicadas bajo los auspicios del Gobierno Argentino. Imprenta Litográfica Mariano Moreno, año 1895, p. 35.

(8) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo VIII, Ob. cit., p. 36.

Por otra parte, se ha sostenido que esta obra fue destinada a desprestigiar a los constituyentes de Santa Fe. Los estudios y las críticas modernas no comparten ese criterio. La honradez intelectual de Sarmiento lo llevó a rectificar luego muchas de sus conclusiones y a afirmar varios de sus asertos. El estudio de los *Comentarios* sobre el Preámbulo, sus disquisiciones sobre la necesidad de la instalación de una justicia nacional, sobre la forma de estado, y su análisis de los vocablos confederación y federación son de una actualidad y vigencia que sorprende.

No va a persistir en cambio en sostener su tesis sobre la *cuestión capital*, Profundamente persuadido de la inconveniencia de declarar a Buenos Aires capital de la República, afirma que el artículo 3° de la Constitución de 1853, que así lo establece, "... se alza ante la Constitución como un hecho sangriento y preñado de desolación y ruinas; como un juez y un acusador implacable" (9).

Sarmiento cree ver en este artículo dicha violación, porque no puede desmembrarse una provincia sin el consentimiento de su propia legislatura, y se pregunta: "... y no es acaso ésta la que defiende la plaza y la integridad de su propio territorio?" (10).

En 1860, como miembro de la Convención Provincial Revisora de la Constitución de 1853, va a propiciar su reforma y aceptará la fórmula, que luego analizaremos, y que motivará su sanción en la Convención Nacional Constituyente ad-hoc en septiembre de aquel año.

Más tarde, como Presidente de la Nación, y no habiendo sido solucionado aún el problema capital, vetó tres leyes que la ubicaban fuera de Buenos Aires: dos en Rosario y una en Villa María.

Para Lugones, Sarmiento comprendió que la capital en Buenos Aires era indispensable para el país. De otro modo no habría unidad segura (11).

El estadista primó sobre el político y el doctrinario.

(9) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo VIII, Ob. cit., p. 152.

(10) SARMIENTO Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo VIII, Ob. cit., p.153.

(11) LUGONES, Leopoldo, *Historia de Sarmiento*. Publicación de la Comisión Argentina de Fomento Interamericano, Buenos Aires, 1945, p. 244.

Sarmiento es, sobre todo, el gran educador. Los principios de sus *Comentarios* podrían ser discutidos, la polémica con Alberdi que subyace en su concepción -y es hoy valorada a la luz de la perspectiva histórica- pudo restarle en su momento capacidad de convicción a su prédica, pero a no dudarlo este libro es fundamental para el estudio de nuestras instituciones, y lo reveló como un conocedor profundo del derecho público.

VII. El 5 de enero de 1860 se instala en Buenos Aires la Convención Provincial que debía revisar la Constitución Nacional, de acuerdo con los términos del Pacto del 11 de noviembre de 1859.

Analizar el trabajo de Sarmiento en esta Convención es reafirmar su posición eminentemente nacional y federalista.

Electo diputado por la mayoría del pueblo de Buenos Aires, su primer intervención en la sesión del 6 de febrero es mocionar para que la Convención se declare en comisión, forma ignorada hasta entonces en nuestras prácticas congresistas. El clima reinante distaba de ser calmo y Sarmiento vuelve a quemar etapas para consolidar la unión. Su moción no prospera y el cuerpo resuelve nombrar una comisión de sus miembros que debía examinar la Constitución de 1853 vigente en las provincias hermanas y presentar un informe. Sarmiento la integra con Vélez Sarsfield, Barros Pazos, Mitre, Domínguez y Obligado.

La comisión termina sus tareas y presenta su trabajo en la sesión del 25 de abril del mismo año.

Como constituyente provincial aplicará los conocimientos desarrollados en sus *Comentarios de la Constitución*, pero no para ceñirse a ellos sino para utilizarlos, cuidando en cada caso que su tesis se adecue a la realidad política de ese momento.

Tanto es así que, en lo referente a la *cuestión capital*, va a insistir en sus apreciaciones de los *Comentarios* y de *Argirópolis* a los que se ha aludido; pero con una variante, porque al participar en la reforma del artículo 3° de la Constitución, tal como hoy rige, promovió la fórmula que dilataba el problema, de modo que si la ciudad de Buenos Aires en definitiva se federalizaba, la acción del tiempo neutralizaría la oposición porteña.

Veinte años después y con un alto costo en vidas, Buenos Aires sería la capital de la República.

En otro orden, la revisión de las constituciones provinciales por el Congreso Nacional, que establecía el artículo 5° de la Ley Suprema de 1853, es otra de las reformas propiciadas por Sarmiento.

Su respeto por el poder constituyente constituido del pueblo de las provincias, lo lleva a delimitar con precisión la materia propia del Poder Legislativo Nacional y a expresar: “Si es una legislatura de provincia, la que ha dado la Constitución, ella representa más la soberanía popular, porque un Congreso Federal está llamado a legislar sobre ciertos objetos señalados, y el hecho de la revisión lo hace Constituyente para las Provincias” (12).

Para su opinión, quien debe decidir si una constitución provincial está de acuerdo o no con la nacional, debe ser la Corte Suprema de Justicia Federal.

En los *Comentarios*, conteste con Hamilton y Store, ya había señalado que el control jurisdiccional debe ejercerlo el Poder Judicial, posición que mantendrá incólume más tarde como miembro de la Legislatura Provincial, Presidente de la República y Senador Nacional (13).

En 1864, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fiscal c/ Calvete”, dijo que era el “intérprete final de la Constitución” y ratificó así la posición de Sarmiento (14). La sabia Constitución de 1853, al no contener disposiciones que limitaran el control judicial, posibilitó que la doctrina y la jurisprudencia lo establecieran.

Su intervención en aquella Convención Revisora, al precipitar la reforma de la Constitución de 1853, afianzó los derechos y garantías, facilitó la apertura de los puertos a la exportación, robusteció nuestro federalismo, afirmó la libertad de prensa y regló la composición y atribución de los poderes del gobierno.

Sarmiento habla al finalizar los debates el 11 de mayo de 1860. Se discute el nombre que ha de llevar la Nación. Rescata el unitario de Provincias Unidas del Río de la Plata. Su discurso es elocuente: “Queremos unir-

(12) Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires. Encargada del examen de la Constitución Federal. Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1860, p. 145.

(13) PEREZ GUILHOU, Dardo, Ob. cit., p. 134.

(14) PEREZ GUILHOU, Dardo, Ob. cit., p. 134.

nos -exclama- queremos volver a ser las Provincias Unidas del Río de la Plata" (15).

Paradójicamente, nunca estuvo tan cerca de Alberdi y del pensamiento del *Dogma*.

Sabido es que Sarmiento evoluciona a la tesis federal después de viajar a los Estados Unidos y de profundizar sus conocimientos en los autores americanos, para esa época, fundamentalmente Webster, pero no reniega íntimamente de su unitarismo, fundado en su aversión a la anarquía y en su lucha contra el despotismo rosista.

Siempre consideró a la Nación como entidad socio-política anterior a las provincias, por eso tenía claro que el origen de nuestro régimen federal era diferente al de los Estados Unidos. Pero ello, dice Pérez Guilhou: "... no alteró la respuesta de fondo, porque su federalismo estuvo bañado de unitarismo (16).

La línea de pensamiento que sostiene en el *Facundo*, explicita en *Argirópolis* y profundiza en los *Comentarios* rescata en su desarrollo los cambios de opinión y resguarda su honradez intelectual.

VIII. En agosto de 1860, ministro de Mitre y electo diputado por Buenos Aires a la Convención Nacional ad-hoc a reunirse en Santa Fe, en septiembre de ese año, parte a esa ciudad y firmará como constituyente la Constitución Nacional reformada de 1853/1860.

En febrero de 1862, asume la gobernación de San Juan. Las heridas de Pavón aún no han sido cicatrizadas. En octubre, Mitre es Presidente de la Nación. A Sarmiento se le abre un campo de acción política ilimitado a su lado. Prefiere y ha optado irse a San Juan y acuñará una nueva etapa de su vida pública.

Su obra de gobernante provincial es ciclópea. Crea colegios, reorganiza la justicia, reglamenta el ejercicio de la abogacía, implanta un régimen electoral que garantiza la emisión del sufragio. Promulga leyes tributarias con sentido progresista, y desciende al llano y desde las páginas de "El

(15) Diarios de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, Ob. cit., p. 326.

(16) PEREZ GUILHOU, Dardo, Ob. cit., p. 30.

Zonda”, que funda y dirige, ataca y se defiende del clima de incomprensión que su gobierno origina.

Mientras tanto, el Chacho en La Rioja, Claveros en Mendoza y Ontiveros en San Luis, amenazan, y el fantasma de la montonera se cierne sobre San Juan.

Sarmiento, con facultades otorgadas por el Gobierno Nacional, asume la dirección de las fuerzas federales y declara el estado de sitio, en dos oportunidades para San Juan y en una para La Rioja.

Sobrevendrá la polémica con Rawson, Ministro del Interior de Mitre, que devendrá en un clásico del derecho público argentino.

Para Guillermo Rawson, la declaración del estado de sitio es atribución constitucional del Congreso, y en su receso, del Presidente; y en ningún caso y por ninguna consideración puede un gobierno de provincia, por su propia autoridad, ejercerla.

Acuciado por las revueltas y frente a las montoneras, Sarmiento quiere adecuar la letra de la Ley Suprema a sus circunstancias. No vacila en sostener que: “... la Constitución Nacional es un poder delegado por las provincias para constituir un gobierno general perfecto para sus fines, pero las provincias quedaron con gobiernos perfectos también, de manera de no tener dependencia los unos del otro y viceversa sino en casos expresamente designados” (17).

En esa línea de razonamiento, colegía que al gobierno federal le cabía declarar el estado de sitio en caso de conmoción interior o ataque exterior” ... que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y las autoridades creadas por ésta”. Pero como a su juicio “... los gobiernos provinciales no son autoridades creadas por la Constitución, quedó en ellos retenida la facultad de todo gobierno para precaverse contra la insurrección o la invasión” (18).

Los términos de la polémica importan la adopción de dos posiciones: jurídica la de Rawson, política la de Sarmiento.

No fue feliz su interpretación que además contradecía principios que antes sustentó sobre la naturaleza de la Nación, anterior a la se las pro-

(17) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo XXI, ps. 8 y 9.

(18) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo XXI, p. 9.

vincias. Insistió en mantenerla. Sin embargo, sus palabras al despedirse del gobierno de San Juan, trasuntan íntimamente su duda sobre una tesis defendida con agudeza, pero con escasa convicción.

“Uno solo de mis propósitos en el gobierno quiero hacer constar esta vez -dijo- y fue mantener la tranquilidad pública, sin que mi gobierno fuese maldición para nadie”, y agregaba “Las garantías de la Constitución no son, sin duda, para los que mandan”. “Son para aquellos que teniendo opiniones distintas, si no entran en el terreno de la violencia, no han renunciado a sus derechos de ciudadanos argentinos, ni han dejado de ser parte integrante de esta patria que es la propiedad de ellos como la nuestra” (19).

IX. Las leyes que promovió formulan -al decir de Lugones- “... el programa civil de la emancipación, materialmente efectuada por la guerra y democratizada por los disturbios intestinos ...” (20).

Fue, como Presidente, un respetuoso de la Constitución y de la ley. Días antes de asumir el cargo, les manifiesta a un grupo que lo agasajaba: “Llamado a desempeñar altas funciones públicas ningún reato personal ha de desviarme de los deberes que me son impuestos” (21).

No concibe el poder sin autoridad, y ésta sin estar condicionada por el derecho.

Las dificultades de su presidencia fueron enormes. Las provincias convulsionadas, sin partido que lo apoyara, con inquietantes problemas de orden político, con la economía destrozada al finalizar la Guerra del Paraguay, con la conspiración interior en acecho, se impone y gobierna plena e íntegramente durante todo su mandato.

Carlos R. Melo, al recordar su mensaje al Congreso de la Nación en mayo de 1869, lo califica de un realismo insuperable (22).

(19) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo XXXI, p.109.

(20) LUGONES, Leopoldo, *Ob. cit.*, p. 196.

(21) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo XXI, p. 257.

(22) MELO, Carlos R., *Sarmiento, el Gobernante de la Constitución y de la Ley*. Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, año II, N° IV, 30-III-1939.

En medio de la borrasca, su preocupación predominante es la educación del pueblo. “Si no la promoviera más que en cualquier otra sección americana, los antecedentes de mi vida -afirma- quedarían como vana ostentación de aspiraciones, que la posesión del poder y la ocasión de realizarlas dejó en descubierto... (23).

Y educó a su pueblo, para que fuera auténticamente libre. Tuvo noción exacta de su autoridad y de los límites del poder que ejercía. Dio a los ministros la jerarquía que les asistía por la Constitución: “La aseveración de un ministro sobre hechos que le conciernen o de que informa tiene la autoridad de un acto oficial...”. “El Presidente no oye demandas contra sus ministros, que se supone obran en su nombre”. “El Presidente no administra sino por acto de sus ministros” (24).

Sólo un constitucionalista podía haber formulado juicio tan certero sobre el ejercicio de los poderes presidenciales y ello lo va a poner a prueba, cuando a raíz de los hechos ocurridos en San Juan en diciembre de 1868, va a sostener la doctrina correcta de que cabe la intervención federal en la provincia para garantizar la forma republicana de gobierno, aunque no medie requisición de sus autoridades.

Tras convencer de su tesis a su propio Ministro del Interior, Dalmacio Vélez Sarsfield, Sarmiento redacta de su puño y letra el mensaje al Senado, y en un debate clásico en nuestros anales parlamentarios, sus ministros Vélez y Avelleda obtienen para el Presidente un triunfo que lo consolida en su poder.

Sarmiento conocía muy bien, afirma Linares Quintana, “... las diferencias abismales que separan el gobierno democrático constitucional de los regímenes autocráticos o autoritarios, de ahí su juicio siendo Presidente de la Nación: “*Yo quiero hacer un gobierno de leyes y no de hombres; y en cuanto a éstos, sólo les pido honradez y un sentimiento del honor y del deber, la traición se la regalo al que quiera emplearla, ese será su castigo*” (25).

Pero el estadista no olvida al doctrinario, y manda a traducir las obras de los grandes constitucionalistas americanos, para que los ciudadanos conozcan el verdadero espíritu de las instituciones que nos rigen.

(23) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo I., p. 167.

(24) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo L., p. 71.

(25) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo L, p. 183, citado por Linares Quintana, S. V. en *Sistemas de Partidos Políticos y Sistemas Políticos*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, p. 403.

Mientras tanto, la Guerra del Paraguay ha terminado. Sobreviene su reconciliación con Urquiza a quien visita en Paraná. El apoyo de Urquiza le hace decir: "Recién me siento Presidente". Qué lejos estaban ambos de vislumbrar la tragedia que se cernía sobre el país con el asesinato del medecador de Caseros.

A nadie, como a Sarmiento, le deparó el poder lucha tan amarga, para rescatar la herencia de orden y de libertad que como un mandato recibió de los hombres de su generación.

Luchó denodadamente y fue constructor. Aún hoy regulan nuestra comunidad las instituciones que él levantó.

Al finalizar su presidencia le escribe a Avellaneda, ya candidato a sucederlo. Se queja de la actitud de aversión que para cualquier gobierno asume la opinión pública argentina. "Sin amor al gobierno -le manifiesta- el barómetro de la opinión apunta siempre a borrasca, aunque el tiempo esté tranquilo".

Y el 12 de octubre de 1874 al entregar el mando, evoca al pueblo de su patria: "... que fue soldado todo para conquistar su independencia, que se dividió en bandos y localidades para darse gobierno según las tendencias, educación e ideas de cada uno, que combatió medio siglo y creó generales para extirpar caudillos y que, obtenida finalmente una Constitución y una ley común obligatoria para todos, ha descansado de las luchas y consagrándose al trabajo, madre de las virtudes y de la riqueza..." (26).

Ingentes servicios iba a prestar al país el patricio ilustre, y si fue en el poder el gobernante de la Constitución, se convertirá en los estrados del Senado, en la prensa, en la tribuna y en el llano, en el custodio de la libertad en la República.

Señoras y señores:

"Sarmiento vive, está y vivo -dijo Rodolfo Rivarola- vive en todas las escuelas públicas en los que hay maestros que enseñan y niños que aprenden, vive en el cerebro de todos los que piensan y lo han captado".

Para Jorge Eduardo Coll "es el paradigma de los argentinos que aspiran a vivir para el engrandecimiento de la patria".

(26) SARMIENTO, Domingo Faustino, *Obras Completas*, Tomo XXI, p. 393.

Y para los que aún lo niegan nada más oportuno que las palabras de José Manuel Estrada” “Comprended a los que hoy lo olvidan, porque quizás sean los hijos de quienes en su hora lo despreciaron”.

Reafirmemos con Sarmiento nuestra fe en la libertad como fuerza generadora de todo hombre digno, y nuestra fe en los valores e instituciones de nuestra Constitución Histórica, fruto del dolor, el pensamiento y el sacrificio de muchas generaciones de argentinos.

Y, para concluir, recordemos el final del poema que Jorge Luis Borges le dedica:

“En su larga visión como en un mágico

Cristal que a un tiempo encierra las tres caras

Del tiempo que es, después, antes, ahora,

Sarmiento el soñador sigue soñando”.

IV.

HOMENAJES

Buenos Aires, 29 de septiembre de 2011

VISTO que el día 28 de septiembre ha fallecido el académico titular doctor Eduardo Aguirre Obarrio,

CONSIDERANDO que el doctor Eduardo Aguirre Obarrio ha sido académico titular desde el año 1993 y presidente entre 2009-2011, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del viernes 30 de septiembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Eduardo Aguirre Obarrio.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Designar al señor académico doctor Alberto Rodríguez Varela para hacer uso de la palabra en el acto de inhumación de sus restos.

ARTÍCULO 4°. Rendir honores al doctor Eduardo Aguirre Obarrio en la primera sesión privada a realizarse el día 13 de octubre de 2011.

ARTÍCULO 5°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Jorge H. Alterini, Académico Presidente, Gregorio Badeni, Académico Secretario

RESOLUCIÓN N° 3/2011

DOCTOR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires vengo a pronunciar estas breves palabras de despedida del eminente jurista que presidió nuestra corporación con la adhesión unánime de todos sus miembros y que hoy nos dejó de manera tan repentina.

Llegó a nuestra Academia en 1993, después de un largo caminar intelectual, jalonado por títulos académicos, numerosos artículos, folletos, notas y comentarios, y por libros a cuya lectura accedieron, por igual, estudiantes y estudiosos. Porque Aguirre Obarrio tenía un estilo claro que ponía en relieve la transparencia de su pensamiento y que utilizaba para exponer los temas más complejos.

Figura consular del Derecho Penal Argentino, sus inquietudes intelectuales no se limitaron a los variados temas de su especialidad. Incursionó por otros muy diversos, incluso a veces de significación filosófica, como su ensayo sobre la libertad humana que presentó y publicó la Academia con motivo del Bicentenario de la Revolución de Mayo. Este último trabajo demuestra su formidable capacidad de síntesis y la apertura de su inteligencia a corrientes doctrinales de apariencia antagónica de las que rescataba lo que era conducente para su insaciable búsqueda de la Verdad.

No haré aquí y ahora una reseña de su obra, ni de las entidades científicas que integró, ni tampoco recordaré los pasos que siguió en la Universidad de Buenos Aires hasta alcanzar la jerarquía de Profesor Ordinario

(*) Palabras pronunciadas por el Académico en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico Presidente doctor Eduardo Aguirre Obarrio, el 29 de septiembre de 2011.

Titular de Derecho Penal, ni los diversos cargos públicos que desempeñó –entre ellos dos veces Subsecretario del Poder Ejecutivo Nacional y Ministro de Defensa–, siempre con el señorío y la austeridad que le enseñaron sus mayores, siguiendo las huellas de su eminente bisabuelo, Manuel Obarrio, primer presidente de nuestra Academia Nacional de Derecho.

En esta breve evocación de despedida prefiero referirme al hombre que conocí hace más de medio siglo, a quien tuve el privilegio de tratar y con quien cultivé lazos de cordial amistad.

Tuvo siempre un trato afable y un espíritu conciliador. Respetaba y valoraba a su interlocutor aunque disintiera con su pensamiento. Esta modalidad le granjeó la estima y la consideración no sólo de sus amigos sino también de sus ocasionales adversarios. Nos dio, de esta forma, una lección permanente de tolerancia y convivencia, distanciado en todo momento de las crispaciones y las hipérboles.

En otras palabras, me atrevo a afirmar que, por sobre todo, Aguirre Obarrio fue un hombre bondadoso, de quien nunca escuchamos palabras destempladas ni descalificantes. Era siempre quien sabía calmar las reacciones coléricas y neutralizar eficazmente la discordia.

El Señor, en el Sermón de la Montaña, proclama bienaventurados a los pacíficos, porque ellos serán llamados hijos de Dios.

Entre los hombres que en vida bregaron por la Paz y la Concordia, figura, sin lugar a dudas, Eduardo Aguirre Obarrio.

Le pedimos, por ello, al Señor, que nuestro inolvidable amigo descanse en paz y que la luz perpetua lo ilumine.

HOMENAJE AL DOCTOR MARCO AURELIO RISOLIA

POR JOSÉ D. RAY (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires me ha encomendado la honrosa tarea de rendirle homenaje al académico Dr. Marco Aurelio Risolía, con motivo de cumplirse este año el centenario de su nacimiento. Y lo hago con el afecto y reconocimiento que guardo para una personalidad de excepción que dedicó su vida a la cultura, la docencia y al derecho en sus más diversos aspectos.

I.

Risolía nació el 20 de noviembre de 1911 en la Provincia de Buenos Aires en la localidad de “Exaltación de la Cruz”, hoy Capilla del Señor, y falleció en el mes de julio de 1994.

Cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional “Manuel Belgrano”, al que ingresó en 1924 con Aquiles Horacio Guaglianone, su entrañable amigo desde la niñez.

En una publicación del Colegio de Abogados de Buenos Aires, en la que Risolía rinde homenaje a su amigo recuerda que ese Colegio contaba con un cuerpo directivo y docente del que formaban o habían formado parte hombres de la talla de Ricardo Rojas, José María Saenz Valiente, Roberto Giusti y José María Monner Sanz, que se distinguieron por su contribución al quehacer de la República.

(*) Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje al ex presidente doctor Marco Aurelio Risolía, el 27 de octubre de 2011.

Al leer esas páginas, en las que Risolía recuerda su formación de juventud, vinieron a mi memoria las palabras con las que ilustraba los temas que a menudo nos llevaba a hablar del pasado y del futuro, en especial en la función que teníamos los profesores frente al alumnado.

II.

Ingresó a la Facultad de Derecho en 1929 y se recibió de abogado en 1935 con los Premios “Universitario” (“medalla de oro” al egresado “Sobresaliente” del curso) y “Alberto Tedin Uriburu”, por haber obtenido el más alto promedio en sus calificaciones en la promoción de ese año.

En mérito a esos antecedentes, inmediatamente después de su graduación, fue designado docente en colegios de enseñanza secundaria, en cuyo ámbito se desempeñó durante más de 20 años.

A su vez, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a partir de 1935, hasta 1946, se desempeñó como adscripto, ayudante de cursos y redactor del “Boletín Mensual del Seminario”.

A su formación jurídica unía su afición por las letras y la lectura de los clásicos lo que explica el estilo de sus exposiciones orales y escritas.

III.

En 1945 obtuvo el título de Doctor en Jurisprudencia, con su tesis “Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil”, recomendada al Premio “Facultad” y laureada con el premio “Eduardo J. Prayones” como la mejor tesis en Derecho Civil.

En la presentación de la tesis, Risolía afirma que con ella “siente la satisfacción de haber ratificado su fe en el derecho, en la dignidad del hombre, en su libertad natural y en el aliento de justicia que orienta sus actos”. No se puede construir un derecho justo sin voluntad autónoma, sin libertad y sin respeto a las normas éticas.

Esa afirmación la formula bajo el título “Advertencia” porque la tesis la había empezado a redactar a comienzos del año 1943, en momentos nacionales e internacionales difíciles, y la presenta al jurado académico en 1945 bajo la advocación de la paz que se acababa de firmar y ratificar en la Conferencia de San Francisco.

IV.

En 1946 se alejó de la actividad universitaria y años después, en 1955, se le invitó a integrar los claustros docentes, siendo designado por concurso, en 1956, profesor titular de derecho civil en el curso de “Contratos”.

En 1957 fue nombrado “Procurador del Tesoro” y en esos años continuó dictando los cursos como profesor titular.

La cátedra a cargo de Risolía, con los profesores adjuntos Federico Videla Escalada y Luis Negri Pisano, se destacó en la Facultad como ejemplo de labor docente y de formación para los futuros egresados.

En la década de 1960 integró la lista de profesores para constituir el Consejo de la Facultad que, en 1962, lo designó Decano. En este carácter inauguró el curso lectivo del año 1963 con una conferencia que tituló “Pasado, Presente y Porvenir de nuestra Facultad de Derecho”, una clase magistral en la que brindó sus puntos de vista sobre temas fundamentales del gobierno y de la dirección de la Facultad y de la Universidad.

Es oportuno —decía— comenzar con la historia y, en especial, con la función de la Academia que presidía Manuel Antonio de Castro y ante la cual se rendía examen para acceder al ejercicio de la abogacía. Recuerda la ceremonia de instalación de la Facultad en el Templo de San Ignacio, en función del edicto de Agosto de 1821 y su radicación, luego, en los distintos edificios hasta su traslado a la de estilo gótico de la calle Las Heras, en la que se graduó como he dicho en 1935.

Después de la referencia histórica encara el problema de la enseñanza y las facultades y recursos con que se contaba para el cumplimiento de las funciones, de carácter docente y de investigación.

En 1966 debió declinar el Decanato de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, en razón de ser designado Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargo que desempeñó hasta 1973.

Culminó su dedicación en la Facultad con la designación de Profesor Emérito, el más alto cargo en el estatuto universitario.

Fue también profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata y en la Universidad Católica Argentina en el curso de derecho civil dedicado a “Contratos”.

V.

Risolía formó parte de cuatro Academias Nacionales, la de Derecho, la de Ciencias Morales y Políticas, la de Ciencias de Buenos Aires y la Sanmartiniana.

En la de Derecho fue designado en 1968, para ocupar el sillón patrocinado por Aristóbulo del Valle.

El discurso de recepción estuvo a cargo del Dr. Eduardo Busso, quien destacó que al extenso y calificado currículum cabía mencionar la altura y dignidad que exhibió en el cumplimiento de sus tareas, la clara inteligencia y la hombría de bien puesta de manifiesto siempre al servicio de los altos intereses del país.

La enseñanza del derecho fue el tema que eligió Risolía para su conferencia de incorporación a la Academia. Plantea sus puntos de vista sobre educación e instrucción y sobre la naturaleza del derecho y señala el doble fin de la formación profesional y científica que debe tener en cuenta el docente. La enseñanza debe impartirse educando, por alguien que una a la capacitación del pedagogo la vocación del maestro.

Cita a los profesores de Harvard, en el sentido que una escuela de derecho debe formar hombres para la profesión pero, además, constituir un centro donde los estudiosos puedan contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de las disciplinas jurídicas.

Debe enseñarse lo elemental y, por ello, fundamental; se lo enseñara gradualmente y se debe revelar la importancia de la observación correcta de los hechos y su afirmación en función de los valores en juego.

El problema de la enseñanza del derecho es parte de uno mayor, el de la enseñanza en la Universidad y considera que el plan de estudios debe comprender tres ciclos: uno "básico", la infraestructura de los estudios jurídicos, un ciclo "técnico-profesional" que incluya las materias indispensables para la formación del abogado y un "ciclo superior" en el que quepan las preferencias en las inquietudes del especialista e investigador y en el que se prevea el discernimiento de la dignidad doctoral.

En esos años se discutía la instauración del ciclo básico en la Facultad y en el que debían incluirse las materias necesarias para tener acceso al pensamiento y al razonamiento jurídico elemental.

“Esas materias —decía Risolía— podrían ser nociones de historia universal y Patria, nociones de economía, de sociología y de filosofía, idiomas vivos, derecho romano y esa asignatura que lleva el nombre tan sugerente de “Introducción al Derecho” y que debe contener una buena enciclopedia de principios, conceptos e instituciones capitales que ponga en manos del alumno las piezas necesarias para comprender y armar un sistema jurídico simple”.

Con autoridad y brillo presidió la Academia en dos períodos, respetando el intervalo entre uno y otro, porque el estatuto no admite la reelección inmediata en el cargo.

VI.

En el año 1997 esta Academia decidió publicar un libro sobre “Contratos civiles y comerciales” en homenaje a Risolía, con colaboraciones de miembros de número y correspondientes de la Corporación y con integrantes de su Instituto de Derecho Civil.

Se eligió el tema “Contratos” por ser el curso al que Risolía se dedicó desde su designación como profesor titular.

Luego de un prolijo currículum, en el Prólogo de la obra que suscribe el entonces Vicepresidente de la Academia, Doctor Roberto Martínez Ruiz, después de señalar la personalidad del homenajeado en la Corporación, en la cátedra y en la magistratura, afirma que Risolía fue un jurista completo y que lo considera como un “hombre realmente superior”.

VII.

Así como son numerosísimas las tareas y los trabajos realizados también lo son las distinciones recibidas, entre las cuales cabe mencionar las de los gobiernos extranjeros por su labor universitaria y cultural, las “Palmas académicas” otorgadas por el Gobierno de Francia en el grado de Comendador, la “Medalla Cultural” de oro del Gobierno de Italia, la nominación como ciudadano honorario de la ciudad de Nueva Orleans, a raíz de su actuación en la Universidad de Tulane y los Premios “Bunge & Born”, “Konex” y Rioplatense”, otorgado este último por el Rotary Club de Montevideo a propuesta del de Buenos Aires.

VIII.

A grandes rasgos me he referido a quien fue un brillante jurista y exponente de su generación. En esta reseña del currículum de Risolía no debo

omitir la Conferencia cuyas palabras fueron publicadas por el Ateneo del Club Universitario de Buenos Aires, bajo el título “Meditación y Advertencias para los jóvenes de mi país.”

Desde lejanos días —dice Risolía— consideré útil dedicar una parte de mi tiempo a otras tareas que las profesionales o las impuestas por el ejercicio de la Magistratura. El resultado ha sido, entre otros, la composición de un volumen de tono confidencial para mis hijos que creo pueden ser útiles para los jóvenes de mi país.

Aclara que el lector de ese libro podrá advertir una sola preocupación indeclinable: adoctrinar sobre “el destino y la conducta del hombre” y agrega que en el libro se encontrarán reflexiones que abordan temas distintos “con alguna somera intención filosófica”.

Se perfila así su preocupación por la formación espiritual de la juventud y lo que significaba para él la dedicación a la familia.

IX.

Señoras y Señores:

He tenido el privilegio de formar parte de cuerpos colegiados que integraba el Dr. Risolía y de haber sido propuesto por él para incorporarme como “Tesorero” de la Mesa Directiva que él presidía. Pude así valorar en vivo sus condiciones intelectuales y morales que he puesto de manifiesto al evocar su figura.

Me dispensó su amistad y afecto y estos sentimientos se exteriorizaron y vincularon a nuestras familias. Hoy se renuevan y se extienden a los descendientes que nos acompañan en este acto.

EVOCACION DE ENRIQUE RAMOS MEJIA EN EL CENTENARIO DE SU NACIMIENTO

POR VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI (*)

La Academia me ha encomendado la grata misión de participar en esta sesión pública en que se evocan a dos ilustres miembros titulares en el centenario de sus natalicios. Ambos, desempeñaron la presidencia de la Corporación y fueron además destacados estudiosos y profesores en sus respectivas especialidades.

Me toca a mí ocuparme de la figura de don Enrique Ramos Mejía, fallecido el 5 de enero de 2000, que tuvo una prolongada y reconocida actuación desde que se incorporó en 1968. Cuando la Academia me honró con su designación en el año 2001, por prescripción estatutaria, ocupé el sitial N° 30 que había quedado vacante por la muerte de tan eminente jurista.

En esta Corporación, como en algunas otras, el sitial, además del número, lleva el nombre de un patrono, que es una antigua personalidad destacada en el campo del Derecho y las Ciencias Sociales. En este caso, se trata de don Lucio Vicente López, el tercero de los famosos López, que llenaron y escribieron páginas inolvidables de nuestra historia a lo largo del siglo XIX. Su figura fue enaltecida por la Academia en consideración a su actuación como jurista y profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho a fines de esa centuria. Sus lecciones se constituyeron en textos de enseñanza y doctrina que gozaron de amplia difusión dentro y fuera de las aulas.

(*) Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje al ex Académico presidente doctor Enrique Ramos Mejía, el 27 de octubre de 2011.

Ramos Mejía otorgó una doble importancia a la asignación del sitial, tanto por el patrono como por la singular circunstancia de que el ocupante anterior había sido su padre. Con el patrono lo unía un vínculo espiritual profundo, por la antigua y estrecha amistad existente entre los Ramos Mejía y los López. De esto se hizo eco no solo en el estudio de sus antepasados, sino también en la evocación de aquella relación familiar. El mismo recordaba que su abuelo Francisco había sido amigo de Lucio V. López, unidos –decía– en el amor por los estudios históricos y por el porvenir venturoso de la patria, aunque no tuvieran la misma militancia política. Esta tradicional amistad se prolongó en las personas de su padre Francisco y de Lucio López, que era médico. Nuestro recordado académico vivió en su casa paterna y estas tertulias familiares que moldearon su espíritu.

Ese sitial tenía para él otro significado también muy trascendente, pues lo había ocupado su padre Francisco, que se había destacado como juez en el fuero penal hasta culminar su carrera judicial como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1938, cuando el tribunal estaba presidido por el doctor Roberto Repetto.

Enrique Ramos Mejía se inclinó desde su juventud a la carrera de la magistratura. Recibido de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1936, desempeñó durante una década la Secretaría de un juzgado en lo Correccional y de otro de Instrucción hasta que en 1947 renunció con motivo del juicio político entablado a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, entre los que se contaba a su padre.

En 1955 retornó a la justicia como Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo. Al mismo tiempo, se inició en la actividad docente superior como profesor adjunto de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata; y desde 1956 ocupó el mismo cargo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, donde continuó su labor docente, ya como profesor titular, hasta su retiro definitivo.

Desde joven, incursionó en el estudio de temas penales, con primeras publicaciones en la revista *Jurisprudencia Argentina*, y en otras revistas universitarias y de derecho penal. De esa primera etapa de su producción el trabajo más destacado fue sobre “El delito de concusión”, con el cual alcanzó el grado de doctor de la Universidad de Buenos Aires en 1961, y que más tarde fue publicado. De este libro se ha dicho que “con aportes originales clarificó la estructura de ese delito y sus observaciones críticas fueron recogidas por la ley de reformas al código”. Desde entonces y luego

de su incorporación a nuestra Academia continuó con una línea de trabajos en este campo jurídico, algunas de cuyas características me propongo examinar más adelante.

Al mismo tiempo y en forma paralela, fue miembro y ocupó cargos directivos en asociaciones nacionales o internacionales dedicadas a estudios de criminología y derecho penal. También intervino en la fundación de la Asociación Jurídica Argentino-Germánica, de la que fue presidente honorario.

En nuestra Academia, después de una actuación de más de veinte años, en una evidente demostración del prestigio científico y calidades personales que gozaba, fue promovido al ejercicio de la vicepresidencia en 1989, y luego elegido Presidente para el siguiente período 1992 - 1995. Con su habitual modestia y sentido de la responsabilidad asumió esta misión que le confiaron sus colegas cuando ya superaba los ochenta años de edad. Durante ese mandato, representó al cuerpo con la distinción y la finura espiritual que lo caracterizaba, atendiendo con mesura y decisión a las principales cuestiones académicas acontecidas. Recuerdo su palabra precisa y siempre prudente en aquellas reuniones de Presidentes de las Academias Nacionales, que compartí entonces con él cuando yo presidía la Academia de la Historia.

En la evocación de tan apreciado miembro titular y Presidente de nuestra Academia, estimo necesario referirme, aunque sea solo brevemente, a su obra intelectual, que es la cima que todo académico intenta alcanzar en una corporación dedicada a cultivar y fomentar las ciencias jurídicas y sociales.

El campo de estudio de don Enrique Ramos Mejía fue el derecho penal y al mismo pertenece casi toda su producción escrita. La lectura de algunos de sus trabajos me han atraído, más allá de sus propias tesis, desde el puesto de observación, algo exclusivo y en todo caso modesto, que ofrece el oficio de historiador del Derecho. Desde esta perspectiva, Ramos Mejía aparece como un jurista que apoyaba su argumentación en el pasado para alcanzar sólidas conclusiones en el terreno de la dogmática jurídica. No acudía a la "historicidad del Derecho" como mero alarde erudito o como recurso dialéctico, sino con la aparente convicción de que era un elemento imprescindible para la construcción de su propio discurso.

El jurista dogmático así orientado se distingue del que cultiva la disciplina Historia del Derecho en la elaboración de esa "historicidad del Derecho" por la distinta finalidad que persigue. El primero busca una historicidad

que lo acompañe y ayude a fijar con firmeza los argumentos y razones que lo conduzcan a sostener determinada tesis o solución dogmática. El segundo, en cambio, apunta mediante una indagación heurística erudita y crítica, a explicar y comprender dentro del encuadre social y temporal, el desenvolvimiento de la cultura jurídica y del orden normativo e institucional del pasado.

La construcción de esa “historicidad”, búsqueda de unos y otros, puede así ofrecer diferencias profundas pero a veces también permite reconocer convergencias e intercambios enriquecedores dado que se trata de una visión que tiene, pese a sus diferencias, un trasfondo común.

Cuando aún la ciencia jurídica no había alcanzado el grado de especialización que fue adquiriendo hacia la segunda mitad del siglo XIX, era corriente la recomendación de que no había método mejor para la inteligencia de cualquier asunto jurídico, que su tratamiento histórico, pues así se podía desenvolver toda la materia sin confusión, con orden y brevedad, indagando primero su origen y principio, luego sus progresos, variedades y mutaciones, y finalmente lo que estaba en práctica y uso, en fuerza de las últimas disposiciones, costumbres, ordenanzas y doctrinas.

La historia era así el arcano de donde se extraía el Derecho, o mejor dicho, las raíces y elementos que constituían, al menos, una parte considerable de las normas y doctrinas que debían aplicarse, según el tiempo y lugar, y que eran aprovechadas de manera diferente por las sucesivas generaciones. La Historia era, pues, un arte o conocimiento que resultaba familiar e imprescindible para el jurista y de allí partió la necesidad de profundizar esos estudios mediante indagaciones eruditas y nuevos cánones teóricos y metodológicos, que fueron delineando la disciplina actual. De ahí también que encontramos muchas exposiciones jurídicas del pasado y del presente infiltradas con la fuerza de la dimensión histórica, pese a los potentes arrebatos racionalistas de algunos filósofos y sociólogos durante el siglo XX.

Estas disquisiciones en torno al influjo del saber histórico sobre el jurista nos conducen a apreciar ese perfil historicista en la obra monográfica del doctor Ramos Mejía, que es tema central de esta disertación.

Para mostrar ese ejercicio de apoyo en la dimensión histórica, me valgo de dos destacados ensayos suyos, separados entre sí por más de dos décadas. El primero fue el discurso de ingreso a la Academia, pronunciado en 1968 y publicado bajo el título de “Consideraciones sobre la responsabilidad penal”; y el segundo, la disertación editada en Córdoba en 1992, titulada “El Derecho Penal Argentino de 1940 a 1990”.

En la primera monografía, Ramos Mejía acude a ese saber histórico para postular dos grandes principios que, según él, gobiernan el derecho penal contemporáneo: el de la legalidad del delito y de la pena; y el de que no hay delito ni pena sin culpabilidad. El aporte de estos conceptos consolidan los fundamentos y marcan los límites de ese derecho a partir de la segunda mitad del siglo XVIII. “Sobre ellos –afirma– se asienta la responsabilidad penal y sólo sobre ellos”.

Era éste el punto de llegada de una larga historia construida por el autor que se remontaba a la Grecia clásica y a la asimilación de la cultura helénica por Roma. Esa evolución ocupa una parte sustancial de la disertación, a través de hombres, escuelas e intentos legislativos que se fueron sucediendo en Europa hasta alcanzar en la primera mitad del siglo XIX un nuevo derecho penal “liberal y humanitario” que se inscribe en las Constituciones de la época y asume su máximo esplendor.

Pero la irrupción del positivismo penal —según su entender— trastornó las bases de aquel derecho. De la mano de Enrico Ferri y sus seguidores “desapareció la libertad como raíz de la responsabilidad penal” y “ahora, todos eran responsables por el solo hecho de vivir en sociedad”.

Ello dio lugar al gran debate entre la ya configurada escuela clásica y la combativa escuela positivista, con la aparición de juristas eclécticos entre los cuales Ramos Mejía destaca la figura de Von Liszt, quien supo “conciliar los principios jurídicos de la culpabilidad moral clásica con las conquistas criminológicas del positivismo”. Y agrega: “Fue un gran criminólogo, preocupado por el conocimiento del delincuente y de los factores sociales de la criminalidad, pero fue también un brillante jurista, atraído por el estudio dogmático del delito, cuya concepción tripartita, a través de la acción, la ilicitud y la culpabilidad, lo ubica entre los penalistas que contribuyeron a fundar la moderna teoría penal alemana”.

Para Ramos Mejía el camino peligroso se había iniciado con aquel primer paso del positivismo criminológico italiano, seguido luego por otros avances de la ciencia con teorías que irían mellando los principios fijados en el derecho penal liberal, aunque al comienzo quedaron en el terreno de la especulación teórica. Sin embargo, el embate antiliberal asumió gravedad con “la admisión de la analogía como fuente del delito”, lo que ocurrió de modo concreto en los regímenes soviético y alemán nazi. En el primero tuvo unas cuatro décadas de vigencia; en Alemania la analogía fue más efímera.

No termina aquí el recorrido histórico que plantea nuestro académico. Sabe y explica que de aquel camino peligroso surgieron nuevas sendas,

algunas de ellas derivadas del intento de castigar los llamados “crímenes contra la humanidad” en distintas circunstancias de tiempo y lugar, lo que finalmente lo lleva a dejar asentado el interrogante a dilucidar de “hasta qué grado está justificado apartarse de los cánones del derecho penal común en presencia de atentados contra los derechos fundamentales de la persona humana perpetrados en un plano internacional”. Cuando en 1968 escribió estas palabras, faltaban aún otros muchos sucesos que ocurrirían en las décadas siguientes inmediatas en las cuales volvería repetidamente a plantearse el interrogante con numerosas y variadas respuestas.

Después del recorrido por el continente europeo, en la última parte de la exposición volvía la mirada a la situación en que se encontraba el derecho penal en la Argentina. Basándose en los principios penales asentados en la Constitución Nacional de 1853, y luego en el Código Penal —inspirado en los mejores modelos de la época, de tendencia ecléctica— la normativa no se apartó de la corriente liberal y humanista, aun con pequeñas distorsiones que no dejaba de puntualizar.

Finalmente bregaba por la vigencia efectiva de los “principios rectores de legalidad y culpabilidad” para mantener al “derecho penal en su alta jerarquía”.

En el segundo trabajo mencionado, Ramos Mejía se ocupa del Derecho Penal Argentino entre 1940 y 1990 que, antes de su publicación, fue expuesto en el IX Encuentro de las Academias Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba celebrado en 1991. Muestra aquí, como en el anterior, su inclinación al tratamiento histórico de las cuestiones como un recurso metodológico necesario para llevar a cabo el propósito final de su labor, que es alcanzar los tiempos presentes con una formulación de índole dogmático-jurídica.

En tal sentido, es interesante observar que cuando en 1991 planteaba su visión de los últimos cincuenta años, anticipaba que el año 1940 no podía ser el punto de partida de la exposición pues —agrega— “sólo dirigiendo la mirada al pasado se puede apreciar el alcance de ese cambio”. Así en la búsqueda del horizonte temporal adecuado retrocedía hasta 1860, donde encuentra la aparición del *Curso de Derecho Criminal* de Carlos Tejedor. En pocas páginas, prietas y vigorosas, esboza entonces el curso histórico previamente señalado que le permite alcanzar el origen del cambio que se propone desenvolver en 1940 con la publicación de la primera edición del libro de Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*. A esta obra atribuye el papel de hito en lo que denomina “reconstrucción dogmática de la ley” que logra la vigencia efectiva de la misma mediante “su sistematización, interpretación y aplicación correctas”.

El significado de la obra de Soler en la evolución de la cultura jurídica argentina ha sido destacado recientemente, desde la perspectiva histórica, por el profesor José Gabriel Cesano como una resistencia al discurso criminológico de los positivistas y como una renovación que llevó a la adopción del modelo de la dogmática penal alemana y su enraizamiento en el saber local en un proceso de larga duración.

En las palabras conclusivas, nuestro académico sostenía que la dogmática jurídico-penal, por obra principal de Soler, y pese a las disidencias entre causalistas y finalistas en cuanto a la estructura del delito, “tiene asegurado su futuro al margen de los progresos de la política criminal, porque al señalar límites, definir conceptos, encuadrar en tipos de delitos previstos en la ley las conductas punibles...sustrae al derecho penal del marco de la arbitrariedad y asegura así su correcta aplicación”.

Ramos Mejía, en ambos trabajos comentados, coloca como punto de partida para su visión del derecho penal argentino, tanto la Constitución de 1853, como la obra de Tejedor. Tal vez, podría observarse que queda en el olvido el largo período anterior, que constituye la tradición jurídica hispano-indiana que se extiende desde las Partidas y otros cuerpos legales y se integra además con numerosos tratadistas y prácticos españoles y americanos, cuyas obras circularon por nuestro territorio antes y después de la independencia. Formaban parte de este contingente las traducciones españolas de obras clásicas y renovadoras del derecho europeo, como las de Montesquieu y Beccaria —que por cierto menciona el doctor Ramos Mejía— o como las de Filangieri y Bentham, que fueron produciendo paulatinamente un cambio bastante notable en el pensamiento de aquellos días.

Esta vía hispano-indiana continuó vigente después de la independencia en los ámbitos nacional y provincial, junto al desenvolvimiento de una labor legislativa nueva —incluso de nivel constitucional— y en convergencia con la recepción de novedosas corrientes de pensamiento provenientes de otros países europeos, como Alemania e Italia, que inspiraron más tarde la tarea de los codificadores y autores nacionales, ya directamente mencionados con acierto por Ramos Mejía.

Mucho más se podría reflexionar en torno a la obra de nuestro recordado académico y mucho mejor si en esta ocasión hubiese intervenido la palabra de un jurista de su misma especialidad para realzar sus méritos. Esto no obsta, para que podamos apreciar las dotes intelectuales y las calidades morales del doctor Ramos Mejía que hoy evocamos con reconocimiento a su labor y a su noble trayectoria.

HOMENAJE A DOS AMIGOS

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

Nos reunimos en un homenaje conjunto que tributamos a Carlos Manuel Muñiz y a Eduardo Aguirre Obarrio, ligados entre sí por una afectuosa amistad.

El escasísimo tiempo disponible me induce a leer mi exposición, que intentaré tenga forma telegráfica para abarcar lo mucho que deseo expresar sobre ambos.

Hace meses, Eduardo quiso encontrar unas poesías que conocía de Muñiz, tituladas VERSOS EN EL TREN. Siendo ambos jóvenes, Carlos, que profesaba afecto filial a la madre de Eduardo, regalo a ésta una de esas poesías en un pergamino. Eduardo, con su genio musical, le puso música, que fue muy celebrada. Ahora quería encontrar las otras poesías y por vía de Josè Maria Lladós fueron localizadas. Coincidimos entonces que esos VERSOS EN EL TREN recibieran una nueva composición musical de Eduardo, en un homenaje que proyectamos para Carlos Muñiz. Eduardo realizó parte de esa tarea, interrumpida por su inesperado y doloroso fallecimiento. Coincidimos entonces en hacer este homenaje conjunto y que uno de los hijos de Eduardo, heredero como sus hermanos de su talento musical, Fernando Aguirre, completara su obra en este homenaje para ambos.

(*) Palabras pronunciadas por el Académico, en el acto público de homenaje al académico ex presidente doctor Eduardo Aguirre Obarrio y al ex académico doctor Carlos Manuel Muñiz, en la sede del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, el día 6 de diciembre de 2011.

Carlos Manuel Muñiz fue Abogado y Doctor en jurisprudencia. En 1955 siendo muy joven fue Subsecretario de Interior y Justicia, desarrollando una tarea de enorme importancia en tan difíciles momentos. A fines de 1956 fue designado Embajador en Bolivia y bajo la presidencia de Frondizi fue Embajador en Brasil. Años más tarde fue Embajador ante Estados Unidos bajo la presidencia de Nixon y finalmente fue Representante Permanente de la Argentina ante las Naciones Unidas en su sede de Nueva York.

En todas esas importantes funciones diplomáticas, Carlos tuvo una relevante actuación. No paso desapercibido y le toco actuar en acontecimientos trascendentes, que justificaron su reciente prestigio.

Culminó su acción diplomática como Ministro de Relaciones Exteriores y Culto durante un breve período. En su desempeño también mostró su aguda visión política y su pasión de bien público.

Fue Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires donde dictó también cursos de Doctorado, desempeñándose asimismo en tareas similares en la Facultad de Derecho de La Plata.

Fue miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Ciencia Morales y Políticas.

Eduardo Aguirre Obarrio fue también Abogado y Doctor en Derecho. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor Titular Consulto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Profesor de la Universidad Católica Argentina. Integrante del grupo consultivo sobre los planes de enseñanza en materia penal. Jurado en varias universidades del país. Presidente de la Sección Argentina de la Comisión Redactora del Proyecto del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Ex presidente de la Sociedad de Abogados Penalistas de la Ciudad de Buenos Aires.

Premio Konex.

Premio Justicia 2005, de la UCES compartido con el Dr. Bossert.

Premio Security 2010 a la trayectoria jurídica relevante.

Jurado en concurso de Jueces del Consejo de la Magistratura.

Asesor para concursos del Ministerio Público y Fiscal.

Público “El chantaje” en el año 2005.

Actualizó la obra de Juan P. Ramos titulada “Los delitos contra el honor” y redactó los tres tomos de “los delitos”, siguiendo las ideas de Alfredo J. Molinario.

Prologó varias obras y publicó unos trescientos artículos y estudios, pronunciando unas doscientas conferencias en Universidades, Tribunales e Instituciones en nuestro país y el extranjero. Integró ocho comisiones de reformas al Código Penal.

Tuvo cargos públicos en la Facultad y fue Director de Bloque en el Senado, Asesor en el Ministerio del Interior, Subsecretario de Defensa y de Justicia y finalmente Ministro de Defensa de la Nación.

Eduardo fue también un excelente tenista y Presidente del Tenis Club Argentino.

Cuando falleció, había sido reelegido por voto unánime de sus pares como Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Señoras y Señores: Ni Carlos ni Eduardo fueron griegos o romanos y les tocó vivir en el mismo tiempo histórico. Sin embargo, estoy seguro que por su relevante acción y coincidentes cualidades, de haberlos conocido, Plutarco les habría dedicado un libro dentro de sus “Vidas Paralelas”.

Por de pronto, sintieron vocación por la vida pública y dentro de ella accedieron naturalmente a las más altas posiciones. Las ejercieron con el mismo espíritu. Buscaron la riqueza que deviene del respeto de los conciudadanos, no la del bolsillo.

En su actividad ambos ejercieron la docencia cívica. La sintió como necesaria Carlos creando el Instituto de Servicio Exterior de la Nación, para servir con pasión los intereses de la República. También la ejerció en este CARI que fue su obra magna, donde se respira su presencia y sus ideas.

También Eduardo fue un docente admirado por millares de Abogados del país y el extranjero, que le abrieron las puertas de los Juzgados y de los Congresos para escucharlo con admiración y reverencia.

Plutarco habría destacado otra faceta común entre ambos amigos, como fue su celebrada vocación por la cultura.

Carlos, viajero infatigable, visitaba habitualmente en las ciudades librerías y museos. Era amigo de intelectuales, artistas plásticos y galeristas de renombre o desconocidos, en su país y también del extranjero. Dejó obras de arte en las Embajadas a su cargo y también aquí en el CARI. Su casa albergaba piezas de gran valor, que maravillaban a los visitantes.

Eduardo, como Carlos, era un gran lector y su conocimiento de idiomas, particularmente del alemán, le facilitó el dialogo directo con grandes pensadores de la humanidad. Tuvo como faceta acentuada su vocación musical. En su hogar se conservan con amor el viejo piano e instrumentos musicales con los que a la vuelta del trabajo refrescaba su espíritu e incluso acometía con jerarquía dibujar en el pentagrama su talento de compositor.

Finalmente, hay otro aspecto importante que Plutarco hubiera destacado: el carácter que ambos ofrecían. Carlos y Eduardo eran hombres mansos, en la más noble acepción del vocablo. Profundos conocedores del ser humano, no afloraban en su boca frases negativas sobre defectos ajenos, que preferían absorber con natural bondad.

Tenían la virtud de la paciencia. Sabían escuchar a quienes acudían a ellos en busca de consejos, porque su bondad los inducía a servir a sus semejantes. Lo hacían con sencillez y eran propensos a la alegría, que gozaban compartir frecuentemente.

Esa manera de ser les ganó incontables amigos, que ellos computaban como su capital máspreciado. Incitaban a esa relación con su permanente sonrisa, plena de benevolencia y comprensión que no excluía a veces una sana pisca de contagiosa ironía.

Con esa sonrisa benevolente nos estarán mirando, agradeciendo el cariño que les ofrecemos todos quienes pudimos gozar la maravillosa e imborrable experiencia de su amistad. No demoremos el homenaje proyectado, que tributaremos con nostalgia y recuerdo para con estos dos nobles y queridos amigos.

LA TRASCENDENTE PERSONALIDAD DE RÉBORA Y SU OBRA

POR EMILIO P. GNECCO (*)

Señores Presidentes de las Academias Nacionales que han acordado la celebración conjunta de este acto para honrar la memoria del Dr. Juan Carlos Rébora quien fuera destacado integrante de las mismas:

Dr. Jorge R. Vannosi, de la de Ciencias Morales y Políticas organizadora de este acto;

Dr. Hugo F. Bauzá, de la de Ciencias.

Y Dr. Gregorio Badeni de la de Derecho y Ciencias Sociales.

Señores académicos
Amigos y familiares de Rébora:

1. En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, que me ha distinguido y honrado al designarme para hacerlo, vengo a pronunciar algunas palabras en este justo y reconocido homenaje al Dr. Juan Carlos Rébora.

En mi caso particular de todas maneras, se agregan circunstancias que no dejan de conmoverme. Al mismo tiempo que con Rébora existió un vínculo de parentesco mantenido familiarmente con gran afecto, ha sido éste mismo jurista que recordamos (lo he dicho otras veces), quien me

(*) Disertación del Académico en el acto de homenaje conjunto al doctor Juan Carlos Rébora, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en la sesión del 14 de diciembre de 2011.

alentó decididamente en los momentos iniciales de mi incursión en el mundo del derecho.

2. La evocación de personalidades destacadas como la de Juan Carlos Rébora constituye una obligación ineludible en las sociedades que aspiran a una constante superación y adelanto, porque equivocados estarán quienes creen que el “progresismo” (progreso) consiste en el desdén y el olvido hoy de quienes construyeron el ayer, sino al revés, consiste, siguiendo el pensamiento orteguiano, en conservar la “esencia” emergente de aquellos sobresalientes protagonistas que tendrá por virtud la de contribuir a crear ese hoy mejor.

Y permítaseme todavía agregar, que tales recordaciones de hombres que como Rébora exhiben por delante su conducta y su esforzado y permanente trabajo, han de resultar de importancia suprema en los tiempos que vivimos, plagados de improvisaciones y de superficialidades y se convierten en una necesidad para retemplar el mejor y más genuino espíritu que debe cultivarse. Espíritu que ha podido siempre mantenerse y resguardarse en el ámbito elevado de estas Academias. Cuando estamos frente a estos verdaderos maestros puede repetirse lo que el sublime compositor Gustav Mahler consignó entre los escritos que dejara: “no hay mas que una educación y es la que se da con el ejemplo”. En Rébora concurrieron, tanto el desarrollo y la creación que exponía en sus numerosas producciones, como la muestra de su propia vida.

3. Juan Carlos Rébora sabía de la significación y trascendencia que afronta la labor del jurista en toda sociedad. En la continua tarea creativa del derecho, es quien debe interpretar y valorar en sus íntimas motivaciones la compleja estructura del comportamiento humano para proponer las más justas soluciones a los problemas que el hombre plantea. Por eso Rébora no se redujo al ámbito del “especialista” de una rama de derecho, sino que, como se puede ver en sus numerosos trabajos, incursiona en la sociología, le atraen los problemas vinculados a la psicología de las personas y de las sociedades y naturalmente investiga la historia. Se convertía de esa forma en un intérprete agudo y constante de la conducta humana, respondiendo de tal manera a la resumida pero cierta afirmación de que “toda la preocupación de la ciencia del derecho está en comprender la vida” (Borga E. “Principios materiales del conocimiento jurídico, Santa Fe 1943, p. 18). El derecho es así, por cierto, un fenómeno humano, y Rébora, en sus últimos tiempos, se encontraba reuniendo elementos para concluir una obra que, como si fuera la propia síntesis final de su existencia, iba a llevar como título: “El derecho en el hombre, por el hombre y para el hombre”.

4. Fue un gran jurista, de fuerte carácter y firmes convicciones, un maestro en la cátedra y en el libro a las que se dedicó por entero.

Las continuas referencias en sus escritos al derecho galo pusieron siempre de manifiesto el extraordinario conocimiento que tenía de ese derecho. Ya desde aquel grupo inicial que fue invitado a integrar de la "Association Henri Capitant pour la Culture juridique Francaise", Rébora se complacía siempre en recordar a quienes se le acercaban en busca de una orientación la magnífica "Introducción al estudio del Derecho Civil" de Capitant, obra que él mismo había estudiado y anotado. Y cuando fue requerido en 1956, supo también prestigiar nuestra diplomacia como Embajador Argentino ante Francia, país que mucho conocía y amaba entrañablemente.

5. El Dr. Juan Carlos Rébora tuvo una fecunda vida, con una incansable dedicación al estudio y la investigación que continuó hasta el momento de su muerte en 1964, que lo encontró abocado a renovados proyectos. Había nacido en el año 1880. Se graduó de abogado en 1910 y de Doctor en Jurisprudencia en 1911. Antes había sido designado Escribano por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Fue Director General del Registro Civil de la Provincia de Bs.Aires de 1910 a 1914, y Vicepresidente del Consejo Nacional de Educación.

Pero la tarea docente siempre lo atrajo. Ejerció en los primeros años de graduado la Cátedra de Literatura en el Colegio Nacional de La Plata (1912), fue luego "Profesor de Derecho Civil en las Universidades de Buenos Aires y La Plata (en esta última de 1914 en adelante), Primer Director del Instituto de Altos Estudios jurídicos de la Universidad de La Plata, Miembro del Consejo Superior de esa alta casa de estudios (1923) y luego Presidente de la Universidad de La Plata en 1938.

Desde ese cargo supremo jerarquizó como pocos la labor académica. Estimaba un alto honor el ser Rector Universitario, recordando el pensamiento de Avellaneda, que después de ser Senador, Ministro y Presidente de la Nación, aun consideraba, lo decía el mismo Avellaneda, que quedaba como "alta posición a merecer la de Rector de la Universidad". Así al finalizar su Presidencia de la Universidad y entregarla en 1941 a su sucesor el Prof. Alfredo Palacios, Rébora pudo repetir principios que tres años antes había proclamado al asumir el cargo (y que en realidad eran principios que caracterizaban su propia persona), decía "si a la elevada función que voy a desempeñar no trajera las inspiraciones de un sano patriotismo; si no empleare para llenarla, todo el esfuerzo que se requiera o por lo menos el que humanamente sea capaz de desplegar; si no la ejerciera con tem-

planza y firmeza adecuadas a su dignidad; si me dejara cegar por la injusticia o extraviar por intereses que no sean superiores. . ." todos estarían habilitados para demandármelo.

No puedo sustraerme a reproducir estos otros pensamientos de Rébora expuestos durante el ejercicio de la Presidencia Universitaria. Señaló que "había procurado estimular el trabajo, depurar las prácticas, afianzar la seriedad, galvanizar el espíritu, restaurar el concepto del deber y de la responsabilidad", y sobre la formación del universitario expresaba, que este concurría para estudiar y conocer, pero al mismo tiempo este venía por "una comunidad de modos y principios que interesan a la organización de su vida y revierten, por consiguiente, en problemas de moral y de derecho...viene a homogeneizarse y no en el sentido de rebaño, sino en el de sujeto de una cultura".

Y es hoy destacable más que nunca lo que terminaba señalando Rébora: "La democracia por ser sistema no puede ser tumulto. La democracia como ha sido organizada por nuestra Constitución es orden, es disciplina social". Estaba convencido además que en el continuo hacer de la Universidad se debía "bregar por el mantenimiento de los grandes valores morales que han jalonado la marcha de la humanidad", como solía expresar.

6. La personalidad de Rébora se carga de rasgos con definidos sentidos éticos. Aquí un anécdota en su desempeño como Presidente de la Universidad.

Desde la creación de la Universidad (1906) la remuneración de su Presidente era de 1500 pesos. La crisis de 1931 produjo una baja general de sueldos que lo redujo a 1300. Pero cuando la economía mejoró hacia 1937 todos los sueldos universitarios volvieron en el presupuesto a elevarse a las cifras iniciales, menos el de Presidente, por lo que el Consejo Superior en 1938, antes que Rébora asumiera el cargo, resolvió completar la restitución fijando nuevamente en 1500 pesos su remuneración. Pero la ejecución de tal resolución del Consejo quedaba a cargo del Presidente de la Universidad y Rébora, sin estridencias y en silencio, no adoptó ninguna resolución y durante todo su ejercicio siguió percibiendo el sueldo reducido. Así era Rébora, con una personalidad que exhibía una combinación difícil de encontrar: inteligencia, honestidad, sabiduría y humildad.

7. Fue Presidente de la Junta de Estudios Históricos de la Provincia de Buenos Aires, Director de la Revista La Ley, Miembro de la Comisión de Reformas al Código Civil de 1926; Miembro y Colaborador permanente de la Rama Argentina de la Internacional Law Asociation, Miembro vitalicio

de la Societe de Legislación Comparé de Francia, Miembro honorario de las Universidades de Lima y de Río de Janeiro; Miembro de la legión de honor de Francia; Miembro de la Orden de la Corona de Bélgica, Miembro de las Academias Nacionales que le brindan el presente homenaje, etc.

Pero como ya lo hemos dicho por sobre todo Rébora fue un incansable trabajador dedicado a una constante labor de gabinete, en gran parte de su vida en su caserón de la calle Junín, a donde solían concurrir a reuniones una serie de amigos, muchos de ellos personas notables de esos tiempos: como Jorge Luis Borges, Rafael Alberto Arrieta, Alfonsina Storni, Horacio Quiroga, Carloncho Sánchez Viamonte, Leopoldo Lugones, Pedro B. Palacios (Almafuerte), Mujica Lainez, Rafael De diego, Benito Lynch, luego también Osvaldo Loudet, Florentino Sanguinetti etc.

8. La sola mención de las obras de Rébora sería suficiente para iluminarlo como verdadero maestro, con una inocultable pasión por el derecho.

Por sus producciones jurídicas mereció en 1904 el “Premio Vélez Sarsfield” y en 1935 el máximo galardón del Premio Nacional de Ciencias. Dejando de lado innumerables artículos, ensayos y conferencias que escribiera y pronunciara, permítasenos como el mejor homenaje a brindarle, la referencia solo a algunas de sus obras más importantes.

No obstante haber sido el derecho el objeto de su principal dedicación, produjo notables trabajos en el campo de la sociología y la historia. Es que Rébora ha tenido la particularidad, no común en los autores, de iluminar sus investigaciones y libros jurídicos –ya lo adelantamos– con apreciaciones y aportes de orden histórico y sociológico.

En el ensayo sociológico “La Planta Hombre” de 1923, al par de destacar la “unidad espiritual” y la necesidad de preservar la nacionalidad argentina estudió en esos tiempos de grandes torrentes de extranjeros que arribaban al país, lo concerniente a la “asimilación” del inmigrante y su familia (doctrina argentina de la “asimilación por convicción” como él la llamaba...) y también decía, “si es humanitario recibir al huésped y granjearle un porvenir, mayormente ha de serlo atender a poblaciones casi abandonadas donde los niños que nacen en parajes insanos mueren en doble cantidad que los de las ciudades del mismo país....

Todas estas cuestiones que hacían al “perfil de nuestra nacionalidad” las continuó Rébora además en otras oportunidades. Lo plasmó por ejemplo con el decisivo apoyo que brindó desde la Universidad de La Plata a la

fundación de la Biblioteca Interamericana de esa casa de estudios; y lo reiteró en los conceptos que expuso en el Prólogo de su obra "La familia chilena y la familia argentina" de 1938, obra que consideró un "Ensayo" en el que expuso un profundo estudio de la familia americana desde sus orígenes (pueblos aborígenes incluidos) y luego de la emancipación, con especial referencia a la familia en los códigos de Andrés Bello y de Dalmacio Vélez Sarsfield, y las transformaciones operadas en la legislaciones tanto de Chile como de Argentina. Remarcaba en esta obra la trascendencia de la inmigración, recordaba las palabras de Mitre: "El pueblo que aspira a engrandecerse por medio de la inmigración debe estar purificado y preparado para recibirla..."; e incorporaba en sus páginas un "Mensaje a los pueblos de América".

Años después también volvería a estos temas en las manifestaciones que expuso en ocasión de la celebración del Cincuentenario de la Unión Panamericana en 1940, y en una vibrante disertación en el Instituto Argentino de Derecho internacional asimismo de 1940. Anteriormente ya le habían preocupado no solo el tema enlazado con nuestra nacionalidad, sino al mismo tiempo cuestiones ligadas con el derecho internacional: escribió así en 1919 sobre "La política internacional argentina de 1914 a 1918"; en 1920 sobre "La cuestión social" e "Italia y Argentina: aporte de italianos al progreso del país"; en 1924 sobre "El estatuto del inmigrante y el verdadero Alberdi" y en ese mismo año "Preservación de la nacionalidad argentina" y "Las nuevas doctrinas emigratorias"; en 1926 sobre "La Argentina y la liga de las naciones" y en 1940 sobre "La cuestión de las minorías", etc.

9. El análisis de la historia Rébora lo tiene presente siempre en los estudios que realiza y quizá deba decirse que forman parte de la exposición de su pensamiento jurídico, en especial en sus obras sobre el derecho de familia. Ya había publicado en sus primeras épocas el ensayo "Desarrollo del concepto de las historia, hasta Buckle" (1910), donde a su juicio demostraba que para el historiador inglés la historia no tenía solo un basamento natural o material, sino que también concurrían factores espirituales (concepto dualista), revalorizando así el factor espiritual que preocupó siempre a Rébora a lo largo de sus estudios.

10. Dedicó Rébora importantes trabajos en el campo del derecho público, particularmente del derecho político y constitucional, que merecen también hoy destacarse con algún comentario .

En 1941 escribía sobre "La Universidad y el espíritu público" y sobre "Los supuestos de la democracia: jerarquía, deber iniciativa y responsa-

bilidad”, la libertad decía, pero también la autoridad, el derecho pero también el deber, la igualdad pero también la jerarquía, que en nuestra organización constitucional comienza derivada de la exigencia de idoneidad para la función pública. También publicó un grueso volumen sobre “Las finanzas” en 1911, que lo concibió como una exposición metódica de las actividades financieras del estado argentino, de las doctrinas corrientes y como una contribución para su historia y crítica.

Pero en 1935 publica un libro que tendría significativa repercusión. Se trató de “El estado de sitio y la ley histórica del desborde institucional” que fue un estudio, nacional y comparado, con una exposición doctrinaria y de hechos referentes a ese estado y que mereció los mas elogiosos comentarios en ese entonces de los insignes constitucionalistas, Carlos Sánchez Viamonte primero, su amigo personal y Segundo V. Linares Quintana luego, amigo también que dijera de este libro de Rébora, que constituía la mejor y mas completa obra escrita sobre el tema. El maestro Linares Quintana tenía por Rébora una especial consideración que reiteraba en toda oportunidad, como en la nota que me envió con fecha 08 de diciembre del pasado año 2008, que finalizaba diciendo “. . . en testimonio de mi admiración y respeto en el recuerdo de su tío abuelo Dr. Juan Carlos Rébora, que fuera mi sabio y generoso Maestro y Consejero en la ciencia jurídica y en la vida”.

En este terreno del derecho público Rébora también escribió: “Facultades provinciales en materia de amnistía” en 1923; “Ensayo sobre las garantías constitucionales” en 1934; “El estado de asamblea” en 1935; “Una doctrina individualista” y “Las garantías individuales en la constitución brasilera” estos dos últimos trabajos también en 1935; “El derecho público argentino en el período 1810-1829” en 1936 etc.

La atracción que Rébora demostraba por estos temas de derecho constitucional lo llevaron a la publicación en 1942 de “La Constitución de la Nación argentina” impresa por disposición del gobierno provincial de Buenos Aires, que la consideró como un aporte de indudable importancia, imparcial y documentado, “para la dilucidación de los antecedentes y acontecimientos que siguieron a Caseros y que dieron lugar a la unidad nacional”. Linares Quintana, coincidiendo con la finalidad del estudio de Rébora, finalidad compartida, dice, coincidentemente también por Aristóbulo del Valle (para quien “la historia nacional está incorporada a nuestra Constitución”: A.del Valle “Nociones de derecho constitucional” p.5), señala que “la ciencia constitucional, en su línea metodológica, no puede prescindir del enfoque histórico, que resulta indispensable para proporcionar al investigador una visión integral del fenómeno político institu-

cional" (S.V.Linares Quintana "Juan Carlos Rébora hombre de la constitución" p.44). Por su lado Rébora decía en igual dirección: "esta universalmente admitido por la ciencia que no es posible intentar la valoración de las instituciones de un pueblo si se prescinde de su historia y de sus antecedentes" (J.C.Rébora "El estado de sitio. . .p.51 yss). Y respecto de su posición acerca de la Constitución Argentina que dice es la de 1860, habla de la "solidaridad entre los actos constitucionales del período de dispersión y el acto de constitución nacional definitivo", que a contrario de la opinión de González Calderón que considera a la Constitución como la de 1853, Rébora sostiene que "con la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires y en consecuencia la vigencia de la Ley Suprema en todo el territorio argentino es cuando quedó definitivamente sancionada la Constitución Nacional", debiendo ser considerada por lo tanto como la Constitución de 1860 (JCRébora "Constitución de la Nación Argentina: 25 de septiembre de 1860" p.96 y ss). Cabe consignar que el maestro Linares Quintana entiende, en cierta manera valorando el aporte de Rébora, que la Constitución de nuestra República es de 1853-1860, como es también el parecer de Sánchez Viamonte, pues según Linares Quintana "el poder constituyente originario o primigenio fue ejercido, no a través de un solo y único acto -sea del Congreso General Constituyente de 1852-1854, sea de la Convención Reformadora ad-hoc de 1860- sino a lo largo de un *proceso* que integraron ambas asambleas constituyentes y que quedó clausurado en 1860" (S.V.Linares Quintana "Juan Carlos Rébora hombre de la constitución", p.46).

11. No obstante las preocupaciones que daban lugar a los enjundiosos trabajos y publicaciones en el terreno del derecho público, los mayores esfuerzos de Rébora en el campo jurídico van a ser en el derecho privado.

Tal dedicación se inicia así en el año 1905 con la publicación su libro "Letras de cambio", estudio de derecho comercial argentino y comparado que fue distinguido con medalla de oro y diploma al concedérsele el premio "Vélez Sarsfield". Varias ediciones posteriores, una de ellas en 1928 en París, lo convirtieron en un clásico de la literatura comercial sobre el tema. Otros estudios que Rébora publicara con posterioridad lo acompañaron: "El derecho concerniente a la circulación cambiaria" de 1923; "Patentes de invención" de 1922; "La capacidad para contraer obligaciones cambiarias" en 1923; "Reglamento internacional de la letra de cambio" también en 1923, etc.

12. Pero Rébora era sobre todo un gran humanista como lo supo pintar en su momento Ricardo Rojas, lo que sin duda hizo que se volcara preferentemente por el derecho de la familia y de las sucesiones, los ordena-

mientos jurídicos más entrañados con la vida. Según sus propias palabras, a partir del año 1922 inicia Rébora un ciclo que prácticamente lo llevó a estar, dice, “fuera del mundo, sin saber mas que de mi familia y de mi cátedra”. La autoridad, profundidad y acierto con que trata los distintos temas de su mayor predilección, dejan al descubierto una personalidad elevada sobre un sólido y firme conocimiento del ser humano: bien le cabe a Rébora aquel dicho de Terencio: “hombre soy y nada de lo humano me es ajeno”.

El primer trabajo jurídico de cierto aliento en este terreno, sobre cuestiones de organización familiar, fue el publicado en el año 1922 en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires dirigida entonces por el Dr. Clodomiro Zavalía, denominado “Los regímenes matrimoniales en la legislación argentina”, que constituyó una interpretación sistemática, efectuada por primera vez sobre tales regímenes. Y por primera vez, es decir, con la afirmación de que habían transcurrido más de 50 años desde la sanción del Código Civil (1870 hasta 1922) sin que uno de los capítulos mas trillados del Código hubiera merecido un estudio especial de ese tipo. La explicación de Rébora (maestro indiscutido en el derecho de familia) era que toda la literatura jurídica hasta entonces, relacionada con el matrimonio, con la filiación, con la tutela, se ceñía a las obras de exégesis (comentarios generales a cada artículo del Código). El aporte que efectuaba con su publicación sobre los “regímenes matrimoniales” se emancipaba de ese cuño, por lo que bien podía ser considerado que era un “abridor de caminos”.

Sin perjuicio de otras obras menores, en 1926 salieron a la luz los dos tomos de su obra “La familia”, en los cuales al par de un minucioso y amplio estudio de la institución (“familia matrimonial”), perfilaba Rébora doctrinas como las referentes al daño moral en las relaciones familiares que supo llamar un “sistema protector del sentimiento”; a una doctrina sobre la defensa del “hogar”, a una orientación en relación al tema de los sepulcros, análisis en fin, de hechos que provocaban a su juicio la “crisis familiar” y sobre los cuales debían proclamarse factores de reconstrucción y de refuerzo (desde el derecho al nombre, hasta la propiedad familiar, el salario familiar y hasta figuras delictivas como el abandono y el desamparo). Sobre todo, hacia ver Rébora ya en ese tiempo de 1926, que debía abogarse por una de las situaciones mas sensibles como era la situación de la mujer.

Ha sido destacado en diversas oportunidades –por mi parte también lo he puesto de manifiesto– que sobre el reconocimiento del daño moral en la familia Rébora fue un precursor. En su artículo “El daño moral” publica-

do en Jurisprudencia Argentina (tomo 14) en el año 1924 fundaba la aceptación de este daño: "...cuestión del interés no patrimonial tomado como premisa de la reparación, lo cual no tiene -decía Rébora- en aspecto alguno de la vida civil la extensión y la importancia que alcanza en materia de relaciones familiares...", "que son, ante todo, afectividad y deber...". Agregando ya en obra "La familia", que "...si la lesión que se supone al hablar de un interés no económico es una lesión ya a las afecciones, ya a vínculos o estados que además de su expresión jurídica tienen una significación moral, el campo mayor que puede ofrecerse a las perturbaciones de esa índole, ha de ser indudablemente la vida de la familia..." (t.I p. 64 y ss). Como generalmente acostumbraba Rébora, exponía interesantes y curiosos antecedentes extraídos de fallos de distintas Cortes de esos tiempos.

Y sobre la situación de la mujer publica en 1927 un tomo que denominó "El estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio", que constituía la organización de una doctrina interpretativa de las disposiciones contenidas en la ley 11.357 de 1926 sancionada pocos meses después de haber editado su obra "La familia", armonizando tales disposiciones legales con el ordenamiento del Código. Allí fundamentó la distinción entre el régimen de la sociedad conyugal de comunidad, que Rébora llamo primario, con otro régimen de administración especial que denominó compuesto y derivado, que se desprendía de las facultades que se le reconocían a la mujer casada, a partir de esta ley, no solo sobre el ejercicio de trabajos sino respecto de la adquisición de bienes, su administración y poder de disposición libremente (artículo 3 y 4 de la ley 11.357, que quedaron derogados luego por la reforma dispuesta en 1968 por la ley 17.711).

Con intervalo de unos años, atento, como se había mostrado desde sus primeros trabajos sobre el tema de la posición de la mujer en el matrimonio y preocupado por las orientaciones que podían haberse abierto a partir de las nuevas normas legales sancionadas, vuelve Rébora a manifestarse con la publicación de un volumen sobre "La emancipación de la mujer" del año 1929 y también de ese año "Aptitud jurídica de la mujer en general y de la mujer casada en particular". En 1930 escribe "Régimen conyugal primario y régimen conyugal compuesto" y sobre "El matrimonio argentino ante la ley extranjera y el matrimonio extranjero ante la ley argentina".

Finalmente diríamos, en el año 1945 salen a la luz los 4 tomos de su "Instituciones de la familia" que consolidan su pensamiento, desarrollado profundamente, respecto de todos los temas abarcados por el derecho de la familia. Se trata de desplegar -dice- una firme tarea con esfuerzo cons-

tructivo, de defensa de las instituciones de la familia. Advierte entonces sobre los peligros que la acechan, señala la prevención a tener en cuenta sobre el avance del Estado sobre aspectos ligados a la organización familiar, en especial la educación. En este campo, como contrapartida, Rébora recuerda la resolución que adoptara como Rector universitario (que no registraba antecedentes) y que transcribe en el Prólogo a su obra. Decía la resolución: “los maestros y profesores tendrán el deber de arraigar, fomentar y fortalecer los sentimientos de la nacionalidad, como también la adhesión a las instituciones, a los principios y a los ideales de nuestra organización política...con la condigna afirmación de nuestra moral tradicional”.

13. Abusando de la benevolencia de ustedes, voy a leer para contribuir a retemplar nuestros espíritus y por considerarlo plenamente vigente en nuestros días, lo que Rébora dijera hace ya muchos años (mas de 65): “... quienes se ufanan, como nos ufamamos nosotros, de pertenecer a una civilización cristiana que se basa en el respeto por el hombre y por la dignidad del hombre, y aspiren pues, a que la vida en sociedad se desenvuelva en el sentido que corresponde a las virtudes engendradas y fortalecidas por el propio cristianismo como necesaria emanación de sus doctrinas, han de medir con la vara de su sensibilidad, el abismo a que pretenden lanzarnos las corrientes de que brotan los requerimientos de la época presente.. .”, para los cuales se comprueba –continúa Rébora- “el esfuerzo de dominación” que despliegan muchas de estas teorías pretendidamente de “progreso o avanzada”, ... “tanto vale la lealtad como la felonía, tanto la rectitud como la mendacidad, tanto la fidelidad como la inconsecuencia, tanto la avidez como la abnegación, tanto el honor como la desverguenza...” (“Instituciones... t.I , Prólogo).

Y frente a estos turbios vientos que también generalmente cada tanto vuelven a agitarse tratando de enmascarar inaceptables posiciones, oigamos al jurista que recordamos: “La especie es vida –dice Rébora- y el pervivir es ley de la familia. Sujeto que nace es sujeto que ha existido en otro del cual ha recibido el ser y al cual permanece vinculado...vinculación que es, correlativamente, un argumento de solidaridad humana...” “La familia matrimonial formada por el hombre con la mujer, es vivero de afecciones y los sentimientos altruistas necesarios a la vida en sociedad, no pueden germinar bajo mejor signo que el que les ofrece esa familia... los esfuerzos de la sociedad para defenderla y afianzar su existencia no pueden ser escatimados...” (“La familia chilena... p.175 y 178).

14. Sobre el derecho sucesorio publica Rébora en 1929 un trabajo sobre “Los plazos para la aceptación de la herencia” y en 1931 el libro “Cinco

estudios de derecho sucesorio” (en donde se ocupa de la aceptación de la herencia, la renuncia del legitimario, la división de pleno derecho de créditos y deudas y la acción petitoria de herencia).

En 1932 se editan los dos volúmenes de su “Derecho de las sucesiones” al que se le discierne el Gran Premio Nacional de Ciencias, siendo una exposición metódica de las distintas instituciones hereditarias, obra que se reedita en tres volúmenes en 1953.

15. Añado a esta altura, cuando ya la personalidad del ilustre jurista que nos congrega resalta por sí sola, la referencia a un tema que lo preocupó hasta sus últimos momentos.

El tema fue el respeto de la legislación por los cuerpos codificados, particularmente el Código Civil. Recordemos que Rébora formó parte de la Comisión de Reformas de 1926, que también se fue integrando con los doctores Roberto Repetto, Juan A. Bibiloni, Raymundo Salvat, que renunció y fue reemplazado por Cesar Tezanos Pinto, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz, Rodolfo Rivarola, Julián V. Pera, que fue reemplazado por Mariano de Vedia y Mitre, y este a su vez por Gastón F. Tobal, José A. Gervasoni. Rébora se brindaba y deseaba tener una activa colaboración. Participó de las deliberaciones que se llevaron a cabo hasta que la Comisión decidiera hacer suyo el trabajo encomendado y llevado a cabo por uno de sus integrantes, el Dr. J.A. Bibiloni. Rébora renunció entonces a la misma por haberse aceptado en el seno de la Comisión, por cinco votos contra cuatro, que tal trabajo que inicialmente se encomendara a Bibiloni y luego se lo aceptaba, se lo hiciera sin haber tenido en consideración previamente un debate y decisión plenaria acerca de las bases sobre la reforma que se proyectaría, la cual no podía ser entendida a criterio de Rébora, fraccionada. Es decir -señalaba- necesidad de determinar previamente la materia de las modificaciones antes de pronunciarse sobre la estructura o sistema del Código. En definitiva tal posición de discrepancia con el método adoptado lo llevó, junto a otros integrantes de la Comisión, a no suscribir el Proyecto definitivo de reforma que se ofreció en 1936. Rébora, fiel a sus principios consideró que, no habiendo suscripto el Proyecto, no le correspondía percibir remuneración alguna por su trabajo y así lo hizo saber por escrito. Los motivos de su renuncia fueron luego mayormente expuestos en la publicación “La reforma del Código Civil” de la Revista La Ley de 1937 y en la que realizara bajo el título “El saldo de la reforma del Código Civil” publicada a su vez en Córdoba, en el año 1941.

Entre tanto, las cuestiones relativas al Código y sus reformas fueron abordada por Rébora en distintas oportunidades, antes y después de su actua-

ción en la Comisión de 1926. Así había escrito sobre “Freitas y el caudal de su contribución a la obra de Vélez Sarsfield” en 1923; “Modificaciones y notas en la segunda edición oficial del Código Civil” en 1930; “Estudios críticos y proyectos de reformas” en 1931. Como una obra de singular significado en ese tiempo se edita “Consolidación y metodización de leyes” obra que Rébora dirigiera como Director del Instituto de Altos Estudios jurídicos” de la Universidad de La Plata, año 1940. A su turno en 1961 en el seno de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales propició la declaración que se aprobó sobre el “Régimen nacional de codificación”. En 1960 Rébora publicaba en EUDEBA “Derecho civil y Código civil” y finalmente en 1965 se edita su obra póstuma, “El Código Civil de la Republica Argentina”, en la que modestamente prestamos nuestra colaboración, con lo que llamo Rébora “la primera distribución integral y razonada de sus copiosas modificaciones” que implicaron mas de 430 textos en trance de incorporación y mas de 720 notas nuevas.

16. Señores, la vida de Rébora fue una constante exhortación a la iniciativa, al esfuerzo y a la obra.

Ricardo Rojas –que hemos antes citado- había podido señalar (discurso del 18 de agosto de 1941 en el Alvear Palace, editado ese año por La Ley), que Rébora era un jurista con una visión pocas veces encontrada, porque cuando encaraba el estudio de las instituciones civiles legisladas en nuestro Código Civil o surgida de leyes que tendían a complementarlo, sus elevados y profundos juicios no dejaban de atender “las realidades sociales y las mas íntimas vivencias humanas”. Porque Rébora sabía, lo decía el orador portador de aquel homenaje ratificando lo que por nuestra parte hemos ya señalado, “que no puede hablarse de fenómenos aislados” por lo cual el civilista, como Rébora alumbra sus estudios con la historia, la sociología, la economía, la moral, el derecho comparado.

La Revista La Ley que dirigió, publicó ese mismo año 1941 un ensayo suyo llamado “Los supuestos de la democracia” en el cual Rébora exponía estos pensamientos de tanta vigencia y significación, decía: “...los mas apasionados sostenedores de la democracia hablan invariablemente de ella como si constituyera una posición de beneficio sin compromiso, una fuente de derechos, un venero inagotable de ventajas conseguido por un solo golpe feliz de la fortuna y a conservarse sin esfuerzo” y agregaba “...desnaturalizan como se ve su propia causa: vocean la libertad, el derecho y la igualdad y se desentienden de todos sus correlativos: limitación, deberes, jerarquía. Olvidan que sin jerarquías el grupo sería una horda; que sin deberes sus derechos no tendrían sentido; que al desconocer las limitaciones insinúan el reinado del capricho contrario desde luego al de la ley”.

Precisamente en defensa de la ley y del derecho puedo ir terminando hoy mis palabras con las que sostuvo Rébora en años también difíciles para la República (año 1946): “la tragedia política –decía- se desarrolla por entero alrededor del establecimiento de la ley y del mantenimiento de la ley como norma de organización constitucional, de la ley como norma general de acción y de abstención”, y recordando palabras de célebres jueces americanos Rébora coronaba su pensamiento con esta sencilla y profunda afirmación “ningún hombre de este país se encuentra tan alto que esté por encima de la ley”. Esta –la ley- es el único poder supremo en nuestro sistema de gobierno” (Discurso en homenaje al Dr. Carlos Pellegrini del 10 de octubre de 1946, en el centenario del nacimiento del prócer, Tall.Graf. Arg. Rosso).

17. Señoras y señores, tengo para mi la imagen de un gran señor, de aquellos que no abundan en nuestros días fuera de cenáculos como estos, envuelta la imagen de Rébora por sus libros, en medio de los papeles de su nutrido escritorio, que me recibía con una calidez que amparaba y que me hablaba con la autoridad que se desprendía de sus propias palabras sobre cualquier tema, sin duda, pero en especial sobre el derecho.

Juan Carlos Rébora con la amplitud de sus conocimientos jurídicos vimos como abarcó distintos campos, pero dijimos que se inclinó preferentemente, en definitiva, por la familia y las sucesiones, dos aspectos del derecho que entrelazados fuertemente, nos ponen de resalto de continuo los fundamentos llenos de humanidad sobre los cuales el hombre construye y da sentido a su vida.

Nada más y muchas gracias.

V

DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS

DECLARACION

Ante los graves episodios ocurridos recientemente en nuestro país, que impidieron la distribución de varios periódicos, hechos que vulneran la libertad de prensa –garantía fundamental para el desenvolvimiento de las restantes libertades constitucionales, entre ellas la libertad de trabajo–, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su preocupación y objeta esas actitudes que se llevan a cabo con impunidad y que no se compadecen con la democracia republicana y representativa ni con la plena vigencia del Estado de Derecho.

Buenos Aires, 5 de abril de 2011

Jorge H. Alterini
Académico Secretario

Eduardo Aguirre Obarrio
Académico Presidente

PROYECTO DE LEY SOBRE TRANSFERENCIA A TITULO GRATUITO DE UN INMUEBLE DE PROPIEDAD DEL ESTADO NACIONAL A LA PROVINCIA DE LA PAMPA

Buenos Aires, 9 de agosto de 2011

Señor Presidente de la
Academia Nacional de Derecho y Ciencia Sociales de Buenos Aires
Doctor Eduardo Aguirre Obarrio

De mi mayor consideración:

El Secretario de la Comisión de Legislación de la H. Cámara de Diputados de la Nación se dirigió a los miembros de esta Academia para que se le informen sobre la viabilidad del proyecto de ley de la diputada María Cristina Regazzoli, por el cual el Estado Nacional transferirá a título gratuito en favor de la provincia de La Pampa una fracción de terreno ubicada en el balneario Pehuen-Co, anotado en el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires y cuya nomenclatura catastral es circunscripción A, manzana 138, parcela 2, partida n° 33.364, sito en el partido de Coronel de Marina Leonardo Rosales. Dicha transferencia a título gratuito se realizaría con cargo de destinar el predio a campamento de estudiantes y ancianos.

Dicho inmueble fue dado en comodato por un lapso de diez años, celebrado entre el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y el Ministerio de Bienestar Social de la Provincia de la Pampa, con el compromiso de este último de destinarlo a campamento de estudiantes. Según rezan los fundamentos del proyecto, a partir del otorgamiento del comodato la provincia de La Pampa habría invertido más de 700.000 dólares en infraestructura, construcción de inmuebles, reforestación, etc. Anualmente lo utilizan alrededor de 1.500 niños y 460 ancianos. La Provincia de La Pampa mantiene las instalaciones.

En realidad lo que pide el Secretario de la Cámara de Diputados no es un informe, sino un dictamen, porque los informes se deben referir a documentos o actos de la Academia. No obstante, considero que este pedido de colaboración debe ser respondido como contribución de nuestra entidad a los poderes públicos.

Descarto que el inmueble en cuestión pertenece al dominio privado del Estado Nacional, porque la inscripción en el catastro tienen por finalidad registrarlos como contribuyentes del impuesto inmobiliario, y si fuera un bien del dominio público no pagaría ese impuesto. Además, corrobora dicha idea la circunstancia de haber ido objeto de un comodato. Hago esta aclaración porque si se tratara de un bien del dominio público antes de donarlo se lo debería desafectar por ley.

Como es sabido, existen bienes del dominio público, de los cuales el Estado sólo tiene la administración y corresponden a la comunidad, y bienes del dominio privado del Estado que, a su vez, pueden o no estar afectados a un servicio público. El estatus de los bienes del dominio privado del Estado no afectados a un servicio público es igual al de los bienes de los particulares, excepto en lo que atañe a la ejecutabilidad.

Por ello, parto de la base de que el bien que se quiere donar con la condición de un destino específico es un bien del dominio privado del Estado. En este caso no existiría impedimento legal alguno para que sea transferido en forma gratuita a la Provincia de La Pampa con el cargo previsto en el proyecto.

El art. 75 inc. 5 de la Constitución Nacional, atribuye al Congreso la facultad de “*disponer el uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional,*” y la transferencia de un bien a título gratuito es una forma de enajenarlo. El Diccionario de la Lengua da como primera acepción de la palabra “enajenar” (del latín *in* y *alienäre*): pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello. La enajenación puede ser a título gratuito u oneroso. Por lo demás, como el Congreso es el órgano competente para aprobar cualquier erogación hecha con fondos públicos, el mismo principio se aplica a la disposición de bienes de propiedad estatal.

Si bien el descriptor del inciso 5 del art. 75 de la Constitución Nacional lo titula [tierras públicas], se refiere a todas las tierras de propiedad del Estado, incluidas las que pertenecen al dominio privado. De ahí que por aplicación de este inciso el Congreso es el órgano competente para transferir a título gratuito el lote de terreno indicado en el proyecto.

La finalidad que tendrá el bien contribuye a habilitar la transferencia gratuita, pues el destino encuadra en la acción social que presta el Estado con fin propio.

Por las razones expuestas considero que el proyecto de ley presentado por la diputada María Cristina Regazzoli no presenta objeciones legales.

Tal es mi opinión.

Roberto Enrique Luqui

PREMIO MIGUEL S. MARIENHOFF

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se complace en celebrar este acto con el objeto de formalizar el otorgamiento del Premio Miguel S. Marienhoff al ganador del Concurso, convocado por nuestra Corporación, para elegir el mejor trabajo presentado sobre temas pertenecientes al Derecho Administrativo.

De acuerdo con el dictamen del jurado constituido por los Dres. Alberto Rodríguez Galán, Roberto Luqui y el suscripto, el Pleno de la Academia resolvió, por unanimidad, adjudicar el citado Premio al trabajo *“El incumplimiento de sentencias por el Estado. Ejecución forzosa y poder de sustitución de los jueces”*, cuyo autor es el Dr. Héctor Pozo Gowland.

Al concurso se presentaron tres trabajos y es de interés señalar que, en opinión del Jurado, la elección del que resultó adjudicatario del Premio se basó en el sentido realista y crítico que exhibe, en la forma de discurrir sobre las diferentes cuestiones jurídicas que desarrolla y pondera con precisión, así como por la adecuada selección de las fuentes bibliográficas utilizadas y el análisis jurisprudencial que sustenta las conclusiones a que arriba.

De este modo, nuestra Academia cumple con una de las finalidades básicas de su Estatuto que es la de fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas y sociales. Este acto, al propio tiempo, sirve también para testimoniar el reconocimiento a uno de sus antiguos e ilustres Miembros

(*) Palabras pronunciadas por el Académico, en la sesión privada del 29 de noviembre de 2011, en oportunidad de la entrega del Premio Miguel S. Marienhoff al doctor Héctor Pozo Gowland, por su trabajo sobre *“El incumplimiento de sentencias por el Estado. Ejecución forzosa y poder de sustitución de los jueces”*.

de Número, el Dr. Miguel S. Marienhoff, que tanto contribuyó al estudio del Derecho Administrativo argentino.

Porque la función de la Academia, lejos de agotarse en el plano de su labor interna e institucional, se proyecta también a la comunidad a través del estímulo a las investigaciones que, manteniendo el nivel de excelencia requerido en cada caso, contribuyan al progreso de la ciencia jurídica con estudios serios y de calidad indiscutida, como es el que ha hecho el ganador de este Concurso.

Vaya, por último, nuestra felicitación al Dr. Héctor Pozo Gowland por el Premio que hoy recibe con la esperanza que prosiga el camino doctrinario que ha emprendido y que su ejemplo cunda en el futuro, para bien del país.

ÍNDICE

ANALES 2011

I. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Psicología jurídica del daño moral.</i> Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 14 de abril de 2011.....	3
<i>El Abuso del Derecho en el Derecho Público.</i> Comunicación del Académico doctor Horacio A. García Belsunce, en la sesión privada del 28 de abril de 2011	15
<i>La “conocibilidad” del derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Roberto Enrique Luqui, en la sesión privada del 12 de mayo de 2011	21
<i>La libertad de expresión en el proceso electoral.</i> Comunicación del Académico doctor Gregorio Badeni, en la sesión privada del 26 de mayo de 2011	74
<i>La eficacia de la sentencia dictada en un proceso familiar.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 9 de junio de 2011	89
<i>Filtros en el daño intrafamiliar.</i> Comunicación del Académico doctor Emilio P. Gnecco, en la sesión privada del 23 de junio de 2011.....	122

<i>Los “especiales vínculos” del art. 33, inc. 2º, de la ley de sociedades.</i> Comunicación del Académico doctor Rafael M. Manóvil, en la sesión privada del 14 de julio de 2011.	148
<i>Relación de Derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 28 de julio de 2011..	191
<i>El Bicentenario de la Constitución de Cádiz: sus raíces y sus proyecciones.</i> Comunicación del Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la sesión privada del 11 de agosto de 2011	197
<i>Las mutaciones conceptuales del matrimonio.</i> Comunicación del Académico doctor Horacio A. García Belsunce, en la sesión privada del 25 de agosto de 2011.....	219
<i>La Mediación.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique Manuel Falcón, en la sesión privada del 8 de septiembre de 2011	224
<i>El surgimiento de la doctrina del Poder Constituyente en el pensamiento de Mariano Moreno (Homenaje en el Bicentenario de su muerte).</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 22 de septiembre de 2011.....	235
<i>Persona y mercado.</i> Comunicación del Académico doctor José W. Tobías, en la sesión privada del 13 de octubre de 2011	254
<i>Ley 26.657 de Salud Mental.</i> Comunicación del Académico doctor Santos Cifuentes, en la sesión privada del 24 de noviembre de 2011.....	282
<i>La doctrina como fuente del derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión privada del 7 de diciembre de 2011.....	328

II. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	349
Instituto de Derecho Civil	352
Instituto de Derecho Constitucional.....	353

Instituto de Derecho Empresarial	355
Sección Derecho de la Navegación del Instituto de Derecho Empresarial.....	363
Sección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Instituto de Derecho Empresarial	364
Sección Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial.....	366
Instituto de Derecho Internacional Público.....	367
Instituto de Derecho Procesal	369
Instituto de Derecho Tributario	370

III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Bicentenario del Nacimiento de Domingo Faustino Sarmiento. Palabras pronunciadas por los Académicos doctores Eduardo Aguirre Obarrio y Alberto Rodríguez Galán, en el Congreso Extraordinario realizado en la ciudad de San Juan, entre los días 11 y 14 de abril de 2011. Disertación del Académico presidente doctor Eduardo Aguirre Obarrio</i>	375
Disertación del Académico doctor Alberto Rodríguez Galán	386

IV. HOMENAJES

<i>Doctor Eduardo Aguirre Obarrio. Resolución del 29 de septiembre de 2011</i>	403
Palabras pronunciadas por el Académico doctor Alberto Rodríguez Varela en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico presidente doctor Eduardo Aguirre Obarrio, el 29 de septiembre de 2011	404
<i>Homenaje a los ex Académicos presidentes doctores Marco Aurelio Risolía y Enrique Ramos Mejía</i>	406

Disertación del Académico doctor José D. Ray en la sesión pública del 27 de octubre de 2011	406
Disertación del Académico doctor Víctor Tau Anzoátegui en la sesión pública del 27 de octubre de 2011	412
<i>Homenaje a dos amigos.</i> Palabras pronunciadas por el Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, en el acto público de homenaje al Académico ex presidente doctor Eduardo Aguirre Obarrio y al ex Académico doctor Carlos Manuel Muñiz, en la sede del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, el día 6 de diciembre de 2011	419
<i>Homenaje a Rébora.</i> Disertación del Académico doctor Emilio P. Gnecco en el acto de homenaje conjunto al doctor Juan Carlos Rébora, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en la sesión del 14 de diciembre de 2011	423

V. DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS

Declaración sobre libertad de prensa	439
Proyecto de ley sobre la transferencia a título gratuito de un inmueble de propiedad del Estado Nacional a la provincia de La Pampa	440
<i>Premio Miguel S. Marienhoff.</i> Palabras pronunciadas por el Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la sesión privada del 29 de noviembre de 2011 en oportunidad de la entrega del Premio Miguel S. Marienhoff sobre “El incumplimiento de sentencias por el Estado. Ejecución forzosa y poder de sustitución de los jueces”, al doctor Héctor M. Pozo Gowland	442

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2012
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA