

ISSN 0567 - 5936

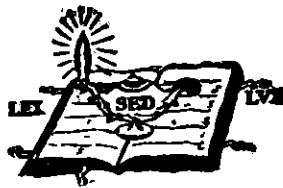
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA

AÑO XXXIV - NÚMERO 27



BUENOS AIRES

1990

*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. 812-9327  
(1014) Buenos Aires - Argentina

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

SERIE I - ANUARIOS

*Anales* — Primera época, Nº 1 (1915) — Segunda época,  
Nº 1 a 27.

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 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 (2 tomos).
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.

### SERIE III — COMUNICACIONES

*Comunicaciones* — N<sup>o</sup> 1.

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

**Presidente**

**Académico DR. FEDERICO N. VIDELA ESCALADA**

**Vicepresidente**

**Académico DR. ENRIQUE RAMOS MEJÍA**

**Secretarios**

**Académico DR. JOSÉ DOMINGO RAY**

**Académico DR. JORGE A. AJA ESPIL**

**Tesorero**

**Académico DR. JUAN CARLOS CASSAGNE**

**COMISIÓN DE PUBLICACIONES**

**Director de Publicaciones**

**Académico DR. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA**

**Vocales**

**Académico DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS**

**Académico DR. JORGE M. MAYER**

## ACADÉMICOS DE NÚMERO

*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 de mayo 1956
Dr. Marco Aurelio Risolia	Aristóbulo del Valle	6 mayo 1963
Dr. Jorge M. Mayer	Estanislao S. Zeballos	28 agosto 1963
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Miguel S. Marienhoff	José María Moreno	7 setiembre 1965
Dr. Juan Francisco Linares	José A. Terry	24 noviembre 1965
Dr. José M. López Olaciregui	Lisandro Segovia	26 junio 1967
Dr. Ambrosio Romero Carranza	Bartolomé Mitre	18 octubre 1967
Dr. Enrique Ramos Mejía	Lucio V. López	9 octubre 1968
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Manuel María Díez	José Figueroa Alcorta	15 julio 1972
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José María Ruda	Eduardo Acevedo	1 agosto 1974
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Roberto Martínez Ruiz	Roque Sáenz Peña	19 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Elías P. S. Guastavino	Alfredo Colmo	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	11 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	12 mayo 1983
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dalmacio Vélez Sarsfield	9 mayo 1985
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989

## ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río

23 agosto 1984

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha de Incorporación</i>
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Federico A. Gil	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	19 julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalla	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. Héctor P. Cámara	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Jesús Abad Hernando	Córdoba	23 abril 1987
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Mendoza	12 octubre 1989



## ANTIGUOS ACADEMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Carlos A. Adrogé	Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan Alvarez	Dr. Juan M. Garro
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Juan A. González Calderón
Dra. Margarita Argüas	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Hilario Largaña
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Ricardo Levene
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Mario Justo López
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Francisco Canale	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. José N. Matienzo
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. José Luis Murature
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis M. Drago	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Rómulo Etcheverry Bonco	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Adolfo F. Orma
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Alberto G. Padilla

Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piffeiro  
Dr. Angel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. José M. Rosa  
Dr. Enrique Ruiz Guiffazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)  
Dr. Alejandro Ruzo  
Dr. Diego L. Saavedra

Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
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. Benjamín Victorica  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalla  
Dr. Estanislao S. Zeballos

**I**

**DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS**



**EMPRESA Y SOCIEDAD EN EL  
DERECHO COMERCIAL**

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Jaime Luis Anaya en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 9 de noviembre de 1989*



*Apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Federico N. Videla Escalada*

La Academia incorpora en este acto al Dr. Jaime Anaya como miembro de número y, sin duda, se enriquece manifiestamente al sumarlo al conjunto de sus integrantes.

Cubre de este modo una vacante que significó un gran vacío, ya que su antecesor fue el Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez, figura consular en el mundo jurídico argentino, con marcado relieve internacional. Estudioso, serio, profundo, brilló en la Cátedra, en la magistratura, en sus obras y en su ejemplo.

Hoy lo sucede el Dr. Anaya y con plena certidumbre podemos afirmar que sabemos que no es fácil ocupar el lugar dejado vacante por el Dr. Zavala Rodríguez, pero el nuevo académico ha demostrado poseer condiciones y antecedentes que constituyen una verdadera garantía en cuanto a que está plenamente capacitado para hacerlo con total solvencia.

No me corresponde efectuar la presentación del Dr. Anaya, tarea grata que estará a cargo del académico Dr. Lino Palacio.

Sin embargo no puedo pasar en silencio que, como su antecesor, también el Dr. Anaya ha aquilatado méritos grandes como hombre de derecho, que se ha destacado en la enseñanza universitaria, en el desempeño de funciones judi-

ciales, en reuniones científicas nacionales e internacionales, en la labor doctrinaria, en la tarea de formular proyectos enjundiosos que se han convertido en leyes de suma importancia.

Y, además, que ha demostrado siempre ser un gran valor humano, en el cabal sentido de la expresión.

Dr. Anaya, con verdadera satisfacción, le hago entrega del diploma y la medalla que lo acreditan como miembro de la Academia.



*Discurso de recepción por el académico  
Dr. Lino E. Palacio*

Se me ha discernido la distinción de pronunciar las palabras que sirven de segundo pórtico a este acto mediante el cual se incorpora, como miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, el doctor Jaime Luis Anaya.

El grato cometido se halla ciertamente exento de dificultades, porque cuando se está en presencia de una trayectoria jurídica brillante y de una personalidad de excepcionales valores como las que exhibe el recipiendario huelgan las pormenorizaciones y basta el esbozo de sus múltiples y notorios merecimientos exteriorizados en el desempeño de la magistratura, en la enseñanza superior y en la actividad científica.

En la magistratura su dilatada carrera se inicia en el cargo de fiscal ante el Tribunal de Trabajo de Zárate (1955/7), continúa como integrante del Tribunal del Trabajo n° 2 de Morón primero y de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la misma ciudad después (1957/76) y culmina como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la que se desempeñó durante un fructífero decenio (1976/1986). Fue particularmente en este tribunal donde, tras su prolongada experiencia judicial anterior, enriquecida, además, por su auténtica vocación de jurista, dejó

la huella de una admirable labor registrada en numerosas sentencias que revelan, más allá de una erudición jurídica poco común, la posesión de una óptica valorativa impecable. Por ello sus votos perduran como doctrina judicial y algunos de ellos merecen recordarse a raíz de sus ulteriores proyecciones o por su carácter novedoso.

En el fallo plenario recaído en la causa “Quilpe”, del 31 de marzo de 1977, fue el ilustrado y convincente voto del doctor Anaya el que contribuyó a constituir mayoría para que la Cámara se pronunciara acerca del entonces debatido tema relativo al domicilio de las sociedades comerciales y resolviera que, si bien el contrato social o estatuto puede limitarse a expresar la ciudad o población en que la sociedad tiene su domicilio, sólo cabe la orden de inscripción en el Registro si la dirección precisa (es decir calle y número) de aquél figura en el contrato o estatuto o en instrumento separado que se presente al tiempo de inscribir la sociedad. Tal solución —esencialmente fundada en el raciocinio de que el interés de los terceros encuentra apropiada protección a través de una inscripción registral informativa de la ubicación del domicilio de la sociedad y que para ello no es indispensable que el dato resulte del contrato social o estatuto— se incorporó posteriormente a la ley de sociedades mediante el agregado que a su art. 11, inc. 2º hizo la ley 22.903.

La opinión de Anaya quedó por el contrario en minoría al celebrarse con fecha 24 de julio de 1981 el plenario convocado en la causa “Rodríguez Barro, S. A. s/quiebra” en el que aquél argumentó en el sentido de que cuando se está frente a supuestos de honorarios cuyo pago no afecta al activo concursal sino que se halla a cargo de terceros —como acontece en aquellos juicios en los cuales el concurso resulta vencedor en costas— corresponde regular de inmediato los respectivos emolumentos tanto en favor del síndico cuanto del abogado que lo patrocinó, pues no media motivo valedero alguno para que se les haga soportar el riesgo de las contingencias que pueda padecer el patrimonio del tercero obligado al pago ni el deterioro que pueda sufrir el signo

monetario desde el momento en que se devengaron los honorarios hasta las oportunidades previstas en el art. 288 de la ley 19.551. No obstante, en un nuevo plenario que tuvo lugar siete años después la Cámara reexaminó el anterior y, por mayoría, consagró el criterio propiciado por nuestro recipiendario.

Particular relevancia revistió asimismo el voto del doctor Anaya en la causa "Sánchez, Carlos J. c/Banco de Avellaneda" fallada el 22 de septiembre de 1982, pues se trató de la primera sentencia dictada en el país en relación con la difícil problemática que suscitan los sindicatos de accionistas de sociedades anónimas y en la cual adoptándose un criterio real y moderno de ese tipo de sociedades —alejado de esa concepción "romántica" a que alguna vez aludió Garrigues— y analizándose con extrema minuciosidad y erudición todos los aspectos que el tema encierra se admitió la validez de los pactos de sindicación de acciones en tanto su objeto sea lícito y concuerde con el interés social, que es el común a la totalidad de los accionistas con prescindencia de que sean partes del convenio o terceros a su respecto.

Yo podría por cierto extenderme en el contenido de otras sentencias —como las relativas, por ejemplo, a la responsabilidad de las entidades financieras por concesión de créditos a clientes que se encuentran en cesación de pagos o al régimen de la sociedad anónima en formación— pero como ello excedería obviamente los límites de esta presentación sólo diré que todos esos pronunciamientos proyectan la imagen de un juez hondamente comprometido con el logro de la justicia del caso, nunca apegado por lo tanto a la mera rutina del precedente y dueño además de una prosa fluida y elegante que evoca el estilo de las mejores épocas de la justicia argentina.

La actuación docente del doctor Anaya en el ámbito universitario alcanza ya a los cuarenta años ininterrumpidos como que comienza en plena juventud con motivo de ser designado, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Encargado de Docencia en el Instituto de

Derecho Civil (sección de Derecho Internacional Privado), recorre escrupulosamente todas las categorías académicas y culmina con su nombramiento, previo concurso, como profesor titular ordinario en la cátedra de Derecho Comercial I<sup>o</sup>, cargo que continúa desempeñando. En la Universidad Católica Argentina se inició en 1962 como docente auxiliar de Introducción al Derecho, fue luego profesor titular de Derecho Comercial I<sup>o</sup> y II<sup>o</sup>, y desde 1985 hasta la fecha es profesor titular de "Teoría jurídica de la empresa", en el curso de abogados especializados en asesoramiento de empresas. Y como no podría ser de otra manera, su dilatada y relevante actuación docente determinó que se lo designara en numerosos jurados, en tribunales examinadores de tesis doctorales y en comisiones asesoras de planes de estudios.

La obra escrita del nuevo académico es vasta, aborda diversa temática y se halla documentada en libros, folletos y estudios publicados en diversas revistas especializadas. Entre ellos importa recordar la redacción de capítulos que forman parte del *Código de Comercio y leyes complementarias comentados y concordados* que coordinó en colaboración con el Dr. Humberto A. Podetti, así como el *Código de Comercio comentado* que dirigió el Dr. Juan Carlos Fernández Madrid, y el libro titulado *Sociedades accidentales o en participación*, que fue la tesis presentada para obtener el título de doctor en derecho y ciencias sociales y mereció ser recomendada al "Premio Facultad". Y si bien la producción científica del Dr. Anaya transitó preferentemente por el derecho comercial, y dentro de éste por los temas societarios en los que resplandece su condición de maestro, no fue ajeno a sus inquietudes de estudioso el derecho laboral, según lo acreditan los importantes trabajos que publicó sobre cuestiones atinentes a esa especialidad, a la que por lo demás dedicó diecinueve años en su calidad de magistrado del fuero correspondiente. A esa tarea se acumuló el dictado de múltiples cursos y conferencias y su activa participación en las Comisiones de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y a la ley de sociedades.

Toda esa obra se halla caracterizada no sólo por un firme dominio de la teoría general del derecho sin el cual no puede aspirarse al rango de auténtico jurista, sino por una permanente inquietud orientada al esclarecimiento de realidades de conducta cuya fuerza y movilidad las torna rebeldes a soluciones legislativas estables y resulta por ello incompatible con la adhesión incondicional a concepciones que esas realidades se encargan de poner constantemente en crisis.

Al enunciado de toda esa admirable trayectoria judicial, docente y científica sólo cuadra añadir, para concluir estas palabras, los altos valores humanos del doctor Jaime Luis Anaya, quien une a su modestia, generosidad intelectual y sentido de la amistad que sabe transmitir sin efusiones innecesarias, la adhesión a una sólida base ética que concierne a la autenticidad integral de la personalidad y cuya ausencia suele desvirtuar cualquier otro lauro.

Le doy así, en nombre de esta Academia, la más cordial bienvenida, en la certeza de que, con su probado talento, honrará el sitio en el que sucede a Rodolfo Rivarola y Carlos Juan Zavala Rodríguez.



## EMPRESA Y SOCIEDAD EN EL DERECHO COMERCIAL

La magnanimidad de la presentación que ha efectuado el doctor Lino Palacio, aunque me halaga y compromete mi gratitud, no alcanza a disimular la desproporción entre la modestia de la obra que he cumplido y el honor que me han dispensado los señores académicos al incorporarme a esta prestigiosa Corporación.

Si acceder a un sillón académico bajo determinado patronazgo importa, al decir de Ihering, un índice de representación o de categoría para quienes lo ocupen, me place y me abruma la responsabilidad que importa el sitio número 19 que me ha sido asignado y que lleva el nombre de Rodolfo Rivarola. No sólo por sus dotes intelectuales, por su probo y prudente desempeño de la magistratura judicial, por su aptitud para el gobierno universitario que demostró presidiendo la Universidad Nacional de La Plata y siendo decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, atributos todos ellos que otorgaron singular relieve a su personalidad, sino porque, sin desmerecer su importancia, lo más sugestivo y perdurable de su legado está constituido por la ejemplaridad de su conducta. Discípulo de José Manuel Estrada, a quien tuvo como modelo de ética política, hizo un culto de las virtudes republicanas, a partir del patriotismo, el honor, la integridad y el sentido del deber, valores en cuyo descuido puede en-

contrarse el origen de la decadencia cívica. Basta para ilustrar el temple de Rodolfo Rivarola el recuerdo de algunos gestos y actitudes que lo ponen de relieve. En ocasión de juzgar a un salteador de caminos, como juez del crimen asumió la penosa decisión de sentenciarlo a muerte, no obstante su convicción personal contraria a esta pena, por cuya abolición había bregado y continuó bregando. Y en ocasión de considerarse la reforma del Código Civil, su rectitud lo llevó a rectificar su posición favorable al divorcio, comprendiendo que el Estado se encuentra comprometido en la conservación del matrimonio y de la familia. No quiso saber tampoco de concesiones y de facilismos en su actuación universitaria. Así quedó de manifiesto cuando, dirigiéndose a sus alumnos, les advirtió: "Ustedes me premiarán si no me olvidan, pero no me premian si me aplauden". Y al no concebir la profesión de la cátedra como un mero escenario puesto a su disposición, no trepidó en renunciar a la de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires por la sola discrepancia con la orientación de los estudios. Todo lo cual dibuja la fisonomía de un jurista ilustrado que dio primacía a la autenticidad y por ello tuvo autoridad para decir que vivir la verdad resulta más hondo que tener razón.

Evocar a mi predecesor Carlos Juan Zavala Rodríguez es convocar el recuerdo de un amigo cordial y bondadoso y la vigencia de una maestría que muchos le reconocemos en la universidad y en el foro. Porque una de las facetas más relevantes de su personalidad fue la notable capacidad de convocatoria que atrajo y nucleó en su cátedra a numerosos colaboradores, para quienes siempre tuvo palabras de estímulo y a quienes orientó y motivó para la docencia y la investigación. Recibió la recompensa del respeto y el afecto generalizado y una abundante cosecha de discípulos que mantienen la vigencia de su pensamiento y la difusión de su vasta obra.

En lo personal le debo, ante todo, el privilegio de la amistad que me brindó. Pero también el haber sido men-



tor de mi formación en el derecho comercial, un modelo de constancia en el trabajo que no reconoce márgenes a la fatiga y ejemplo de honestidad intelectual. Creo ilustrativo de esa rectitud, que no claudicaba siquiera ante el afecto, las discrepancias que con mi tesis sobre las sociedades accidentales o en participación puntualizó en el substancioso estudio con que prologó su publicación; o el reconocimiento del propio error, lo que ciertamente no resulta más fácil, tal como lo hizo en su obra *Derecho de la Empresa* a propósito de la calidad de comerciante y de la carga de inscripción registral de las empresas estatales dependientes de D.I.N.I.E., que había negado al pronunciarse como juez de Cámara.

Me ha deparado la vida la oportunidad de transitar senderos que ya conocían la impronta de la personalidad del maestro. Le sucedí en la cátedra de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica y años después en la Universidad de Buenos Aires; integré el tribunal en el que cumpliera fecunda tarea, formando una notable Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial con Isaac Halperin y Alejandro A. Vázquez. Y ahora vengo a sucederle en el sitio de esta Academia. Por ello el tema de esta disertación se inserta en la misma línea de continuidad, porque versa sobre uno de los temas que más interesó a Zavala Rodríguez, la empresa, sobre el que no solamente publicó varios estudios hasta culminar con la obra específica que le dedicó en 1971, sino que lo llevó a organizar en la Pontificia Universidad Católica el curso de post grado sobre Asesoramiento legal de Empresas. Vayan pues estas reflexiones que expondré como un homenaje a la persona y a la obra de mi predecesor.

\* \* \*

Una exposición acerca de las conflictivas relaciones que el derecho establece entre la empresa y la sociedad, requiere algunos previos esclarecimientos sobre el significado que en

ellas asume cada uno de los términos implicados como polos en el eje de una escabrosa problemática.

La noción de empresa resulta proteiforme en la extensa trayectoria que ha cumplido desde los albores del derecho comercial. Con razón ha dicho Jean Paillusseau que no hay nada más desconcertante que hablar de la empresa. Nunca se puede estar seguro cuando se emplea esta palabra de que el interlocutor o el público al que se dirige entienda el término en el sentido que el expositor le quiere dar. Y cada uno tiende a privilegiar el ángulo de su propia observación, en detrimento de otros aspectos variados, complejos e importantes, cuando no de la visión de conjunto.

Concurren a la vaguedad de esta noción el hecho de ser la empresa, por una parte, objeto de concepciones económicas que le asignan una ubicación preferentemente emplazada en la perspectiva macro-económica y puesta en vinculación con los intereses generales; aunque también, por otra, concita la atención de quienes observan su relevancia como realidad humana, como centro de confluencia de diversas categorías de partícipes en la actividad productiva. Amén del espacio que obtuvieron las referidas nociones económicas y sociales en el ámbito jurídico, la percepción unitaria de lo que significa la empresa padece otras dificultades derivadas de la diversidad que asume su fisonomía en las distintas áreas productivas que, siquiera en el estado actual de la evolución del derecho, suscitan caracterizaciones heterogéneas. Se pone ello en evidencia a través del cotejo entre la empresa mercantil, la empresa agraria, la empresa profesional, la empresa artesanal, la empresa familiar, dando por supuesto que respecto de todas estas actividades pueda hacerse una referencia a empresas, lo que dista de resultar obvio.

La presente indagación se circunscribirá al sector de la empresa mercantil; pero aun así delimitada, la pluralidad de especies oriundas de la variedad de actividades que en él se desarrollan, resulta expresiva de lo polifacético del

fenómeno. Cada una de tales especies tiende a generar una particular disciplina empresaria, calificada tanto por la modalidad del ejercicio de la actividad productiva como por exigencias inherentes a su finalidad económica. Con lo que se despliega en torno de las empresas comerciales una normativa variada, dispersa, sumamente móvil, plasmada en términos empíricos, que no ha recibido todavía una elaboración sistemática, ni parece aún madura para recibirla. En estas peculiares y cambiantes disciplinas, ha dicho Nicolino Irti, se produce una revuelta contra las normas uniformes, provocándose la ruptura de la unidad y de la generalidad y, antes bien, originando subdivisiones y grupos menores de bienes y actos. Pero de otro lado, como lo advierte Giron Tena, la empresa plantea problemas de coordinación jurídica que deben resolverse para posibilitar la regulación de objetos de derecho que se superponen a los derechos que singularmente se ejercen sobre cada cosa o bien integrante de una organización. Desde esta óptica, lo nuevo en el derecho de las empresas es la supracordinación que requieren las cosas y conjuntos de cosas con los contratos y conjuntos de contratos y su concatenación no solamente entre sí, sino también en su unión con relaciones jurídicas de carácter personal.

Por último, pero no por menos importante, la complejidad de la materia se acrecienta con las deformaciones resultantes de doctrinas o enseñanzas que, frecuentemente, rondan los derredores de preconceptos ideológicos o de propuestas partidistas. Se conduce de esta suerte el análisis de la empresa a la arena de los enfrentamientos donde será utilizada para justificar banderías o dotar de fundamentos aparentes a soluciones legislativas que dan satisfacción a intereses a veces circunstanciales y no siempre coincidentes con el bien común.

No pueden sorprender estos influjos si se tiene en cuenta que la empresa es la figura dominante, la gran protagonista de la economía o, para decirlo con palabras de Antonio Polo Díez, tiene el carácter de "sujeto funcional

de la economía". Calidad que Tomás D. Casares complementó diciendo que "la empresa se emancipa, va adquiriendo una personalidad independiente con gravitación no sólo económica sino también social, y viene a constituir un factor en función del cual tiene que actuar la economía". Por su parte, en un agudo estudio, Néstor Pedro Sagüés sostuvo que la empresa, existencialmente, "al protagonizar situaciones de mando, obediencia, aceptación y rechazo de múltiples situaciones de poder (fuertes o atenuadas), asume obligadamente la condición de *sujeto político* y de *campo de operaciones* de un sector del quehacer político".

La coincidencia en asignarle atributos que propenden a subjetivarla o lisa y llanamente la tienen como sujeto, refleja el reconocimiento, siquiera implícito, de que en la empresa se encuentra la mayor parte del desenvolvimiento del trabajo asalariado, se genera la principal producción de bienes y servicios, se halla la fuente de los recursos fiscales genuinos y se articula el desenvolvimiento de diversos agentes económicos, según lo observara Fabio Konder Comparato; y es tan profunda su gravitación, continúa el profesor paulista, que los valores del mundo empresarial impregnan amplios sectores de la vida social: la eficiencia, la innovación, la economicidad, el utilitarismo, concitan comportamientos generalizados y aspiraciones homogéneas en una sociedad de masas.

Frente a este complejo y desbordante dato de la realidad, se constata la insuficiencia de figuras, institutos y categorías jurídicas tradicionales para asumirlo y para dar justa composición a los intereses que generan las nuevas formas de las actividades productivas y las exigencias de una economía de masas. A ello se agrega la recepción fragmentaria, vacilante, sectorial e inconclusa de la empresa por el derecho. No obstante, continúa siendo válida para su sistematización la enseñanza que Alberto Asquini publicó a poco de sancionado el Código Civil italiano de 1942, clasificando las penetraciones que en el mundo jurídico había tenido la

empresa. Con el título *Profili dell impresa*, el gran jurista distinguió las cuatro caras que en el derecho exhibe la empresa, manifestándose como un concepto poliédrico. Son ellas, el perfil que la tiene como sujeto de derecho, el que la asume en cuanto organización de los factores productivos, el que le otorga relevancia como actividad del empresario y el que atiende a la comunidad de quienes, como grupo social, colaboran en los procesos productivos.

Estos cuatro perfiles —que en realidad son cuatro distintos conceptos de la empresa, según acertada rectificación efectuada años después por Mario Casanova— interesan todos, aunque en distinta medida, a las relaciones entre la empresa y la sociedad. Pero el alcance de esta exposición se limitará, por razones de tiempo, al encuentro que entre ellas se produce en el plano de los sujetos y en el ámbito de las organizaciones.

Diversos factores incidieron en el surgimiento de las corrientes que concurren a la subjetivación jurídica de la empresa, bien predispuesta a partir de las técnicas de la contabilidad y la personificación de las cuentas que encuentran su reflejo en difundidas tendencias del derecho tributario.

Lugar preponderante en este proceso corresponde al fenómeno del llamado realzamiento de la empresa —entendida aquí como el conjunto de los factores organizados para la producción de bienes o servicios destinados al mercado— que se sobrepone al propio empresario que la organizó y asumió sus riesgos. La posibilidad de disociar la empresa de su titular, permitiendo la perduración de la empresa más allá de todas las vicisitudes que puedan afectar al empresario, se acentúa en la misma medida que se acrecientan la magnitud de la organización, la primacía de tecnologías cada más avanzadas y la racionalización de la producción. Tal disociación contribuye como argumento favorable a la enseñanza de quienes proclaman la quiebra de la tradicional ecuación entre la propiedad y el poder y entre la

dirección y el riesgo de empresa, abriéndose camino la iniciativa y el protagonismo de la tecnoestructura.

No puede descuidarse en el examen de los factores que conducen a la subjetividad de la empresa, la gravitación económica-social, el peso político y el poder considerable que llega a reunirse en torno a ella cuando alcanza cierta importancia o cumple una función relevante en determinado medio. En estos supuestos se constata el acierto de Hauriou cuando caracteriza la institución por la perdurabilidad de la idea de obra a cumplir, la desvincula de las contingencias que afecten a quienes la organizaron y no la deja supeditada a la sola voluntad del empresario. Es indudable que la atribución de personalidad se constituye en soporte y complemento atractivo para justificar la conservación de la empresa en estos supuestos.

La contribución ideológica a esta doctrina fue denunciada por Roberto Goldschmidt en su estudio *Las ideas políticas y la sociedad anónima*, publicado en 1941, donde destacó que una concepción totalitaria de la sociedad anónima pregonaba la defensa de los intereses de la totalidad de los accionistas mediante la tutela de la empresa, propiciando bajo tal cubierta doctrinaria una apertura hacia la preponderancia de intereses publicísticos, justificando la intervención del Estado so color de protección a intereses que son ajenos a los socios y vaciando a la sociedad de su carácter privado. Esta enseñanza fue retomada en 1969 por Ragusa Maggiore para advertir que ese reconocimiento de intereses distintos de los concernientes a los socios desemboca en su atribución a la empresa y concluye identificando la sociedad con la empresa, una entidad abstracta que opera para fines autónomos que pueden ser distintos de los que inspiraron la constitución de la sociedad. Se abre así camino, concluye, a un "instrumento de atropello político" que afecta especialmente a los socios.

La tendencia al subjetivismo jurídico de la empresa ha sido tributaria de las enseñanzas difundidas por un sector de la doctrina germánica ya desde fines del siglo XIX.

Elocuentes al respecto son las afirmaciones de Endemann acerca de que es el negocio el que hace al comerciante — hoy diríamos la empresa hace al empresario— y no a la inversa; y que el empresario —el principal— es nada más que el primer empleado de la empresa (de la casa o negocio, en la terminología de la época). Corolario de esta concepción será la asignación a la empresa de un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio del empresario, afirmándose que la empresa y no el empresario es el sujeto del crédito; y que la empresa tiene sus propios requerimientos, necesidades, propósitos, fines y hasta su propio interés, el interés de la empresa en sí, extremo en el que se desemboca con Rathenau.

El reconocimiento de estos atributos que son predicados inescindibles de la subjetividad, irá acompañado de fundamentos tendientes a demostrar la personalidad jurídica de la empresa o a describirla como un patrimonio de afectación o a encuadrarla en orientaciones subjetivizantes del institucionalismo. En sus formulaciones originales estas doctrinas no concitaron mayores adhesiones, jaqueadas por la crítica hostil que fue prevaleciente desde los embates de Paul Laband acerca de la distorsionada aplicación de la personalidad jurídica, sumados a la acerba refutación de Vivante respecto de la posibilidad de admitir autonomías patrimoniales desvinculadas de los sujetos y a las impugnaciones de Hausmann y Nussbaum contra el reconocimiento de intereses que el institucionalismo germánico atribuía a un ente "místico".

En el rechazo de las tendencias subjetivizantes gravitó su contraste con el concepto de la empresa como organización de los factores productivos que, como tal, es materia de tráfico negocial y objeto de relaciones jurídicas, lo que torna impensable que pueda ser simultáneamente sujeto de ellas. No por obvio, entendió Giron Tena innecesario recordar la imposibilidad de reunir simultáneamente la calidad de sujeto y objeto de derecho. En la empresa existe siempre un sujeto de derecho —el empresario individual o social— al cual es imputable la actividad empresarial. Personas, ac-

tividades, objetos son jurídicamente categorías inconfundibles, con claro deslinde en el supuesto del empresario persona física. Pero la distinción parece perder nitidez frente al empresario social, en particular ante el empresario institucionalizado o de estructura fundacional, en el que la concurrencia de diversos intereses propios de los partícipes en la conformación y realización de la entidad y la aportación patrimonial externa suscitan la aparición —quizá más bien la apariencia— de fines extrovertidos que otorgan visos subjetivos a los elementos objetivos. Mas aquí también, agrega el profesor de la Universidad Complutense, hay que separar toda la normativa referente a la conformación de la voluntad —y por tanto de la actividad— que es imputable a la persona jurídica, de lo que concierne propiamente a su patrimonio.

La objeción precedente se complementa con la imposibilidad de explicar desde una tesis subjetivista la concurrencia de dos sujetos, el empresario y la empresa, a quienes se atribuye la misma posición jurídica, excluyente, respecto del mismo objeto. Las justificaciones inexorablemente se alcanzan en detrimento del empresario. Así Gál-gano lo explica recortando los derechos de iniciativa económica y de dirección de éste, encontrando sólo aceptable que, en razón del margen de riesgo personal que le incumbe, se le reconozca algún provecho a título de salario de dirección. A su vez Despax, desde una concepción más decididamente proclive a reconocer la personalidad de la empresa, advierte acerca del enfrentamiento entre los sujetos con intereses de naturaleza diferente, diciendo: "...el problema, según todos lo advierten, es saber si la empresa así personalizada y provista de órganos no absorberá a la sociedad". Porque es evidente que los intereses de la empresa personalizada no pueden obtenerse sino en detrimento de los otros intereses a cuyas expensas se afirman. La personalidad así atribuida consagrará definitivamente su disociación respecto del empresario, a través de la cual éste se verá eliminado de su propia empresa. Sin necesidad de mayor



examen se evidencia la bien definida orientación acerca del destino que estas doctrinas reservan al empresario. Y se deben asumir, además, las consecuencias políticas que derivan de la expropiación que padecerá el empresario, cuyos corolarios previsibles son la sustitución que se operará en lo concerniente a la conducción de la actividad, tradicionalmente supeditada a su voluntad, así como la mayor integración de los trabajadores en el cuadro de una economía dirigida.

La fuerza de las objeciones levantadas contra la asimilación de la empresa a la persona jurídica, equiparación til-dada por Guyenot de inexacta y engañosa, lograda mediante el reconocimiento de falsos atributos que no le corresponden, condujo a formulaciones atenuadas como la de Paul Durand que adjudicó a la empresa una mera "ascensión hacia la personalidad jurídica"; o la de Michel Despax que le reconoció un estado de sujeto de derecho "naciente".

No tuvieron mayor repercusión tampoco estas vertientes pero, como contrapartida del terreno perdido en el debate doctrinario, la impronta subjetiva ha demostrado su vigencia a través de las penetraciones elípticas que logra mediante las corrientes que postulan el reconocimiento de un interés autónomo de la empresa considerada en sí misma, como también por obra de las que identifican la empresa con la sociedad.

Es inequívoca la proyección subjetiva que alcanza el preconizado interés de la empresa, a partir de la obra de Rathenau, dado que un interés solamente puede predicarse de la relación que media entre un sujeto y un objeto que se tiene como idóneo para la satisfacción de una necesidad de aquél. Abordar la crítica de esta concepción resultaría aquí desmesurado; por lo que, sin más, cabe ingresar en la consideración de la sociedad, segundo término de la ecuación que se intenta desentrañar.

Cada mención que se efectúe de la sociedad puede hacer referencia a concepciones y realidades muy diversas. En la codificación decimonónica, las sociedades ocuparon un

lugar entre los contratos, configuración que no perturbó a los intérpretes hasta el surgimiento de las doctrinas anticontractualistas a fines de este siglo.

Pero la sociedad fue también soporte de la personalidad jurídica o tenida como un sujeto de derecho, lo que con diferentes alcances y distinciones, según se tratase de sociedades de capital o por partes de interés, se reflejó en las legislaciones. Y en la medida en que con relación a ciertos tipos se les impuso la actuación en el cuadro de una disciplina legal imperativa, de creciente reglamentarismo, que se reconoció el principio mayoritario y que se advirtió la existencia y la importancia de un interés social como criterio distintivo de la licitud de las deliberaciones, la sociedad fue institucionalizándose, interpretación difundida y aceptada con frecuencia en cuanto se refiere a la gran sociedad por acciones.

En legislaciones como la alemana, la "summa divisio" se traza entre la sociedad institución y la sociedad contrato, teniendo como principal proyección jurídica la atribución de personalidad a la primera y el sólo reconocimiento de una subjetividad atenuada a la segunda; en tanto otras legislaciones que, como la argentina, se pliegan a la orientación francesa, sientan una disciplina unitaria de la sociedad y su personalidad. En esta concepción, más que en aquélla, se pone de manifiesto la insanable contradicción que se produce entre el carácter unitario de la disciplina de la sociedad en el plano normativo y el pluralismo y heterogeneidad de los fenómenos empresarios a que se aplica. Bajo un mismo ordenamiento quedan comprendidas actividades artesanales, filiales comunes o *holdings* financieros.

Devaluar los principios privatísticos que presiden las relaciones entre los socios así como los negocios sociales puede ser justificado sólo en la macro-sociedad, especialmente si su capital se encuentra ampliamente difundido entre el público.

La concepción de un derecho societario genérico, encarrado como el ordenamiento concerniente a un fenómeno

unitario, sobre una visión atomística de las sociedades consideradas a la manera de agrupaciones de personas físicas, desvinculadas entre sí fuera del exclusivo ámbito de un único contrato social que han celebrado para realizar una singular empresa precisa y determinada, para expresarlo con las palabras que emplea la ley argentina de sociedades para referirse a la delimitación del objeto social, es mezquina y poco realista.

En tal esquema no hay lugar para la regulación de las relaciones intersocietarias inherentes a los grupos empresariales, ni para deslindar adecuadamente las diversas posiciones que en las relaciones infrasocietarias derivan de la heterogeneidad de las participaciones sociales.

Sentados estos esclarecimientos cabe ahora ingresar en las distinciones y conexiones que pueden constatarse entre los términos descriptos.

Si tal como lo enseña Giuseppe Ferri ha de admitirse que la sociedad comercial es la forma del ejercicio colectivo de una empresa, no sería válido, en cambio, sostener que toda empresa es una sociedad. Para ponerlo de manifiesto basta recordar el margen de actuación de que aún dispone el empresario individual; como asimismo la posibilidad de que la empresa pueda preexistir a la sociedad, según ocurre cuando es objeto de aporte por un empresario individual, supuesto que está incluido en la previsión del art. 44 de la ley 19.550. O lo demuestra también la subsistencia de una empresa después de extinguirse la sociedad que la organizó, tal como podría ocurrir en la liquidación o la quiebra de ésta.

En el vigente derecho argentino, la sociedad comercial se constituye para el cumplimiento de una actividad, vale decir para el ejercicio de una empresa. A partir del concepto legal que vincula el destino de los aportes de los socios a la producción o el intercambio de bienes o servicios, toda su disciplina imperativa sobre la integración y aplicación de las prestaciones de los socios, el patrimonio social, la documentación y contabilidad, los ejercicios, la

distribución de utilidades, la administración y representación, la publicidad, es demostrativa de la inadecuación de la operación aislada o del negocio singular, como objeto de la sociedad comercial. Antes bien, parece claro que en la normativa legal tal objeto está referido a una serie indeterminada y compleja de actos, es decir se encuentra concebido como una actividad empresaria, según quedara demostrado en las enseñanzas de Ferri, Gasperoni y Franceschelli. A salvo, por cierto, el anómalo supuesto de la sociedad accidental o en participación, de cuestionable inclusión entre los tipos comerciales en el derecho argentino.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el posible objeto de una sociedad comercial no queda circunscripto a la empresa que es considerada mercantil como acto de comercio, según las especies que menciona el art. 8º, inc. 5º del Código Mercantil, ni tampoco está condicionado por la naturaleza comercial de las operaciones que mencione su contrato o estatuto.

De las dos características precedentes se sigue que, mientras la sociedad comercial no puede tener por objeto un negocio ocasional, esta limitación es ajena a la sociedad civil ya que en su caracterización el art. 1648 del Código Civil no incluye el cumplimiento de una empresa. Y resulta, asimismo, que mientras la sociedad comercial puede tener por objeto una empresa civil para cuyo cumplimiento se haya adoptado uno de los tipos de la ley 19.550, una sociedad civil no podría tener por objeto una empresa comercial, aunque cabe lamentar que el texto legal no lo haya dispuesto así expresamente tal como lo hace el art. 2249 del Código Civil italiano, o, más recientemente, lo disponen el art. 297 de la ley general de sociedades del Perú, conforme al texto reformado en 1985, el art. 1013 del Código Civil del Paraguay vigente desde 1987 y el art. 1º, inc. 3º del Código de Sociedades Comerciales de Portugal de 1986.

Cabe destacar además que si se tiene como nota esencial de la sociedad comercial el cumplimiento de una empresa, quedan privadas de legitimidad las sociedades comer-

ciales de puro goce o que se constituyeron sin el propósito de realizar actividad alguna, tal como ocurre en los casos de las denominadas sociedades de "etiqueta", de "fachada" o de "cómodo"; o importaría causal de disolución para la sociedad que deja de cumplir una actividad productiva, vale decir cuando cesa en el ejercicio de una empresa.

En tanto organización de los factores productivos, la empresa padece los equívocos de la extrapolación que la superpone o confunde con la organización societaria. La sociedad regular es, conforme al concepto expresado por el art. 1º de la ley 19.550, la forma organizada que adopta una pluralidad de personas conforme a uno de los tipos legislados. En la perspectiva conceptual parece entonces claro que ambas organizaciones, la social y la de empresa, se mueven en distintos planos; la primera corresponde al grupo social unificado, la segunda a la actividad productiva. No puede dejar de advertirse, sin embargo, que si bien la forma organizada del ente colectivo disciplina las relaciones intrasocietarias y las reglas bajo las cuales se exterioriza y vincula con terceros, para el cumplimiento de su actividad productiva el empresario social operará mediante una organización de empresa que se conectará con la societaria, en distinta medida, según el tipo. Ello es origen de confusiones que reconocen cuatro causas: 1º) la confluencia y hasta la superposición de las organizaciones, no obstante los distintos ámbitos a que se aplican; 2º) la desarmonía entre el carácter unitario de la disciplina societaria y la diversidad de los fenómenos económicos sujetos a su normativa; 3º) el influjo ideológico que tiende a sustituir el interés de la sociedad por el interés de la empresa; 4º) los límites imprecisos entre la actividad de la sociedad y la actividad de la empresa social.

En un sutil estudio Joaquín Garrigues explicó que la sociedad colectiva había sido la respuesta adecuada que en la Edad Media el derecho dio a la economía de la época mediante un tipo que se ajustaba a la empresa como comunidad familiar. Y la confianza mutua y la comunidad de trabajo siguen siendo las dos notas que han subsistido en la

sociedad colectiva moderna, para la que lo esencial es el aporte del esfuerzo personal. Consecuencia de ello es la proximidad entre la sociedad y la empresa que se manifiesta en este tipo. Bajo su clásico auto-organicismo la distinción entre la iniciativa y la participación de los socios en la administración social y en la gestión empresaria carece de fronteras definidas, ocurriendo otro tanto con el deslinde entre la organización social y la de empresa.

En las antípodas sitúa Garrigues a las sociedades de capital, la anónima por excelencia, en la que el socio se limita a efectuar su aporte de capital y, en cuanto tal, sólo le compete una relativa injerencia en la organización social a través de un organicismo diferenciado y ninguna en la gestión empresaria. De ahí la observación de Tantini, para quien la sociedad por partes de interés es una supervivencia de las formas de colaboración entre empresarios, mientras la sociedad de capital es mero instrumento para la producción en masa, dato en el que encuentra el título justificativo del principio mayoritario que sacrifica la voluntad minoritaria a la funcionalidad de la empresa.

No obstante la convincente argumentación, los equívocos campean a este respecto a partir de las enseñanzas de la doctrina que condujeron a la sinonimia entre sociedad y empresa. Elocuente, en esta tendencia, es la conocida explicación de Mossa: "La sociedad no es sino una organización formal de la empresa. Por una parte es su forma jurídica, porque la empresa, en las sociedades comerciales, se encapsula en las formas singulares por ellas determinadas. Por otra parte, la sociedad es aglomerado y complejo de personas, órganos, modos jurídicos en los cuales se articula la gran empresa para su funcionamiento, para su responsabilidad. En verdad puede concebirse, sin esfuerzo, la empresa a tal punto fusionada y confundida con la sociedad, como para no hacer distinción". Es ésta una concepción que logrará importantes adeptos en la doctrina francesa, siendo oportuno recordar, por la difusión que alcanzó su obra, la enseñanza que a este respecto expuso Paillusseau. Tras destacar que

la noción jurídica de empresa recubre entidades extremadamente dispares en las que resulta difícil encontrar lo que tienen de común, el profesor de Rennes admite que empresa y sociedad son distintas; pero tiene a la empresa como un concepto más rico, más amplio, más universal que el de sociedad a la que prácticamente subsume en aquélla o la sitúa bajo su dependencia, sosteniendo que la sociedad —más concretamente alude a la anónima— debe ser comprendida por su relación con aquélla. En la formulación abreviada que da título a su libro, la sociedad anónima es la técnica de la organización de la empresa. De suerte que la sociedad hace de la empresa, es decir de una organización económica de producción, transformación o distribución de bienes o servicios, un organismo jurídico; lo que se explica porque es una técnica que permite la acumulación del potencial económico necesario a la empresa, a lo que suma su aptitud como técnica para gobernar a ésta, para concentrar empresas dotándolas de estructura jurídica, para organizar los derechos de las personas que aportaron o prestaron capitales a la empresa y, con el concurso del derecho del trabajo, para la organización de los servicios en los niveles inferiores.

Para fundar la sinonimia o en todo caso la posición instrumental, meramente logística de la sociedad —más estrictamente de la anónima— respecto de la empresa, esta corriente doctrinaria ha debido sustentar proposiciones argumentales hartamente cuestionables, tal como la expuesta por Paillusseau cuando afirma que la función de la sociedad es la que por excelencia corresponde a la empresa, a saber la producción de bienes y su transformación y distribución; enseñanza que se complementa con la de Contín que tiene por finalidad social la realización de la empresa y por fin esencial de ésta la vida y el crecimiento del propio organismo económico.

Esta confusión entre el derecho de las sociedades y el derecho de la empresa contra la que ya advertía Ripert en *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, efectúa con todo desenfado transposiciones de planos y, como bien lo

denunciara Franceschelli, no trepida en poner a cargo del empresario funciones que son ajenas a su quehacer. Con esta suerte de artilugios se pretende sustentar que jurídicamente incumbe a la sociedad la ya aludida función logística de la empresa, asignándose a ésta una variada serie de finalidades, intereses y obligaciones, sofistería que condicionará la iniciativa del empresario social y será invocada como fuente de su responsabilidad por incumplimiento de las artificiales incumbencias.

Otro aspecto clave del difundido equívoco entre la anónima y la empresa proviene de la inadvertencia de que el accionista, en cuanto tal, es ajeno a la organización de la empresa y a su actividad. En la estructura societaria la organización de la empresa está encabezada por el directorio, órgano bifronte —desvinculado en la legislación moderna de la calidad de accionista— al que concierne tanto la administración social como la dirección y gestión empresarial. Las decisiones de la asamblea son marginales en lo relativo a esa gestión y siempre externas a ella pese a que pueden tener una gran influencia sobre el destino de la empresa como v.gr. cuando versan sobre el cambio de objeto. Y aun cuando les incumbe designar o revocar directorios, esas resoluciones asamblearias sólo guardan una relación mediata e indirecta con la empresa.

Cierto es que la situación presenta un matiz específico cuando un accionista o un grupo de ellos actuando concertadamente disponen del número de votos suficientes para formar las mayorías en las asambleas. Pero en tal caso el poder de que disponen sobre la empresa y su organización a través de directorios dependientes de su arbitrio no proviene del mero título de accionistas sino de una posición de control; lo que se pone en evidencia con solamente recordar que ese poder puede tenerse con prescindencia de la calidad de accionista, en razón de una influencia dominante.

Precisamente por encontrarse al margen de la empresa se justifica que el accionista permanezca exento de los ries-



gos empresarios, en cuanto pueda exceder de su aporte societario, y que esté libre de las responsabilidades de la gestión. Y también en razón de ello, sostuvo Guido Rossi que la tutela del accionista debe operar en el ámbito de los derechos societarios, pero sin otorgársele injerencia sobre la gestión de la empresa ya que la satisfacción de sus intereses no transita por su participación en la empresa y no son necesariamente coincidentes con los requerimientos de la producción de la empresa.

La espuria simbiosis que suele efectuarse entre la organización de la empresa y la que es propia de la sociedad ha encontrado reflejo aun en los textos legales. Elocuente demostración de lo dicho es la confusión en que incurre la ley 18.832. En su propósito de mantener el funcionamiento o la explotación de ciertas empresas productivas, la regla legal expresa que el Poder Ejecutivo nacional, por razones de interés público y con el fin de asegurar la paz social, puede disponer "la continuación del funcionamiento de *determinadas sociedades* que fueren declaradas en quiebra". Es decir que al perseguir la continuación de ciertos procesos productivos, el legislador en vez de referirse a la empresa dispone que continúe funcionando la sociedad.

No cabe desconocer, en este orden de cosas, que también esta confusión se ha cultivado a veces "ex profeso". Empresarios sociales encontraron en ella un recurso muy adecuado a sus intereses, para soslayar los quebrantos y los riesgos mediante contribuciones del erario público o a expensas de los acreedores, so color de una política de conservación de la empresa. Hace más de diez años lo denunciaron en Italia los documentos programáticos del partido comunista y del partido socialista. Reclamaba el primero en 1977, el abandono de las políticas asistenciales del empresariado, al que incumbe la consecución de una gestión sana y activa de la empresa, debiendo ser superada una "situación en la cual la colectividad paga a la empresa frecuentemente sólo para hacerla existir, sin que ella necesariamente produzca más riqueza de la que absorbe". El par-

tido socialista denunciaba, a su vez, en 1978, el sistema del subsidio en el cual "las empresas son sostenidas . . . en gran parte por la asistencia financiera del Estado y de los recursos de la economía sumergida".

Otro fenómeno de gran importancia que se plantea en el plano de las organizaciones es el que corresponde al creciente movimiento de concentración de sociedades y de empresas. La primera, exponente vigoroso del quebranto de la concepción societaria atomista, opera mediante las relaciones jurídicas que alteran, modifican o inciden en la estructura de las sociedades o, en el caso extremo, conducen a la creación de una nueva. La concentración de empresas es un fenómeno económico que puede alcanzarse a través de la concentración societaria, aunque también por otros medios, como recíprocamente podría ocurrir que la concentración societaria no tuviese por fin la concentración de empresas.

Dejando de lado las repercusiones que las distintas manifestaciones de la concentración societaria pueden producir en la propia organización social —que en un extremo puede ser absoluta, según ocurre en la fusión, en tanto en otro puede lindar con la irrelevancia como en las inversiones o participaciones financieras transitorias— conviene examinar su reflejo en la organización de las empresas correspondientes a las sociedades agrupadas. Es éste, según se verá seguidamente, un problema que tendrá distintas respuestas según la concepción que se acepte acerca de los elementos que configuran la unidad de una organización de empresas.

Dos son las doctrinas, una económica y otra jurídica, que postulan con diversidad de caracteres la constatación de tal unidad. La primera, a partir de la noción económica de la empresa como unidad de producción, relativiza la influencia de la personalidad y de la autonomía jurídica formal del empresario social, ateniéndose prevalecientemente a las relaciones entre sujetos y organizaciones o entre éstas, para esclarecer si, como dato de la realidad, constituyen un

solo organismo económico. A tal fin se examina la concurrencia de ciertos factores; y así, al hecho de la organización global del trabajo y a la reunión de medios económicamente afectados a una actividad productiva, autores como Champaud añaden la importancia que debe atribuirse a la unidad, complementariedad o conexidad del objeto de la producción. Pero muy relevante será, sobre todo, la existencia de un centro de determinaciones para administrar y gestionar con autonomía, bajo unidad de decisión, los procesos productivos, cuestión que debe ser indagada en el plano económico, sin sujeción a la apariencia jurídica.

Esta unidad económica a la que se reconduce una pluralidad de organizaciones introduce un nuevo modelo de estructura, el conjunto o grupo económico, presidido, coordinado, gestionado y aun financiado desde un centro de cálculo y gobierno autónomo. Pero frente a tal unidad las singulares organizaciones que la integran conservan formalmente su individualidad y personalidad jurídica. Se plantea así una problemática operante sobre dos divergentes planos de esta estructura: a) por una parte el concerniente a la empresa unitaria del grupo; b) por otra, el relativo a cada sociedad que integrándolo, mantiene su autonomía patrimonial.

Para la concepción jurídica, en cambio, la unidad de empresa es consecuencia inescindible de la unidad patrimonial del empresario, sea éste persona física o jurídica. No importa cuán diversas sean las organizaciones aplicadas a la producción de distintos bienes o servicios de un empresario, ni el grado de descentralización y de autonomía de administración y gestión de que estén dotadas. En cada sujeto no puede reconocerse más que una sola empresa.

En la tradicional concepción del patrimonio como unidad y como prenda común de los acreedores, la cuestión no parece suscitar demasiados problemas, a salvo las controvertidas implicancias que puede plantear la disociación de empresas de la misma sociedad en el régimen de la plura-

lidad internacional de la quiebra, recibido en nuestro derecho vigente por el art. 4º de la ley 19.551.

Ello no obstante, tratándose del empresario social, la unidad de empresa aceptada bajo el principio jurídico no puede conducir al desconocimiento del complejo panorama abierto por los grupos de sociedades y su innegable repercusión en las empresas implicadas. Frente a sus manifestaciones, el derecho se desenvuelve con vacilación, a través de reglas oscilantes y de interpretaciones prevalecientemente pragmáticas, en ocasiones contradictorias. Los enfoques son visiblemente diferenciados en el derecho tributario, en el derecho del trabajo y en el derecho comercial. Mas aun circunscripta al campo mercantil, la valoración crítica de las soluciones postuladas para estas estructuras admite distinciones, diferenciándose según se encuentren destinadas a regir en materia de quiebras, se apliquen a las prácticas anticoncurrenciales o tengan por fin imputar responsabilidades por ilícitos.

La trama de las relaciones que se produce en el encuentro de la unidad del grupo económico de empresas bajo cubierta de la pluralidad de sociedades operantes o de las que se manifiestan en cada sujeto societario confrontado a la pluralidad del grupo que integra, requiere en cualquier caso la fijación de soluciones inequívocas que establezcan: 1º) los límites en que se puede consentir la licitud de la acción unitaria y el predominio de los intereses de un grupo económico en detrimento de la autonomía de cada sociedad que lo integre; 2º) las consecuencias que derivan de la violación de esos límites; 3º) las garantías y compensaciones que se deben a quienes resulten lesionados por aplicación de una política de grupo.

Una vía que permite alcanzar soluciones satisfactorias para una vasta gama de situaciones de responsabilidad en el derecho comercial, prescinde de la asimilación del grupo a la empresa porque, según afirma Champaud, no sólo es errónea sino también inútil para los problemas que suscita la conjunción del control y la autonomía patrimonial de

sociedades agrupadas. Lo esencial, en esta interpretación, es que las sociedades controlantes queden obligadas por las deudas de las sociedades controladas y recíprocamente. Esta orientación se entiende adecuada siempre que la obligación no sea resultante mecánica de una pura situación objetiva de control sino que sea generada por haber sido instrumento de lesión a los intereses sociales o medio para frustrar derechos de terceros. Con este alcance se enrola la solución legislativa incorporada en el derecho argentino por las reformas de 1983 a la ley de sociedades comerciales, art. 54 y a la ley de concursos, art. 165, siendo que todavía en ésta se excluye expresamente la relevancia de la sola configuración de grupos económicos a los efectos de la quiebra, según lo dispuesto por el art. 165-II.

Las repercusiones conflictivas que provienen de la actuación de grupos o conjuntos, van encontrando una superación satisfactoria para los intereses que comprometen mediante la implantación de ciertas reglas eficientes como factores compensatorios para las situaciones a que da lugar el ejercicio del control. Son gravitantes al respecto las relativas a las informaciones que deben suministrarse acerca del grupo —como mínimo las del balance consolidado— y con relación a las operaciones entre controlantes y controladas; como también las concernientes a las garantías que deben otorgarse y a las responsabilidades que tienen su fuente en el poder de decisión que otorga el control. Las limitaciones de la concepción atomista encuentran así los convenientes correctivos a su formalismo estrecho.

Con lo dicho se llega al término de este sumario e incompleto panorama, en el que las limitaciones de tiempo no permiten incluir el examen de otras arduas cuestiones. Tales, por ejemplo, las concernientes a la fiscalización estatal de actividades especialmente reglamentadas, que suele superponerse a la que se ejerce sobre la organización societaria o las relativas a la controvertida participación de los trabajadores en la empresa, capítulo central de la llamada “reforma de la empresa” que la Constitución Nacional in-

corporó en el art. 14 bis, participación que en el derecho comparado se soluciona reservando a los representantes de los dependientes lugares en los órganos vinculados con la administración societaria, más precisamente en los consejos de vigilancia a partir del modelo legislativo alemán, en vez de ubicarlos en el seno de la organización de la empresa.

Es, en definitiva, una temática abierta a la polémica, en la que sus contornos fluidos y la permanente revisión de sus contenidos, no permiten sentar conclusiones muy precisas. Quedan de manifiesto, de todas maneras, las dificultades de una tarea que por su importancia no debe dejarse de cumplir. Porque así como la economía artesanal de la Edad Media encontró en la sociedad colectiva la respuesta jurídica a la comunidad de trabajo que constituía su empresa "ad unum panem et vinum", en la economía actual que se desarrolla en un cuadro de dependencia enormemente vasto y complicado, para decirlo con palabras de la encíclica "Laborem exercens", y en la que el empresario tradicional, el "empresario directo" como le llama el mismo documento pontificio, se encuentra afectado en su actuación por el "empresario indirecto", el derecho está compelido a dar las respuestas que se esperan de su creatividad. Al encarar el incitante desafío se tendrá en cuenta que si, según la metáfora de Claudel, "le commerce tient un balance aussi, comme la justice", la armoniosa conjunción de sus respectivos fieles, es la meta que está confiada a los que cultivamos el derecho.

LOS EFECTOS DE LAS INFORMACIONES  
INEXACTAS O AGRAVIANTES EN LA  
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge  
Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública  
del 8 de junio de 1989*





La preocupación de los medios de comunicación social por difundir las noticias anticipándose a otros órganos de divulgación, y la avidez del público por ser informado inmediatamente de los sucesos de interés general, son, sin duda, la causa de que se lancen a la circulación noticias carentes de suficiente base de sustentación en la realidad de los hechos. El clima de intranquilidad e incertidumbre que esas prácticas periodísticas crean, es la fuente de versiones de la más diversa índole, las cuales pueden confirmarse o ser desmentidas, pero que hasta que ello ocurre dan motivo a inquietudes personales cuando no a hondas perturbaciones sociales.

La información inexacta es aquella que no concuerda con la verdad por ser falsa o errónea. La información es falsa cuando ella es engañosa, fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta de la realidad. La información es errónea cuando ella es el resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad. En uno u otro caso la información no es verdadera, pero cuando ella se da falsamente consiste en un acto consciente y deliberado con el fin de engañar. El informador obra con dolo o de mala fe. Cuando la información se da por error consiste en un acto no consciente que no se quiere, no se siente, ni se piensa. El informador obra de buena fe.

Si la información no verdadera es transmitida con falsedad, el autor es responsable civil y penalmente según la naturaleza del bien jurídico afectado. Si la información no verdadera es transmitida por error, el autor no sería respon-

sable civilmente del perjuicio causado si el error fuese excusable, esto es si hubiese empleado los debidos cuidados, atención y diligencia para evitarlo. En cambio sería responsable si hubiese faltado al deber de veracidad que consiste en el obrar cauteloso y prudente en recibir y transmitir la información.

La información es agravante, independientemente de ser inexacta o no, cuando afecta la dignidad de las personas hiriendo la propia estima que cada uno tiene de sí mismo o cuando ataca la reputación, honor, fama o decoro de que se goza ante los demás.

Tanto la información inexacta desde una apreciación objetiva, como la información agravante desde una valoración subjetiva, producen efectos civiles además de las consecuencias penales, si ellas tipifican delitos que la ley reprime.

Desde el punto de vista de los efectos civiles la cuestión debe ser considerada en relación con la responsabilidad por daños que tales informaciones pudieran causar, y también en relación con el ataque que ellos comporten al derecho de la personalidad consistente en la preservación de la honra y la reputación de cada uno.

La responsabilidad civil en tal caso está sujeta al régimen de la ley común que impone el deber de indemnizar el daño ocasionado. Otra consecuencia civil es la que puede tener origen en el derecho de rectificación o respuesta que debe ser motivo de una legislación especial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en fecha reciente sobre ambos temas, o sea sobre la responsabilidad civil del órgano de información y sobre el derecho de réplica previsto en el art 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS

La Corte Suprema de Justicia dictó sentencia el 15 de mayo de 1986 en el caso "Campillay Julio C. c/La Razón y otros" ("L. L." 1986-C-406) admitiendo el recurso extraordinario deducido por los demandados y confirmando la sentencia apelada que condenó a estos últimos a abonar un resarcimiento en concepto de daño moral, por la responsabilidad derivada de la publicación de una noticia que involucraba al actor en la perpetración de diversos delitos, de los que fue sobreseído definitivamente en sede penal.

La cuestión central que dio origen al proceso estaba referida a los alcances de la libertad de expresión que la Constitución Nacional reconoce y garantiza como un derecho individual, al enumerar en el art. 14 el derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa, y el art. 32 que dispone que el Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal. Esta referencia literal de la Constitución comprende, en el Estado moderno, la libertad de expresión en un amplio sentido que abarca, por lo tanto, la libertad de dar y recibir información tal como ha sido expresamente señalado en el art. 13, inciso 1º, del Pacto de San José de Costa Rica ratificado por la ley 23.054, donde al contemplarse el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, declara como comprensiva de aquella "la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística por cualquier otro procedimiento de su elección".

El fallo de la Corte a que me refiero señala con toda precisión cuál es el alcance y cuáles son los límites del derecho de información. Expresa el Alto Tribunal que ese derecho no es absoluto en cuanto a la responsabilidad que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de de-

litos penales o actos ilícitos civiles. Como lo había declarado con anterioridad el mismo Tribunal, la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran la integridad moral y el honor de las personas (art. 14 y 33 de la Constitución Nacional).

El pronunciamiento se ha limitado a establecer que el derecho de informar no es absoluto y está sujeto al régimen común de las responsabilidades que organiza la ley, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Por ello el Tribunal considera procedente la reparación de los daños causados injustificadamente por violación del principio legal del "alterum non laedere" (art. 1109 del Código Civil) o bien por el ejercicio abusivo del derecho de informar (art. 1071 del Código Civil) como se considera que ocurrió en el caso.

Es que si la información no verdadera es transmitida con falsedad, el autor es responsable civil y penalmente, según la naturaleza del bien jurídico afectado por el dolo que le impulsó a realizar el acto. Se configura así el delito civil a que se refiere el art. 1072 del Código Civil, cuando dice que: "el acto ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otros, se llama en este Código 'delito'".

Si la información no verdadera es transmitida por error, el autor no será responsable por el perjuicio causado si no hubiese mediado culpa y, en cambio, deberá responder si hubiese faltado al deber de veracidad que impone una conducta prudente y diligente en recibir y transmitir la información. En relación con el caso que comentamos, la Corte expresa que el proceder de los demandados implicó un ejercicio imprudente de su derecho de informar, toda vez que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que pueden rozar la reputación

de las personas, admitida aun la imposibilidad práctica de verificar su exactitud, imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito.

En sus votos en disidencia los Dres. Caballero y Fayt, que se pronunciaron por la revocatoria de la sentencia y el rechazo de la demanda, sostienen que la reproducción literal efectuada por los demandados de un comunicado policial, sin introducir modificaciones ni añadir calificativos, constituye el ejercicio del derecho de crónica, circunstancia que exime de ilicitud a la información y excluye la posibilidad de configurarse un abuso del derecho, por no existir dolo, culpa o negligencia, precisamente porque la fuente de la noticia —autoridad policial con competencia funcional en la prevención y represión de delitos y faltas— convierte en objetivamente confiables la veracidad y exactitud del contenido de la noticia objeto del derecho de crónica, todo ello sin dejar de señalar la responsabilidad del Estado por la falsedad de la noticia proporcionada en los medios de prensa.

Frente a esta apreciación de la minoría del Tribunal en el sentido de considerar que no existe ilicitud en el hecho de reproducir una información oficial con absoluta objetividad, parece excesivamente rigurosa y sutil la exigencia de publicar la información, además con recaudos que pongan a cubierto el honor de las personas aludidas, usando un tiempo de verbo potencial y reservando la identidad de ellas, como lo sostiene el voto mayoritario, extremando así los deberes de prudencia y diligencia para excusar la responsabilidad del órgano periodístico.

El deber de aplicar la mayor diligencia y prudencia en la obtención de la información y en el modo de divulgarla atañe a la obligación de medios de ser veraz, que es la calidad propia de quien usa o practica la verdad. El derecho de informar está condicionado al ejercicio razonablemente cuidadoso y diligente de esta actividad, el cual no

comporta la garantía de que la información sea cierta, ni impone restricción alguna a la libertad de expresión que halla su límite natural en el derecho que cada uno tiene a recibir una información veraz o creíble aunque pueda ser intrínsecamente falsa.

El fallo considera procedente la indemnización del daño moral reclamado en la demanda e indirectamente se pronuncia en contra de una eventual publicación de la sentencia como reparación. Aunque el accionante no ha sustentado su pretensión en el derecho de réplica, la Corte anticipa más adelante en el mismo fallo que las normas del derecho vigente en la legislación de fondo, no han reconocido el derecho de réplica o derecho de rectificación o respuesta existente en otras legislaciones, y que aquellas normas tan sólo han admitido para casos excepcionales la publicación de la sentencia (art. 114 del Código Penal y art. 1071 bis del Código Civil), delito contra el honor y violación de la intimidad, respectivamente.

La cuestión resuelta en el caso "Campillay" no ha consistido en una confrontación de valores constitucionales contrapuestos, es decir la libertad individual de expresión, por un lado, y el derecho personal a la honra, por el otro. El Dr. Caballero en su voto en disidencia da por supuesto el conflicto, cuando expresa que los jueces deben decidir prefiriendo los valores que tienen mayor jerarquía con miras a asegurar los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución. Es que si hubiere existido ese conflicto el fallo habría incursionado en el delicado tema del orden jerárquico de los valores jurídicos de raigambre constitucional, cosa que no ha hecho, como en cambio sucedió en el fallo dictado por la Corte Suprema el 18 de abril pasado en el caso "Portillo, Alfredo s/infracción al art. 44 de la ley 17.531".

No es del caso analizar en toda su extensión este último fallo porque no es el tema que nos ocupa, pero sí es oportuno señalar que en el conflicto allí presentado entre el derecho individual a la libertad de conciencia (art. 14 de

la Constitución Nacional) que dio lugar a la objeción de un ciudadano para no cumplir la ley 17.531 de servicio militar obligatorio, por un lado, y el deber de orden público de armarse en defensa de la Patria y de la Constitución (art. 21) por el otro, la mayoría del Tribunal ha declarado que la primera misión de los jueces es superar la alternativa mediante la concertación de sus términos, procurando armonizarla dentro de las disposiciones de todas las demás cláusulas, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental.

En virtud de ello la Corte reconoce como principio en ese fallo, el derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción pueda ser cumplido sin el empleo de armas, con fundamento en la libertad de culto y de conciencia, haciéndolo con otras modalidades que excluyan el deber de usar las armas, como ser el cumplimiento de tareas auxiliares o complementarias del servicio militar. En su voto en disidencia, el Dr. Caballero se pronunció por la confirmatoria de la sentencia apelada, que condenó al acusado a cumplir un año de servicios continuados en las fuerzas armadas, además del tiempo que le corresponda por no haberse presentado en la convocatoria efectuada en su momento; sin mencionarse en ese fallo las modalidades que excluyan el empleo de las armas como lo resolvió la mayoría de la Corte. Sostiene el Dr. Caballero que el art. 19 de la Ley Fundamental, según la doctrina de la Corte, se refiere a aquellas acciones privadas de los hombres que arraigan y permanecen en el interior de la conciencia sin concretarse en actos exteriores.

Agrega que existen otras cláusulas fundamentales que establecen obligaciones de orden público que hacen a la estructura básica del Estado y exigen en ciertas circunstancias que se aseguren valores más importantes, lo que no puede lograrse sino a costa de sacrificios y limitaciones a derechos o intereses individuales.

El Dr. Belluscio, que votó también por la confirmación de la sentencia en igual sentido que el Dr. Caba-

llero, hizo suyas las consideraciones del dictamen del Sr. Procurador General de la Nación que expresa entre otros argumentos que la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la Nación.

La decisión de la mayoría en el caso "Portillo" revela un esfuerzo por conciliar o armonizar dos principios fundamentales para la estructuración política de la Nación, sobre la base del respeto a las libertades individuales y de la preservación del interés superior de asegurar la defensa de la Patria y la Constitución. El fallo ha conferido a la libertad de conciencia como derecho personal, una proyección que avanza sobre el deber de orden público que concierne a la defensa misma de la Nación y de sus instituciones.

Conciliar aquellos principios esenciales del régimen republicano, no exige necesariamente debilitar o aniquilar uno de ellos en beneficio de otro, sino hallar el justo equilibrio que comporta la subordinación del de menor valor al de mayor jerarquía, lográndose así la consolidación armoniosa de aquel sistema sin menoscabo de ninguno de sus preceptos fundamentales.

La cuestión sobre el ordenamiento de los valores constitucionales en función de la mayor jerarquía de unos sobre otros, se desplaza así inevitablemente en el fallo que comentamos, hacia una estimativa valoración de los principios esenciales en conflicto, tema éste que escapa a los propósitos de esta disertación en la que nos proponemos analizar la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre los efectos civiles de cierta clase de informaciones.

Volviendo al caso "Campillay" nos parece oportuno señalar que no ha sido éste el problema que la Corte debió resolver allí, pues la garantía constitucional de la libre expresión de las ideas y el derecho de igual rango al honor y la reputación, no estaban en pugna, sino que bastaba esta-



blecer la adecuación funcional de aquel derecho mediante su ejercicio regular para evitar el avasallamiento de este último, imponiendo en la condena el deber de reparar el daño moral causado injustamente al divulgarse una noticia presuntamente infamante con menoscabo de la honra de quien resultaba involucrado en la información.

## EL DERECHO DE RECTIFICACION O RESPUESTA

Este derecho, más conocido en nuestro medio como derecho de réplica, ha sido reconocido en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por el Congreso de la Nación el 1º de marzo de 1984 por ley 23.054.

El artículo 13 del Pacto reconoce la libertad de pensamiento y de expresión que comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento. Esta cláusula del Pacto es perfectamente concordante con las normas expresas de la Constitución Nacional acerca de la libertad de prensa, que es la única manifestación de la libertad de expresión que aparece consignada en su texto<sup>1</sup>.

El art. 14 de la Constitución Nacional enumera entre los derechos individuales el de publicar ideas por la prensa sin censura previa, y el art. 32 dispone que el Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal. Siguiendo a Joaquín V. González<sup>2</sup> puede afirmarse que la "palabra prensa comprende todas las formas de exteriorizar y poner en conocimiento del público ideas, opiniones, consejos y hechos, ya se presenten en libros, periódicos, hojas sueltas,

<sup>1</sup> GERMAN BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, t. II, p. 305.

<sup>2</sup> JOAQUIN V. GONZALEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 1959, p. 167.

etc.” y hoy podríamos agregar, por cualquiera de los medios audiovisuales por los que la tecnología moderna divulga entre el público las más diversas informaciones.

El derecho a la información explicitado en el Pacto, se hallaba ya integrado dentro del sistema de garantías individuales que asegura la Constitución Nacional en su parte dogmática. El tema de la libertad de expresión o derecho a la información, no es, al igual que los demás derechos individuales, un derecho absoluto y no resulta fácil determinar cuál es su límite frente al respeto que merecen la honra personal y el derecho del hombre a formar un pensamiento propio y actualizado sobre lo que ocurre en la sociedad en que vive.

El llamado derecho de réplica comporta un límite al derecho de información que se reconoce a los órganos o medios de comunicación masiva, como lo establece el mismo Pacto al estatuir en el art. 13 que: “el ejercicio de ese derecho no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o a la protección de la seguridad nacional, al orden público o la salud o la moral pública”. En lo que concierne al respeto a los derechos o a la reputación de los demás, su violación por parte de los órganos de información comporta las responsabilidades legales por los daños causados según el derecho común, el cual impone la obligación de repararlos. El mismo Pacto deja a salvo en el art. 14, apartado 2º, esta obligación disponiendo que “en ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las responsabilidades legales en que se hubiere incurrido”.

Lo verdaderamente novedoso en el sistema jurídico que implanta la Convención sobre Derechos Humanos, es la específica sanción que impone al responsable de la información inexacta o agravante emitida en perjuicio de una persona. Esta sanción consiste en el deber de publicar por el mismo órgano de difusión la rectificación que exija la persona afectada.

El derecho a reclamar la rectificación corresponde a quien es alcanzado por una información inexacta, en tanto que el derecho de respuesta lo ejerce quien es víctima de una información agravante que afecta su honra y su reputación.

El derecho de respuesta se halla incorporado a la legislación de muchos países del mundo occidental y ha sido la creación más original de la legislación francesa<sup>3</sup>. El llamado "Droit de réponse" fue implantado en Francia por la ley del 25 de marzo de 1822 y confirmado por las leyes del 29 de julio de 1881 y del 29 de setiembre de 1919. Este derecho, dice el Dr. Mayer, puede ser ejercido por las personas privadas o por los funcionarios. Cuando es ejercido por las personas privadas lleva el nombre de derecho de respuesta y cuando es ejercido por los funcionarios lleva el nombre de derecho de réplica.

Tal vez esta distinción se debe a que cuando la expresión impugnada alcanza a un particular sólo requiere una respuesta que dé satisfacción al afectado desmintiéndola. Cuando la expresión alcanza a un funcionario público en ejercicio de su función, el derecho del afectado debe concretarse en una réplica o refutación que contradiga con fundamento la información presuntamente inexacta o agravante.

Está fuera de dudas que el Pacto de San José de Costa Rica es parte del derecho interno de nuestro país al haber sido aprobado por la ley 23.054, quedando así expresada la adhesión de la República Argentina como miembro de la Organización de los Estados Americanos conforme al art. 74 de la Convención, por lo cual el Tratado se ha incorporado al orden jurídico como ley suprema de la Nación según lo dispone el art. 31 de la Constitución Nacional.

La cuestión que se plantea entre los autores nacionales y la jurisprudencia de nuestros tribunales es si la norma del art. 14 del Pacto que instaura el derecho de réplica

<sup>3</sup> JORGE M. MAYER, *El derecho de respuesta*, en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXI, 1987, p. 63.

es directamente operativa o solamente programática, por un lado, y, por otro, si más allá de la normativa en cuestión el derecho de réplica puede ser considerado uno de aquellos derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33 de la Constitución Nacional).

Estas son las cuestiones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en los casos que nos proponemos analizar, esto es "Costa, Héctor c/Municipalidad de la Capital y otros", del 12 de marzo de 1987 ("L. L." 1987-B-267) y los más recientes del 1º de diciembre de 1988 en las causas "Sánchez Abelenda, Raúl c/Ediciones La Urraca S. A. y otro" y "Ekmekdjian, Miguel Angel c/Neustadt, Bernardo y otros".

El estudio de estos pronunciamientos será hecho en el marco jurídico en que el Alto Tribunal los ha tratado, esto es si el derecho de réplica está vigente en nuestro país como parte del derecho positivo interno, sin entrar a juzgar, como se dice en uno de los fallos de la Corte, si ese derecho es o no compatible con la Constitución Nacional, cuestión ésta que no ha sido en ningún momento sometida a decisión.

### *El derecho de réplica como derecho individual de jerarquía constitucional no es directamente operativo*

En un trabajo que publicamos anteriormente<sup>4</sup> ("L.L.", 1988-E-211) hemos afirmado la tesis de que el derecho de réplica establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica no es directamente operativo.

Señalamos allí que el art. 2º de la Convención dispone que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados

<sup>4</sup> JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *El derecho de rectificación o respuesta como derecho individual de jerarquía constitucional no es directamente operativo* ("L.L."; 1986 E, p. 211) y "Anales" de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales, año XXXI, N° 24, 1987, p. 173.

en el art. 1º no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. En particular con referencia al derecho de respuesta o rectificación, el art. 14 dispone que ello se hará "en las condiciones que establezca la ley", lo cual significa que ese derecho no tendrá vigencia en los estados adheridos hasta que en ellos se dicten las normas de derecho interno que regulen su ejercicio.

Es oportuno recordar que en los casos "Siri" y "Kot" <sup>5</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias".

Este principio significa que las normas constitucionales que en la parte dogmática de la ley fundamental enuncian los derechos individuales y proclaman su garantía constitucional, son directamente operativas y no meramente programáticas.

Dice Bidart Campos <sup>6</sup> que "la afirmación de esta doctrina por el más Alto Tribunal de la Nación, eleva a la categoría de norma constitucional aquel principio según el cual los derechos subjetivos declarados en la Constitución no dejarían de tener vigencia, de ser aplicados y merecer la protección del Estado por el hecho de que la ley no los haya explicitado en su contenido o no haya arbitrado los institutos procesales para su defensa".

El derecho de réplica es un derecho individual de rango constitucional que pertenece a la órbita del derecho privado porque protege un bien jurídico particular, como es la reputación o sea la opinión que la gente tiene de una persona, con el fin de preservarlo y evitar que se afecte el

<sup>5</sup> C.S.J.N., "Fallos", 239-459; 241-291.

<sup>6</sup> GERMAN BIDART CAMPOS, op. cit., t. II, p. 79.

interés legítimo que está constituido por el honor o la honra como estimación que cada uno tiene de sí mismo.

La honra es un derecho esencial de la persona que como atributo natural se integra en los derechos individuales que la Constitución declara y garantiza en el art. 14.

Bastaría esta sola circunstancia para hacer operativa aquella norma del Pacto conforme con la recordada jurisprudencia de la Corte en los casos que acabamos de citar, pero la propia Convención la ha convertido en una disposición programática quitándole su inmediata operatividad al condicionar su aplicación a la reglamentación legislativa que dicte cada Estado.

Es evidente así que la citada jurisprudencia de la Corte en los casos "Siri" y "Kot" no es aplicable al derecho de réplica, pues aunque se trate de un derecho de jerarquía constitucional no reglamentado, el propio Tratado inhibe su autofuncionalidad mientras el derecho positivo de cada país adherente no lo incorpore al orden jurídico interno, reglamentando sus requisitos sustanciales y regulando procesalmente su ejercicio como lo dispone su artículo 14.

El derecho de réplica no constituye por ello un derecho subjetivo que goce del amparo de la ley y que permita al afectado ejercer la acción para obligar al órgano que dio la información impugnada a publicar por el mismo medio la rectificación o respuesta. Es decir que aunque ese derecho es un dogma programático en defensa de los atributos esenciales de la persona, carece todavía de la debida instrumentación legal que faculte al titular para actuar en justicia.

El art. 14 del Pacto sólo tiene el carácter de norma vinculante en el orden internacional, y la omisión argentina de incorporar a su derecho interno el derecho de rectificación o respuesta que allí se establece, podría originar responsabilidad de nuestro Estado y dar base a denuncias o quejas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuya competencia la República Argentina ha reconocido expresamente en el art. 2º de la ley 23.054.

Hemos sostenido en otro momento<sup>7</sup> que la ley que reglamente el derecho de réplica, el cual constituye un aspecto de los derechos privados de la personalidad, debe ser nacional y dictarse para toda la República, como parte del derecho común unificado en todo el territorio de la Nación, conforme a lo que dispone el inc. 11 del art. 67 de la Constitución Nacional. El art. 32 no obsta a ello porque aquella ley no tendría por fin restringir la libertad de prensa, sino regular el ejercicio de un derecho privado frente a los órganos de comunicación social, aunque su reconocimiento roce la libertad de prensa, sin restringirla, imponiendo solamente deberes correlativos a aquel derecho personal. Tampoco la ley tendría por efecto establecer sobre la libertad de prensa la jurisdicción federal, porque como lo dispone la citada norma constitucional, ello no altera las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones.

Siguiendo el cauce de las reflexiones que hemos expuesto en orden a la no operatividad inmediata del derecho de réplica, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el 12 de marzo de 1987 en la causa "Costa H. R. c. Municipalidad de la Capital y otros" ("L.L.", 1987-B-267) el primer fallo anticipando aquel criterio sobre la no vigencia actual del citado derecho.

El caso se originó en las derivaciones del hecho ocurrido el 4 de mayo de 1978 en las inmediaciones de un local municipal, cuando el equipo de uno de los canales de televisión filmó la conversación ocasional del demandante con un vendedor ambulante y procedió después a entrevistarlo, en un marco de serias sospechas acerca de la comisión por el primero del delito de cohecho. Ello tuvo eco en la prensa local que dio por consumado el delito, lo que determinó la cesantía del funcionario. En el ámbito penal la causa instituida por autodenuncia concluyó con un sobreseimiento definitivo del actor por inexistencia del delito.

<sup>7</sup> JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *op. cit.*

En el juicio civil por daños y perjuicios la sentencia apelada que había condenado al pago del resarcimiento del daño moral ocasionado, impuso también la obligación accesorio de publicar la sentencia. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia en cuya oportunidad el Alto Tribunal hizo este relevante considerando: Que en función de lo expresado precedentemente y a la luz de las normas vigentes en la legislación de fondo, resultaba procedente la reparación de los daños causados (arts. 1089 y 1090 del Código Civil), toda vez que el derecho de réplica o rectificación consagrado en la Convención de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobado por la ley número 23.054, no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo (art. 2º), sin que exista obstáculo alguno de orden interpretativo en que, frente a la notable vinculación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, este último encuentre una protección adicional en el art. 1071 bis del Código Civil que permite, como forma de reparación no excluyente, la publicación de la sentencia, conclusión perfectamente válida en el caso, se dice en el fallo, puesto que la figura penal análoga consagra también esta forma de tutela (art. 114 del Código Penal).

Estas consideraciones que hace la mayoría del Tribunal para dar fundamento a la decisión que confirma la sentencia apelada, nos induce a formular las siguientes críticas.

Está fuera de dudas que el daño moral causado por la divulgación a través de la prensa de un presunto hecho delictivo, falsamente atribuido al accionante, debía ser motivo de una adecuada reparación por haberse configurado el delito de calumnia. La acción por responsabilidad civil se fundó en los arts. 1089 y 1090 del Código Civil cuya procedencia se declara en el fallo. Sin embargo, no se advierte la razón por la cual la Corte se refiere al derecho de réplica consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, cuya aplicación el mismo Tribunal desecha por no haber sido objeto de reglamentación legal para ser tenido como dere-



cho positivo interno. Esta referencia resulta absolutamente inoperante toda vez que la acción no tuvo por fundamento la norma pertinente de dicho Pacto, y por lo tanto, al formularse esta consideración en la sentencia se está violando el principio de congruencia, que es expresión de la garantía constitucional de defensa en juicio. El principio de congruencia debe observarse por los jueces al dictar el fallo pues no deben apartarse de la relación jurídica procesal, siendo regla fundamental del proceso que la sentencia debe contener decisión expresa positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en juicio.

También nos parece inaceptable el argumento según el cual no existe obstáculo alguno de orden interpretativo para que frente a la notable vinculación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, este último encuentre una protección adicional en el art. 1071 bis del Código Civil que permita, como forma de reparación no excluyente, la publicación de la sentencia. Esta conclusión es perfectamente válida dice el Tribunal, puesto que la figura penal análoga consagra también esta forma de tutela (art. 114 del Código Penal).

Sin embargo, en los fundamentos del voto del Dr. Caballero que se pronuncia por la confirmación de la sentencia, salvo en cuanto condena a los codemandados a publicarla, se expresa acertadamente que el *a quo* excedió sus facultades al disponer, por aplicación analógica del art. 1071 bis del Código Civil, que se publicara la sentencia condenatoria en los mismos órganos de prensa involucrados en la demanda. Ello es así, dice el Dr. Caballero, por cuanto esa norma no apunta a tutelar el honor ni todos los derechos personalísimos, sino que se refiere específicamente a los casos en que se hubiere perturbado la intimidad ajena, lo que las circunstancias del caso revelan, a todas luces, que no ocurrió.

Nosotros compartimos este criterio que no admite por analogía la publicación de la sentencia, lo cual solamente debe hacerse en los casos excepcionalmente establecidos por

la ley y ésta no la prevé en ningún supuesto de responsabilidad civil como una reparación adicional.

En la doctrina extranjera, Yves Chartier<sup>8</sup>, considera que la publicación de las sentencias de condena es un modo de reparación perfectamente justificado y constituye una modalidad de reparación "in natura", pues es el único medio de borrar en el público una falsa opinión que él se ha podido hacer leyendo en un artículo palabras inexactas o injuriosas. Nosotros creemos que el principio de reparación "in natura" solamente es aplicable en nuestro derecho positivo en los términos del art. 1083 del Código Civil cuando se trata de daños materiales y no de daño moral, habida cuenta de que, como allí se expresa, consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior, excluyéndose por tanto el daño extrapatrimonial que sólo puede resarcirse en dinero. Si bien la publicación de la sentencia puede constituir un modo de satisfacción para los sentimientos de la víctima, ella sólo puede ser el objeto de una condena contra el responsable en los casos excepcionalmente admitidos por la ley, pues de otro modo se vulneraría el principio de legalidad o reserva establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional.

*El derecho de réplica (rectificación o respuesta) tampoco puede ser considerado como de aquellos derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33 de la Constitución Nacional)*

El 1º de diciembre de 1988 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso "Sánchez Abelenda, Raúl c. Ediciones La Urraca y otro". El actor en este proceso promovió demanda de amparo contra la empresa editora de la revista "El Periodista de Buenos Aires" y contra el director de ese semanario para que se

<sup>8</sup> IVES CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Paris 1985, p. 506.

condenara a publicar en éste la rectificación de una noticia aparecida en el n<sup>o</sup> 62 de dicho semanario. En la tapa y bajo el título "El complot paso a paso, nombre a nombre", se incluyó al sacerdote Sánchez Abelenda en una lista de personas citadas a declarar. El nombrado demostró que la información era falsa. El actor consideró que el derecho de réplica es una garantía constitucional implícita a cuya vigencia no obsta su falta de reglamentación legislativa.

La Sala "D" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil consideró que, si bien el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica forma parte de nuestro derecho interno, es sólo una norma programática. Sin embargo, la demanda fue admitida por estimar el Tribunal que el derecho de réplica es una garantía constitucional implícita de acuerdo con el art. 33 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema al resolver el recurso extraordinario deducido adujo que el Tribunal ya se había pronunciado en la causa "Costa c. Municipalidad" respecto de que la ausencia de reglamentación legal impide tener como derecho positivo interno el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

En los considerandos siguientes se analiza la jurisprudencia elaborada por el Tribunal respecto de los alcances de la libertad de prensa garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y se afirma que la libertad de prensa para nuestro sistema de gobierno, lleva sin dificultad a concluir que toda restricción de aquella debe estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo.

Agregó, además, que la cuestión se vincula estrechamente con la garantía del art. 19 de la Constitución Nacional del cual surge, como lo ha declarado la Corte ("Fallos" 178: 355), que "toda nuestra organización política y civil reposa en la ley y que los derechos y obligaciones de los habitantes, así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas, y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas

si falta la ley que las establezca". Continúa la Corte afirmando que, en consecuencia, "reconocer un derecho de réplica en favor del actor basado en el art. 33 de la Constitución Nacional, significaría limitar sensiblemente los derechos expresamente reconocidos a la demandada por la Ley Fundamental, dejando así en manos de los Jueces la facultad de definir por sí mismos los alcances de un supuesto derecho de amplios e indefinidos contornos, sin que ninguna ley autorice expresamente dicha intervención". Por ello, el Tribunal entiende que un derecho de características tan especiales como el de réplica o respuesta, no puede ser encuadrado en el art. 3 de la Constitución Nacional y deja, por lo tanto, sin efecto el pronunciamiento apelado.

En la misma fecha en que la Corte dictó esa sentencia, el 1º de diciembre de 1988, también resolvió el recurso extraordinario deducido por el actor en la causa "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo".

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones había confirmado la sentencia dictada en primera instancia, la cual rechazó la pretensión del actor de obtener un espacio para replicar consideraciones emitidas por el ex Presidente Dr. Arturo Frondizi en un programa de televisión.

El apelante sostuvo que el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa no debe quedar reservado a personas o empresas propietarias de medios de comunicación, y que el derecho de réplica es el efectivo ejercicio de la libertad de prensa para el ciudadano común, no confundible con la protección que ofrece el ordenamiento positivo a la lesión de la honra o el honor de las personas.

En primer término la Corte recuerda su decisión en el ya citado caso "Costa c. Municipalidad", en cuanto a que el derecho de réplica o respuesta contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno. También se refiere al caso "Sánchez Abelenda c. La Urraca", en el cual se pronunció en contra del pretendido carácter implícito de aquel derecho

que podría resultar del art. 33 de la Constitución Nacional, dado que ello sería contrario al concepto de que toda restricción a la libertad de prensa debe estar prevista expresamente en una norma legal; ello sumado a la necesidad de respetar celosamente el principio de legalidad previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Esta sola consideración hubiera bastado para confirmar la sentencia recurrida, como en definitiva lo hace el Tribunal rechazando la acción de amparo deducida. Sin embargo, en el fallo se hacen consideraciones de fondo sobre la finalidad del citado instituto, acerca de si es un medio destinado a impedir el monopolio de los medios de difusión por parte de intereses económicos carentes de representatividad, como algunos lo consideran, o si su objetivo principal es el de reparar ofensas dirigidas al honor de personas determinadas. La falta de un criterio unívoco y la consecuente inexistencia de pautas susceptibles de ser determinadas e interpretadas judicialmente impide, dice la Corte, tener a aquel como incorporado implícitamente a nuestro derecho positivo.

A este respecto es destacable en el voto del Dr. Belluscio la afirmación según la cual no parece desprenderse de las normas cuya aplicación se pretende, que el aludido derecho de réplica sea el medio idóneo para un debate entre personas que sustentan ideas diferentes, sino que requeriría una ofensa o ataque a la personalidad del sujeto que pretende ejercerlo. Se agrega en el voto que "no debe confundirse la defensa de la dignidad vulnerada con la diferencia de opiniones". Este aserto es coincidente con la opinión de nuestro distinguido académico Dr. Bidart Campos expresada con anterioridad y en relación al mismo caso ("E.D.", 128-294), en donde después de afirmar que la norma del Pacto de San José de Costa Rica sobre el derecho de réplica forma parte del derecho interno y es operativa, considera que con el pretendido alcance ese derecho no parece encuadrar en la previsión del art. 14 del Pacto, porque las expresiones atacadas por el actor no le significaban afectación en perjuicio suyo, aun cuando fueran consideradas

agravantes para valores constitucionales de la democracia. Termina afirmando que en nuestro sistema constitucional no es admisible la réplica doctrinaria o ideológica, mientras no se aloje en las expresiones atacadas un informe agravante o inexacto que afecte al pretensor en su perjuicio.

Compartimos este criterio pues resulta inadmisibile desde el ángulo de la libertad de expresión, que cualquier opinión emitida por un órgano de información pública sobre cuestiones doctrinarias o ideológicas pueda ser controvertida por quienquiera que discrepe con ello, utilizando como tribuna de debate los espacios de la transmisión radiofónica o televisiva o las columnas del periódico que divulgó aquella opinión. Si hubiere de reconocerse el derecho de réplica a todo aquel que se sienta alcanzado por una opinión doctrinaria que él no comparte, y que no le afecta personalmente en su honor o reputación, se estaría limitando la libertad de expresión al imponerse la expropiación de un medio de divulgación o parte de él, sin la pertinente indemnización, para dar cabida a una refutación meramente ideológica que solamente satisface a quien la hace.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que acabamos de comentar expresan en una total coherencia de fundamentos, que el derecho de rectificación establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, constituye derecho positivo interno aunque la norma que lo instituye es meramente programática, es decir no es autofuncional u operativa mientras el Congreso de la Nación no dicte la reglamentación para su aplicabilidad. Tampoco puede considerarse ese derecho como una garantía implícita contemplada en el art. 33 de la Constitución Nacional, porque toda restricción a la libertad de prensa debe ser establecida en una norma legal expresa, respetándose así el principio de legalidad que contiene el artículo 19 de la Constitución Nacional conforme al cual ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. Más allá de aspectos formales sobre la no vigencia actual del derecho de réplica, el voto del Dr.

Belluscio, en uno de los fallos que hemos citado, ha avanzado en la definición conceptual de ese derecho cuando afirma que éste no es el medio idóneo para controvertir públicamente opiniones diferentes, sino que el mismo constituye un instrumento legal para la defensa de la dignidad vulnerada.

Desde otro ángulo debemos señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos analizados, encuadra debidamente los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes, en el marco legal de la responsabilidad civil normados básicamente por los arts. 1109 y 1071 del Código Civil toda vez que dichas informaciones constituyen la causa adecuada del daño inferido a quienes sean involucrados en el ejercicio imprudente o abusivo del derecho de crónica.

La conclusión negativa del Alto Tribunal en los fallos que hemos analizado, acerca de la vigencia del derecho de réplica en nuestro ordenamiento jurídico, para nada prejuzga en lo concerniente a la compatibilidad con la Constitución de las normas legales que eventualmente se dictaren en cumplimiento del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica.





## TRIBUTACIÓN Y CONFISCACIÓN

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 27 de julio de 1989*



Dice la Constitución Nacional en su art. 17 que la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Esta proscripción —en cuanto importa una garantía— no es aplicable a los tributos o impuestos, porque como bien lo ha señalado la Corte Suprema, las confiscaciones prohibidas por la Constitución son medidas de carácter personal o de fines penales (Fallos: 105, 50; 141, 244).

La no confiscatoriedad de los tributos no es una expresa o explícita garantía constitucional, como lo son las de legalidad, de proporcionalidad, de equidad, de igualdad y de uniformidad. No obstante, la no confiscatoriedad de los tributos es una garantía implícita de orden constitucional que surge de la aplicación de la garantía del derecho de propiedad consagrada en el art. 17 de la Carta Constitucional. Si la Constitución garantiza la inviolabilidad del derecho de propiedad no puede la ley reglamentaria —tributaria o no— cercenar so pretexto de su relativización dicha garantía y dándose un gravamen confiscatorio la propiedad queda cercenada. Juegan en el caso no sólo la disposición del art. 17 como garantía, sino también la del art. 28 que constituye el límite de la relativización de los derechos constitucionales, so pretexto de la cual no pueden ellos ser alterados.

La problemática sometida a la decisión jurisprudencial es la de fijar cuándo el quantum del gravamen es irrazonable o confiscatorio y al respecto nuestra Corte Suprema se ha expedido reiteradamente desde antiguo, en jurisprudencia que mantiene casi invariable en lo principal, con relación

a distintos gravámenes, aunque negando la confiscatoriedad respecto de otros.

Bielsa considera que: "En la jurisprudencia de la Corte Suprema se encuentran algunas fórmulas que si bien se inspiran en principios de equidad, no siempre tienen la precisión y certeza necesarias para servir de base o un límite entre lo que es confiscación y lo que no es eso" (*Compendio de Derecho Público*, Buenos Aires, 1952, tomo III, p. 58).

### 1. *En los impuestos inmobiliarios*

Comencemos por señalar que la circunstancia de que el impuesto establecido por la ley no sea justo ni moderado, no permite inferir la nulidad de los artículos que lo apliquen, mientras no se demuestre su carácter confiscatorio, puesto que como lo ha declarado la Corte Suprema, los inconvenientes o la falta de política de las leyes del Estado, no constituyen necesariamente una objeción a su validez constitucional (Fallos: 188, 39).

El carácter confiscatorio de un gravamen no puede ser establecido sino como consecuencia del análisis detenido de las circunstancias de hecho que condicionan su aplicación y el criterio para la determinación del límite de confiscatoriedad no puede ser férreamente uniforme, toda vez que las diversas circunstancias del país y la variable relación de determinadas especies de impuestos con el bienestar general que se ha de promover mediante tales instrumentos de gobierno, para alcanzar los propósitos fundamentales enunciados por el preámbulo de la Constitución, pueden justificar que la determinación del mencionado límite varíe, en más o en menos (Fallos: 205, 132; 210, 1208).

La Corte Suprema ha recogido el concepto de razonabilidad como medida de la confiscatoriedad de los gravámenes cuando ha dicho que el poder impositivo ha de ser ejercido de buena fe y para fines públicos y que los impuestos deben establecerse con arreglo a un sistema de imparcialidad y uniformidad en condiciones *razonables* que no lleguen a

constituir una prohibición o confiscación y deben tener en mira costear los gastos administrativos (Fallos: 179, 98; 194, 428).

La doctrina fijada con carácter general por la Corte Suprema de Justicia en materia de confiscatoriedad de impuestos es que ésta se configura cuando se pruebe la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado (Fallos: 205, 132; 210, 856; 242, 76; etc.).

En materia de impuesto inmobiliario la Corte Suprema ha considerado configurada la confiscatoriedad constitucional del gravamen cuando éste absorbe una proporción superior al 33 % del capital o de la renta. Estimamos innecesario entrar a señalar la jurisprudencia que ha sentado estos conceptos, porque es reiterada y uniforme; pero, sin embargo, se hace necesario esclarecer un punto importante, ya que no es lo mismo gravar el 33 % del capital que el 33 % de la renta, supuestos que la jurisprudencia confunde en la mayor parte de los casos como un criterio inescindible.

Parecería surgir de la jurisprudencia de la Corte que son válidos los impuestos que afectan al capital hasta absorber anualmente el 33 % del mismo, de manera tal que en el término de tres años se produciría la confiscación del capital. No creemos que esto es lo que debe interpretarse como concepto de confiscatoriedad en materia de impuestos al capital y para ello partimos de los conceptos rectores de Alberdi cuando nos dice: "La contribución como gasto público de cada particular debe salir de donde salen sus demás gastos privados, de la *renta*, de la *utilidad*, de sus fondos, no de los fondos que la producen porque así disminuís los fondos de la renta, empobrecéis a los particulares, cuya riqueza colectiva forma la riqueza de la Nación. El Estado está comprendido en esta ley natural de la riqueza; *debe subsistir de la renta colectiva de los particulares que le forman no de sus fondos*" (*Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, edición de la Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, págs. 282 y 283).

La concepción alberdiana de que el impuesto debe recaer sobre la renta y no sobre el capital, es un principio con plena vigencia en las finanzas modernas. Ello no va en contra de la existencia de gravámenes al capital como forma de cerrar el ciclo de imposición a las distintas expresiones de capacidad contributiva, de las cuales el capital o el patrimonio es una de las más evidentes. Pero lo que se quiere significar es que los impuestos al capital que toman al mismo como hecho imponible, deben ser pagados con la renta que los capitales producen, porque fuera de esta hipótesis, el impuesto va absorbiendo el capital y en un determinado período de tiempo lo confisca y lo conculca y ello llevaría a la socialización de la economía.

Por tal razón es que entendemos, a riesgo de apartarnos conscientemente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que *la confiscatoriedad respecto de los gravámenes se da en tanto y en cuanto se afecte el capital o más del 33 % de su renta*, porque hay que respetar la intangibilidad del capital, de manera tal que no se puede admitir un impuesto válido o constitucional cuando no existen rentas o ganancias reales o potenciales.

Cuestión de apreciación judicial ha sido la de determinar cuál es la renta que debe tomarse como base para medir sobre ella la confiscatoriedad del impuesto cuando absorba más del 33 % de la misma.

Atento a los fines extrafiscales del impuesto inmobiliario (alentar la productividad de la explotación de la tierra cuando se trata de inmuebles rurales, alentar la construcción cuando se trata de inmuebles urbanos para solucionar el déficit habitacional, castigar los inmuebles improductivos, etc.) la tasa límite del 33 % no se aplica sobre la renta real del inmueble, porque ello significaría premiar con la sanción de inconstitucionalidad a los bienes que no producen renta por estar inexplotados o los que la producen muy baja por estar mal explotados.

La confiscatoriedad del gravamen inmobiliario estaría dada por la circunstancia de que éste absorba más del 33 %

de la renta probable a obtener del inmueble mediante una explotación eficiente y razonable hecha por el común de las gentes.

A esta altura no podemos dejar de preguntarnos cuál es la racionalidad del porcentaje del 33 % para estimar que llegado a él se opera la confiscatoriedad. ¿Por qué no se puede producir ella en los límites del 30 % o del 40 %? ¿Cuál es la razón que ha determinado, parecería que en forma sacramental, que se elija ese coeficiente como límite de la razonabilidad del quantum del gravamen para calificarlo de confiscatorio o no? De ninguno de los fallos examinados surgen los fundamentos o razones que han determinado al Tribunal a elegir dicho por ciento.

Nosotros creemos que la confiscatoriedad de un gravamen de este tipo está dada por un conjunto de circunstancias de hecho que rodean la situación de la propiedad inmobiliaria, su valor en el mercado, su rendimiento real y potencial verdadero en el momento, la existencia o inexistencia de capitales a invertir en la propiedad inmobiliaria, los costos de explotación, las inversiones en tecnología que el inmueble puede reconocer, toda una serie de factores naturales, técnicos, económicos y aun políticos de los que habrá de resultar, en un lugar y momento dados, que un gravamen sobre la renta de un inmueble o sobre el capital de un inmueble, pero a pagar con la renta real o potencial que produzca, deba ser considerado *razonable* o no. En suma, pretendemos salir de la rigidez que nos ha impuesto el cabalístico 33 % para considerar que la confiscatoriedad de un gravamen inmobiliario sobre los bienes mencionados puede darse en más o en menos del 33 %, según las múltiples circunstancias a considerar y que lleven a determinar que el *quantum* de la tasa del gravamen es irrazonable; esto es, que no hay una relación lógica o una adecuada proporción o equivalencia entre el fin perseguido por el impuesto y los efectos que el mismo produzca en la economía del contribuyente.

## 2. *En el impuesto a la transmisión gratuita de bienes*

La que antecede es la denominación clásica del antiguo impuesto llamado sucesorio, que ahora se lo conoce con el nombre de impuesto al enriquecimiento patrimonial a título gratuito.

Se ha discutido en doctrina si se trata de un gravamen al capital, lo que han sostenido autores como Einaudi, Alessio, Flora, Nitti, Allix, Trotabás, Ruzzo y otros, o bien, un impuesto a la renta acumulada del causante (De Viti de Marco) o bien, una renta accidental del heredero (Schultz, Seligman, Graziani), Giuliani Fonrouge en su obra *Impuesto a la transmisión gratuita de bienes* (Buenos Aires, 1937, p. 88) considera que el impuesto sucesorio clásico, el único que existe en la Argentina (existía porque ahora ha sido derogado) presenta todas las características de un gravamen a la renta: a) porque se establece en función de lo que cada persona percibe; b) por tener muy en cuenta el grado de parentesco; c) porque entre sus formas modernas considera la situación personal del heredero.

Respecto de este gravamen ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en cuanto a la observación de ser confiscatorio el impuesto, suma caracteres de evidencia la afirmación de que la ley que gravara con el ciento por ciento del valor el caudal de una herencia o el valor de un legado, importaría la supresión absoluta del derecho de testar y el derecho de disponer.

Después de haber declarado confiscatorios gravámenes que representaban el 50 %, 45 % y otras cifras, se estableció la jurisprudencia en considerar como violatorio del derecho de propiedad, y por ende confiscatorio, el impuesto que excediera el 33 % de la hijuela o porción hereditaria que corresponde a todo heredero. Reiteramos lo antes dicho en el sentido de que tratándose de un impuesto a la renta accidental del heredero y no al capital, esta jurisprudencia que declara confiscatorio el gravamen que excede el 33 % del haber transmitido, no implica reconocer la con-



fiscatoriedad del capital en el límite del 33 %, como lo hemos analizado al estudiar el impuesto inmobiliario.

### 3. *En los impuestos a las ganancias o a los ingresos*

Ninguna jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad, por confiscatorios, de los impuestos a los réditos, de su sucesor el impuesto a las ganancias o del extinguido impuesto a los beneficios extraordinarios, pero, tampoco ha sido negada expresamente la confiscatoriedad de estos impuestos en sus tasas máximas (en el impuesto a las ganancias alcanza al 45 % en ciertos supuestos), sino sólo tangencialmente se ha aludido en ciertos fallos a la no confiscatoriedad de estos gravámenes.

Así, por ejemplo, en un caso (Fallos: 190, 159) al declarar la inconstitucionalidad por confiscatoriedad del impuesto a la herencia porque éste recae sobre el capital (error conceptual de la Corte Suprema) dijo el Alto Tribunal "a diferencia de lo que ocurre con el impuesto a la renta que deja a salvo o intacto el capital o fuente que la produce".

En otro caso (Fallos: 291, 293) sostuvo la Corte Suprema que "Dado que los impuestos a los réditos y de emergencia no inciden sobre el capital, sino, en el caso, sobre las ganancias resultantes de su realización, previa detracción de los valores de adquisición no amortizados, no se ve afectado el principio de no confiscatoriedad".

Se registran varios precedentes jurisprudenciales de impuestos locales a las actividades lucrativas o de patentes que toman como base imponible el monto de los ingresos de la actividad gravada. Así, se ha dicho en un juicio que "Para establecer el carácter confiscatorio de la patente impuesta a las compañías de capitalización, debe compararse el monto del gravamen con el de las utilidades obtenidas en una explotación normal y razonable" (Fallos: 205, 132).

En otro litigio la Corte admitió que "Resultando de

la prueba reunida en autos... que la patente cobrada... a una compañía de capitalización, lejos de guardar razonable proporción con la productividad en el negocio gravado... es confiscatoria y prohibitiva del ejercicio de la actividad de referencia que no ha sido considerada ilícita, corresponde declarar que el gravamen es violatorio del art. 14 y 17 de la Constitución" (Fallos: 203, 275).

La doctrina judicial que hemos resumido en este apartado es, evidentemente, contradictoria.

Por un lado, parecería que el impuesto a los réditos (o sus sustitutivos) no puede ser confiscatorio porque no afecta al capital y, por otro, que los impuestos que afectan los ingresos de determinadas actividades gravadas sí pueden ser confiscatorios si absorben una proporción desmesurada de dichos ingresos.

Nos preguntamos por qué si es confiscatorio absorber más del 33 % de la renta de un inmueble a título de impuesto inmobiliario, no ha de serlo el absorber la misma cantidad de renta o aun más por conducto de un impuesto, también directo, como es el impuesto a los réditos o a las ganancias. Siguiendo el mismo razonamiento, también nos preguntamos por qué es confiscatorio absorber más del 33 % de la renta accidental del heredero o porción que recibe a título de herencia o legado y no lo es absorber la misma o mayor proporción de renta de un ingreso periódico (impuesto a los réditos propiamente dicho) o también de una ganancia de capital (impuesto a las ganancias). Y, por último, siguiendo la misma línea argumental, no entendemos por qué es confiscatorio el impuesto que grava más del 33 % o en otra escala irrazonable los ingresos de una actividad gravada con el impuesto local a las actividades lucrativas o con derecho de patentes que reconocen la misma base imponible y no lo es cuando ese mismo ingreso es la base imponible de un impuesto a los réditos o a las ganancias.

No nos cabe duda de que *es confiscatorio* el impuesto a los réditos o a las ganancias cuando su alícuota, en más o en menos del 33 %, según las múltiples circunstancias a

considerar, lleve a determinar que el quantum del gravamen es irrazonable y que afecta o altera el derecho de propiedad bajo el que está amparada esa renta que integra el patrimonio o propiedad del contribuyente.

#### 4. *En los impuestos indirectos al consumo*

En esta especie de gravámenes la jurisprudencia se ha expedido sin excepción por la no procedencia de la confiscatoriedad fundada en dos razones principales: una, en los fines extrafiscales que tienen los impuestos al consumo en los que es dable verificar como propósitos de una política fiscal determinada impuestos de carácter notoriamente prohibitivos y que persiguen con sus tasas fines disuasorios; otra, que los impuestos indirectos se trasladan al consumidor que es quien soporta la carga del impuesto, atento a que los tributos integran el costo de los bienes o servicios objeto de determinadas relaciones de cambio.

No negamos que los impuestos excesivos a los consumos responden a finalidades extrafiscales. Pero no concordamos con el criterio general del Alto Tribunal de excluir la confiscatoriedad respecto de los impuestos al consumo so pretexto de que ellos no inciden sobre el capital o la renta del sujeto pasivo como consecuencia del fenómeno de la traslación, que hace que desde el punto de vista económico, no jurídico, el peso del tributo recaiga sobre un tercero que lo paga como parte del precio del servicio o bien que adquiere, en razón de que la traslación no se da invariablemente como parte del proceso de distribución de hecho de los impuestos en todos los casos, sino que depende de una serie de circunstancias.

En efecto, y sin posibilidad de analizar en profundidad esta cuestión que nos alejaría del tema objeto de este trabajo, digamos que la traslación depende de una serie de factores de orden económico, como ser: a) la rigidez o elasticidad de la demanda del bien o servicio gravado; b) si el

productor u oferente actúa en un mercado de libre competencia o en posición monopólica; c) si el productor u oferente trabaja a costos crecientes, constantes o decrecientes (García Belsunce, *Temas de derecho tributario*, Buenos Aires, 1982, págs. 117/8).

Atento a lo expuesto consideramos que es inadecuado el criterio jurisprudencial anotado en cuanto, como ya hemos dicho, niega la confiscatoriedad de los impuestos al consumo porque presupone como un hecho cierto e indefectible la traslación del gravamen a un tercero, de modo tal que aquél no afecta el capital o la renta del contribuyente, sin advertir que la traslación puede no darse o bien darse sólo parcialmente (parte del impuesto se traslada y parte la absorbe el contribuyente). Entonces nos preguntamos: en los casos en que no hay traslación del impuesto y debe en consecuencia absorberlo el sujeto pasivo del mismo, ¿no hay confiscatoriedad si éste detrae parte sustancial del capital o de la renta?

Consideramos que acreditados los extremos de la no traslación del impuesto, por lo cual debe absorberlo el contribuyente, y que el gravamen afecta el capital empleado en la importación o elaboración del producto o mercadería o parte sustancial de la renta a obtener con la ulterior enajenación de la misma, se debe considerar que el impuesto es confiscatorio. Pero, con la consiguiente salvedad:

No se puede negar al Estado la facultad de crear impuestos al consumo con fines extrafiscales, prohibitivos o disuasorios en el caso, mediante tasas que tiendan a lograr ese efecto. En tal supuesto, sólo podrá alegarse confiscatoriedad del gravamen si el importador ha contratado la adquisición de la mercadería documentada con carta de crédito irrevocable o si el fabricante ha enajenado el producto elaborado si es de origen nacional, porque sólo en tales casos hay derechos subjetivos privados, amparados por garantías constitucionales, que resultarían lesionados por un gravamen confiscatorio del capital o de la renta, según el caso.

## 5. *En la contribución de mejoras*

Si bien se ha dicho que la causa de la contribución especial radica en la *ventaja o beneficio diferencial* que reciben los bienes del particular como consecuencia de la actividad estatal, es en consideración a ese beneficio especial que debe medirse la confiscatoriedad o razonabilidad de la contribución exigida. Ha establecido la Corte Suprema que "La contribución por pavimentos (contribución de mejoras) no debe exceder al beneficio especial que recibe la propiedad afectada, que es lo único que puede cobrarse al dueño sin incurrir en la violación de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional" (Fallos: 187, 234, agregando que dependiendo la confiscatoriedad de una cuestión de hecho, no procede establecer con carácter general un por ciento fijo sobre el valor de cada finca arriba del cual el cobro deberá ser considerado confiscatorio, sino que corresponde a la autoridad administrativa determinar en cada caso el por ciento de la obra pública que puede soportar cada inmueble en atención al beneficio especial que recibe.

Concluimos respecto de esta particular figura de la tributación en que la confiscatoriedad se da con el mismo alcance que hemos señalado para el caso de los impuestos inmobiliarios; es decir, no se trata de mantenerse en el límite rígido de si la contribución absorbe más del 33 % de la valoración o ventaja diferencial recibida en el bien del contribuyente como consecuencia de la obra pública, sino en considerar si el monto de esa requisición es razonable dentro del contexto de las situaciones de hecho que es dable ponderar, entre las que deben destacarse la naturaleza local o general del beneficio y, por supuesto, el valor de la propiedad afectada.

## 6. *En las tasas retributivas de servicios*

En un estudio efectuado hace unos años (*Temas de derecho tributario*, Buenos Aires, 1982, págs. 228 y 229)

sostuvimos como conclusión del análisis del tema que la capacidad contributiva es un criterio admisible para la determinación del monto de la cuantía individual de la tasa, en cuya virtud estarán exentos de pagarla quienes estén individualmente por debajo de la capacidad mínima para tributar y, por el contrario, otros deberán pagar por el servicio una fracción superior a la que les correspondería en una distribución aritmética del costo.

Que desde el punto de vista de la cuantía global de la tasa, el criterio de la capacidad contributiva, válido para su distribución, no puede justificar exceder de una razonable y discreta relación con el costo del servicio efectivamente prestado. Cuando la cuantía global de la tasa (la recaudación) excede más allá de lo discreto y razonable el costo del servicio elegido como causa de la tributación más la proporción que corresponda asignarle en los costos indirectos del organismo estatal, el contribuyente podrá oponer la defensa parcial de *falta de causa*, en cuanto con la suma que está obligado a pagar está retribuyendo otras actividades del Estado, que no son aquellas indicadas en la norma legal como causa de su contribución y, por consiguiente, esa contribución sin causa parcial lesiona los principios constitucionales de la legalidad (se viola la ley de creación de la tasa al destinar su producido a un servicio distinto del indicado en la norma) y de la garantía de la propiedad (pago sin causa).

Además de las razones expuestas hallamos fundamento para sostener esta posición en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en una causa en la que se sostuvo por el voto de los doctores Risolía y Argúas que “para la validez de las tasas es esencial que ellas no sean exorbitantes y guarden proporción razonable con el costo del servicio. Ello no ocurre cuando, por no mediar prestación del servicio o por *no guardar proporción alguna de su costo*, lo cobrado configura una exigencia tributaria confiscatoria” (Fallos: 281, 338).

## 7. *En los casos de superposición*

La doble o múltiple imposición (superposición en ambos casos) no es inconstitucional por sí misma, en tanto y cuanto cada uno de los gravámenes que configuran esa doble o múltiple tributación hayan sido creados por poderes fiscales con competencia tributaria válida en la materia y ninguno de ellos en particular pueda ser tachado de inconstitucional por violar alguna de las garantías constitucionales (Fallos: 185, 209; 210, 276; 210, 500; 217, 189; etc.).

La doble imposición es la concurrencia de dos o más gravámenes sobre el mismo hecho imponible y atento a que este es el hecho, acto o situación que previsto por la ley hace nacer la obligación de pagar el tributo, depende de la voluntad legislativa el elegir, con la mayor imaginación posible, para satisfacer las necesidades fiscales, un determinado hecho, acto o situación que aún no haya sido materia de anterior creación legal como otro hecho imponible, para que nazca uno nuevo y, en consecuencia, aunque ambos tengan el mismo objeto económico o coincidan sobre la misma riqueza o base imponible, no quede configurada la doble imposición en los términos jurídicos en que la doctrina la ha definido.

Resulta con toda evidencia en casos de doble o múltiple imposición y, especialmente, en aquéllos en que ella no se configura en el sentido jurídico con que la hemos definido, pero en los que los gravámenes concurrentes inciden sobre la misma riqueza o tienen la misma base imponible, que por efecto de la acumulación de tributos (cabe abarcar tanto los impuestos, como las tasas, las contribuciones especiales y aun las contribuciones parafiscales) se puede llegar a cifras absolutamente confiscatorias del capital o de la renta del contribuyente.

Ante este fenómeno, jurídico y económico, pareciera que ninguna solución se ha encontrado para preservar al contribuyente de la confiscación de su propiedad que por ese conducto se opera.

Se registran pronunciamientos judiciales que parecerían

vedar la posibilidad del planteamiento de la confiscatoriedad en tal hipótesis. Sin embargo, otras decisiones del Alto Tribunal permiten concluir *obiter dictum* que se admitiría el planteamiento de la confiscatoriedad por superposición de gravámenes. En la causa "Frederking y otros vs. Nación" (Fallos: 193, 397), la Corte al resolver sobre la constitucionalidad del pago sobre la renta presunta de un inmueble en concurrencia con el gravamen territorial que afectaba al mismo dijo: "Que si ese doble gravamen fue categóricamente reconocido a las provincias en concurrencia con la Nación, no se le puede desconocer a la Nación misma para una doble imposición que vendría a ser como una sobretasa *en tanto no se exceda el límite que fija el concepto de confiscatoriedad*".

El criterio de este fallo del año 1942 ha sido reiterado en otro procedimiento posterior del año 1963 en la causa "S. A. General Electric c/Municipalidad de Rosario" (Fallos: 255, 66). En estos autos se dijo: "Si la sentencia apelada declara la validez de la superposición del gravamen a las actividades lucrativas instituido por la Municipalidad de Rosario, Pcia, de Santa Fe, con el carácter provincial, *por no resultar ambos, en conjunto, confiscatorios*, la superposición cuestionada no afecta las garantías constitucionales de la igualdad y la propiedad". De este concepto resulta que el Alto Tribunal admite que los dos gravámenes en conjunto puedan determinar una confiscatoriedad.

Un tercer caso se registra en la sentencia dictada en el año 1965 en los autos "S. A. Bodegas y Viñedos Saint Remy" (Fallos: 262, 366), en el cual en forma más categórica la Corte Suprema estableció que: "...la superposición tampoco es, de suyo, fundamento valedero para la inconstitucionalidad del impuesto, *aunque puede llegar a serlo en caso de traducirse en confiscatoriedad*, circunstancia no alegada en el presente caso".

En nuestra opinión, siguiendo lo que sostuviéramos en nuestro trabajo antes citado, cuando por efecto de la concurrencia de impuestos (se trate específicamente de doble o



múltiple imposición o de mera convergencia de tributos sobre distintos hechos imponible) se afecte significativamente el capital del contribuyente o se absorba en parte sustancial la renta del mismo, cabe el planteamiento de inconstitucionalidad por confiscatoriedad. De ello derivan varios problemas. Entre los más importantes, el determinar el tope o límite de esa confiscatoriedad y el resolver cuál de los varios impuestos concurrentes sea el inconstitucional o si deberán serlo todos.

Rodolfo R. Spisso, luego de admitir que en su opinión el tope del 33 % fijado por la Corte es aplicable a todos los gravámenes e *incluso cuando se trata de juzgar sobre la confiscatoriedad global de los impuestos (Derecho de propiedad y tributos*, en "El Derecho", 7217, 11-4-89), se pronuncia en contra del fallo que acabamos de citar diciendo que "Si al absorber más de una tercera parte de la riqueza gravada el tributo resulta confiscatorio con agravio al derecho de la propiedad, la situación siempre es la misma, se trate de uno o varios tributos". Nosotros tenemos una opinión parcialmente divergente.

En efecto, es muy cierto, como lo dice el autor citado, que si un límite determinado constituye el punto de agravio al derecho de propiedad, la situación es indiferente sea que provenga de uno o varios tributos; pero, no obstante, creemos que si el límite del 33 % hay que aceptarlo como válido para limitar la validez de un tributo determinado, porque más allá del mismo resulta confiscatorio, no habría lugar —siguiendo la interpretación de Spisso— para aplicar ningún otro tributo más y esto nos parece quizás exagerado. En nuestra opinión, la solución no puede darse en forma abstracta y general. Nuevamente nos remitimos a la conclusión que sacamos al tratar la confiscatoriedad del impuesto inmobiliario, en cuanto a que el límite del 33 % no es lo que consideramos el límite razonable, sino que éste estará dado por el que resulte aplicable al caso, examinados todos los elementos que concurren a formar el entorno del caso en litigio. Y siguiendo el mismo criterio, así debería ser cuando

la confiscatoriedad se da en el caso de concurrencia de impuestos.

En cuanto al segundo problema señalado, el de respecto de cuál de los tributos habrá de ser declarado confiscatorio y por ende inconstitucional o si habrán de serlo todos en su totalidad o proporcionalmente cada uno de ellos, ya nos planteamos el caso en nuestro anterior trabajo ya citado (ob. cit., p. 124), oportunidad en la que dijimos que como no hay preeminencia de los impuestos nacionales sobre los provinciales o viceversa, ni de un impuesto sobre una tasa, ni de una de estas dos figuras sobre una contribución especial, pensamos que lógicamente no podría ser declarado confiscatorio el conjunto e invalidar de un plumazo toda la tributación que sobre la misma riqueza imponible incide, porque sería atribuir al poder judicial la facultad de invalidar las atribuciones constitucionales que a cada estado corresponde en la órbita de sus respectivas competencias y, agregamos, que habría que limitar cada uno de los impuestos concurrentes al límite que la jurisprudencia fije para la confiscatoriedad de cada una de las especies tributarias concurrentes.

Spisso (ob. cit., p. 6) se inclina por la solución de descontar un determinado por ciento de todos los tributos involucrados en el litigio, de manera que el conjunto de ellos no incida más allá del límite máximo.

Reiteramos que consideramos que puede calificarse confiscatoria la superposición de tributos cuando por conducto de ella se afecta la intangibilidad del capital o parte sustancial de la renta del contribuyente, en porcentajes que tornan irrazonable la detracción patrimonial y llegan a alterar o conculcar el derecho de propiedad (arts. 17 y 28 de la Constitución Nacional). Pero, no se nos escapa que este planteamiento se encuadra más cómodamente en el terreno doctrinal o académico que en el de la posibilidad de llevarlo a la práctica en su judiciabilidad.

En efecto, ¿quién será el juez competente para entender en las causas cuando la pretendida confiscatoriedad se

da por el concurso de tributos nacionales y provinciales? ¿Será una hipótesis de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, único tribunal que como custodio de las garantías constitucionales nacionales puede avocarse a conocer de los tributos nacionales y locales? Y volviendo al tema antes tratado: ¿qué tributo será declarado inconstitucional por confiscatorio? Ya vimos que todos en su totalidad, no. ¿Podrían serlo proporcionalmente? Pero si respetamos el criterio de razonabilidad aceptable para cada uno de ellos aisladamente considerado, ¿la concurrencia en conjunto no nos puede llevar al 100 % de la renta? Esto nos obligaría a tener que “rebajar” esos criterios de razonabilidad para evitar la irrazonabilidad del conjunto. ¿Es esto factible y compatible con todo lo que aquí hemos analizado? No creemos que por ahora el problema tenga solución judicial, pero vale la pena hacer el planteamiento. Así se irán desbrozando obstáculos, ensayando criterios de armonización. Quizás el tema tenga que ser objeto de una nueva normativa constitucional, cuando llegue la oportunidad, que fije otros criterios de distribución de las competencias tributarias y, por ende, de sus limitaciones.

## 7. Conclusiones

a) Apartándonos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, estimamos que la confiscatoriedad respecto de los impuestos inmobiliarios se da en tanto y en cuanto se afecte el capital o más del 33 % de su renta, porque hay que respetar la intangibilidad del capital, de manera tal que no se puede admitir un impuesto válido o constitucional cuando no existen rentas o ganancias reales o potenciales.

La renta del inmueble para estimar la confiscatoriedad del gravamen que sobre ella incide, no es la renta real, sino la presunta o ideal que resulte de una explotación eficiente y razonable hecha por el común de las gentes.

Pretendemos dejar de lado el criterio jurisprudencial

rígido de fijar la confiscatoriedad del gravamen inmobiliario en el porcentaje del 33 % de la renta, por considerar que tal confiscatoriedad puede darse en más o en menos de dicho porcentaje, según las múltiples circunstancias a considerar y que lleven a determinar que el quantum de la alícuota del gravamen es irrazonable;

b) En el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, tratándose de un gravamen a la renta accidental del heredero y no al capital, es confiscatorio el impuesto que excede el 33 % del haber transmitido al heredero, legatario o donatario;

c) Es confiscatorio el impuesto a los réditos o a las ganancias cuando su alícuota, en más o en menos del 33 %, según las múltiples circunstancias a considerar, lleva a determinar que el *quantum* del gravamen es razonable y que afecta o altera el derecho de propiedad bajo el que está amparada esa renta que integra el patrimonio o propiedad del contribuyente;

d) En los impuestos indirectos al consumo, acreditados los extremos de la no traslación del impuesto, por lo cual debe absorberlo el contribuyente y que el gravamen afecta el capital empleado en la importación o elaboración del producto o parte sustancial de la renta a obtener con la ulterior enajenación de aquél, se debe considerar que el impuesto es confiscatorio.

No se puede negar al Estado la facultad de crear impuestos al consumo con fines extrafiscales, prohibitivos o disuasorios, por lo cual sólo podrá alegarse confiscatoriedad del gravamen si —además de la no traslación— el importador ha contratado la adquisición de la mercadería importada o el fabricante ha enajenado el producto elaborado (si es de origen nacional), porque sólo en tales casos hay derechos subjetivos privados amparados por garantías constitucionales;

e) En las contribuciones de mejoras no se trata de mantener el límite rígido de si la contribución absorbe más del 33 % de la valoración o ventaja diferencial recibida en el

bien del contribuyente como consecuencia de la obra pública, sino de determinar si el monto de la requisición es razonable dentro del contexto de las consideraciones de hecho que hay que ponderar, entre las que cabe destacar la naturaleza local o general del beneficio y el valor de la propiedad afectada;

f) En las tasas retributivas de servicios hay confiscatoriedad cuando no medie prestación del servicio o el *quantum* de la tasa no guarde proporción alguna con el costo directo e indirecto del servicio prestado.

g) Cuando por efecto de la concurrencia de impuestos (se trate específicamente de doble o múltiple imposición o de mera convergencia de tributos sobre distintos hechos imponibles) se afecte significativamente el capital del contribuyente o se absorba en parte sustancial la renta del mismo cabe el planteamiento de inconstitucionalidad por confiscatoriedad.

El problema radica en qué tributo será declarado inconstitucional por confiscatorio. Todos es imposible, porque sería atribuir al poder judicial la facultad de invalidar atribuciones constitucionales que a cada estado corresponde. Podrían ser proporcionalmente descontados en un determinado porcentaje todos los tributos involucrados, pero para ello habría que disminuir el criterio de razonabilidad de cada gravamen para evitar la irrazonabilidad del conjunto.



# LA CONVENCIÓN DE ASISTENCIA Y SALVAMENTO

Aprobada en la Conferencia de Londres  
en abril de 1989

*Disertación del académico Dr. José Domingo Ray, en la  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos  
Aires, en la sesión pública del 26 de octubre de 1989*





En este trabajo nos vamos a referir a la última convención que se ha sancionado en el campo del derecho marítimo, la de asistencia y salvamento, suscripta en la Conferencia celebrada en la ciudad de Londres en el mes de abril de 1989.

La nueva Convención tiende a reemplazar a la de 1910, que mereció la ratificación de la República Argentina por ley 11.132 de 1921.

Es oportuno recordar los antecedentes históricos y las circunstancias que estimularon la sanción de una nueva Convención para destacar, luego, sus innovaciones en relación a la de 1910 y el consenso obtenido que permite suponer que entrará en vigencia en un futuro próximo.

## I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como tuvimos oportunidad de señalar en 1988, en las Jornadas Nacionales sobre Convenios Jurídicos de la Organización Marítima Internacional (O.M.I.), es ilustrativa la mención de la célebre *Ordenanza de Colbert*, de 1681 que, bajo el reinado de Luis XIV, con un lenguaje grandilocuente, ponía bajo la protección del rey la salvaguarda de los buques, de los equipajes y de los cargamentos que las tempestades arrojaran sobre las costas del reino. En esta magna obra legislativa se consagraba expresamente la

obligación de socorro en el mar y la pena de muerte para quienes atentaran contra la vida y los bienes.

En el Código de Comercio francés y en los latinos derivados del mismo figuraban reguladas las instituciones en forma similar a como lo hacía esa célebre ordenanza, contemplando las modalidades de la navegación a vela.

Teniendo en cuenta que las figuras de la asistencia y salvamento en su regulación moderna, aparecen y se desarrollan con la incorporación del vapor a la navegación, no es de extrañar que se desconocieran en el código francés de 1808 y en aquellos latinos que, directa o indirectamente, se inspiraron en él.

Realmente significaron un adelanto para la época, las normas que al respecto consagraron los códigos de comercio argentino y uruguayo, de 1859 y 1865 respectivamente, que hacen expresa referencia a la asistencia y salvamento, lo que se puede apreciar si se comparan con las de la Convención Internacional sancionada más de cincuenta años después<sup>1</sup>.

Esa Convención de 1910 cumplió su finalidad, pero la evolución de la técnica y los accidentes que se produjeron en la segunda parte de este siglo, y a que seguidamente nos referiremos, exigieron la consideración de aspectos que no se habían contemplado en este texto internacional.

### *El "Torrey Canyon"*

En 1967 un buque registrado en la República de Liberia, el "Torrey Canyon", con un cargamento de 120.000 toneladas de petróleo crudo, el 18 de mayo, encalló en un

<sup>1</sup> Ver *Asistencia y Salvamento*, "Anales" de 1988, Nº 26 y exposición en las "Jornadas Nacionales sobre Convenios Jurídicos de la Organización Marítima Internacional" (Jornadas organizadas por la Prefectura Naval Argentina, con el patrocinio de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo y el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia, 12 al 16 de septiembre de 1988).

Ver también J. D. RAY, *Nuevas tendencias en el derecho marítimo* (Reflexiones sobre la asistencia y salvamento), Revista "La Ley", 8 de septiembre de 1988.

arrecife, al sudoeste de Inglaterra, cerca de las Islas Scilles o Sorlingas, las Casitérides o Islas del Estaño que citan los geógrafos y los historiadores de la antigüedad.

El buque quedó a merced del viento, se produjeron fisuras y numerosos escapes de petróleo que afectó unas 100 millas de costa, valuándose los daños en más de 1.600.000 libras.

El gobierno británico adoptó medidas de precaución, inclusive el bombardeo del buque y el incendio del petróleo que quedó en el mar y, simultáneamente, requirió de la entonces Organización Marítima Consultiva Intergubernamental el estudio del problema para el futuro, desde un punto de vista técnico y jurídico <sup>2</sup>.

Fue el primer siniestro de magnitud que produjo una contaminación por petróleo y determinó que dos años y medio después, a fines de 1969, se sancionaran dos convenciones internacionales que tienen como finalidad, una, encarar la intervención estatal en este tipo de accidentes en el mar y, la otra, la regulación de la responsabilidad emergente de los mismos <sup>3</sup>.

Esas dos convenciones de 1969 se complementaron con una tercera aprobada en 1971, que consagró la constitución de un Fondo Internacional para contemplar problemas que habían quedado sin solución en la Conferencia y en la Convención de 1969.

### *El "Tojo Marú"*

En el caso del "Tojo Marú", los buzos que intervinieron en el salvamento del buque causaron una explosión en un tanque y a los asistentes los tribunales ingleses en 1972 no les admitieron el derecho a limitar su responsabilidad, que rige para el propietario o armador de buques por hechos

<sup>2</sup> Ver J. D. RAY, *La 28ª Conferencia del Comité Marítimo Internacional*, Revista "La Ley", 14 de mayo de 1970.

<sup>3</sup> Ver J. D. RAY, Revista "La Ley", *La Conferencia de Bruselas de 1969 sobre contaminación de las aguas y costas*, 1º de octubre de 1970.

del capitán o tripulantes, por entender que eran hechos propios del sujeto que prestaba la asistencia o salvamento. Este problema se contempló favorablemente para quienes prestan el auxilio en la Convención de 1976, sobre limitación de la responsabilidad por créditos marítimos.

Si bien en este caso no se plantearon problemas concretos de asistencia o salvamento, el tema se vincula estrechamente con estos institutos por la previsión que debe tenerse, cuando se prestan estos servicios, frente al riesgo de contaminación <sup>4</sup>.

### *El "Amoco Cadiz"*

El caso del "Amoco Cadiz" es uno de los más interesantes por el número de problemas que suscitó en el campo del derecho público y del derecho privado, en general.

Además, fue el que determinó la sanción, en 1984, de los protocolos de la Convención de 1969 sobre responsabilidad y de la del "Fondo" de 1971, mencionadas precedentemente, y el que estimuló la reforma del formulario del Lloyd's y la proyección de la nueva Convención en materia de asistencia y salvamento.

Pocos accidentes marítimos han tenido tanta importancia como el del "Amoco Cadiz" y, si bien no hubo pérdida de vidas, nos recuerda la tragedia del "Titanic" que conmovió al mundo y fue el antecedente de la Convención de 1929 sobre salvaguarda de la vida humana en el mar <sup>5</sup>.

En la revista de una de las mutuales inglesas, "The West of England", se llegó a decir que los costos que resultaron del accidente del "Amoco Cadiz" estaban en una suma de alrededor de 2 billones de dólares.

El "Amoco Cadiz" era un petrolero de 230.000 toneladas de porte bruto que había sido construido en Cádiz, en unos astilleros que —además de una buena reputación—

<sup>4</sup> Ver "Lloyd's Law Report", caso "Tojo Marú", año 1972.

<sup>5</sup> Ver J. D. RAY, *Derecho de la Navegación*, N° 200, p. 496 y revista "Lecciones y Ensayos", *La Convención para salvaguarda de la vida humana*.

tenían gran tradición, porque siglos atrás habían construido las carabelas de Colón, la "Santa María", la "Pinta" y la "Niña".

El accidente se produjo el 16 de marzo de 1978, al varar el buque, frente a las costas de Bretaña, como consecuencia de haberse averiado la hélice.

El remolcador "Pacific" intentó sin éxito llevarlo a la costa y por influencia del viento y la marea encalló, se partió el casco y el petróleo se expandió sobre las costas francesas.

Las acciones del gobierno francés y de numerosos reclamantes se promovieron ante un tribunal de Illinois, en Chicago, contra la firma propietaria y armadora del buque, contra los astilleros que lo habían construido, contra la Sociedad de Clasificación que supervisó el diseño y construcción y contra la sociedad armadora del remolcador por considerar que había prestado la asistencia en forma inadecuada.

A su vez, los propietarios y armadores del buque iniciaron acciones contra el Estado francés, el Departamento de Finisterre y Côtes du Nord y las comunas del lugar, por su negligencia en no prevenir o contener el derrame del petróleo proveniente del "Amoco Cadiz".

Nos adelantamos a señalar que el caso fue decidido en 1984, por el Tribunal de 1ª Instancia de Chicago (Juez Mr. Frank Mc Garr) responsabilizando a la Standard Oil y a sus sociedades subsidiarias, sobre la base de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, y resolviendo todos los problemas que se habían planteado respecto a la jurisdicción y ley aplicable, a la inmunidad de jurisdicción del Estado francés, a la doctrina del "forum non conveniens", a la imposibilidad de interponer la limitación de responsabilidad de los propietarios del buque, a la responsabilidad de los constructores y de la sociedad que supervisó la construcción y la clasificación del mismo y a la responsabilidad de los propietarios del remolcador <sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Ver sentencia del juez Mac Garr, de noviembre de 1984.

Sería muy interesante el comentario de todos esos temas, pero nos alejaríamos del que estamos considerando y, retornando a los días posteriores al accidente, señalamos que el gobierno francés fue quien introdujo el tema ante la O.M.I., cuyos trabajos culminaron con los protocolos adicionales a las convenciones internacionales a que hemos hecho referencia y con la nueva Convención sobre asistencia y salvamento.

### *El Lloyd's Open form de 1980*

Entre los antecedentes, no podemos omitir una referencia al formulario elaborado por el Lloyd's de Londres.

A menudo los contratos se concluyen informalmente, por ejemplo, mediante mensajes radiales o por intercambio de télex y es útil tener un formulario como el del Lloyd's que tenga los términos adecuados para este tipo de relaciones.

Las empresas de asistencia y salvamento consideraban que el sistema vigente no contemplaba debidamente sus intereses y la "International Salvage Union" hizo oír su voz repetidamente sobre la necesidad de estimular las tareas de asistencia y salvamento en beneficio de la comunidad marítima.

El Lloyd's, que tenía conciencia de la situación, decidió entonces proyectar una modificación a su formulario de contrato de "salvage". Este formulario (*Standard form of salvage agreement*) se había difundido en el mundo porque evitaba discusiones acerca de las condiciones del servicio y, en caso de plantearse divergencias, establecía que se dirimirían mediante arbitraje en Londres.

Frente a la necesidad de estimular las tareas de salvamento —como hemos dicho— se consideró conveniente su reforma y fue así que en 1980, Lloyd's aprobó un nuevo formulario, cambiando el principio tradicional del "non cure non pay" (si no hay éxito no hay pago) por el del

“non cure sometimes pay” (si no hay éxito, algunas veces hay pago).

Según el nuevo formulario, en caso de asistencia a buques tanques, quien presta el servicio debe poner toda su diligencia para evitar derrames de petróleo y, como contrapartida, se le facilita que cobre de los armadores del buque asistido los desembolsos efectuados y un incremento que no podrá exceder del 15 % de esos gastos, pero que se cobrará a pesar de que no hayan tenido éxito los servicios, en todo o en parte.

En el formulario del Lloyd's también se consagra la posibilidad de que los que prestan el auxilio limiten su responsabilidad, derecho que los tribunales ingleses les denegaron en el caso del “Tojo Marú”<sup>7</sup>.

Como consecuencia de la aprobación de la nueva convención pronto se modificará el último formulario del Lloyd's.

### *El Proyecto de Montreal*

El formulario aprobado en 1980 coincidió con la elaboración del nuevo proyecto de Convención Internacional<sup>8</sup>.

El tema, que había tomado a su cargo la O.M.I. —como hemos dicho— por pedido del gobierno francés, después del accidente del “Amoco Cadiz”, fue materia de estudio por el Comité Marítimo Internacional (C.M.I.) que desde 1967 viene trabajando en colaboración con la O.M.I.

El Comité elaboró un proyecto que fue aprobado en la Conferencia de Montreal de 1981 y que —revisado y modificado por el Comité jurídico de la O.M.I., en sucesivas reuniones (1985, 1986 y 1987)— fue el documento que, con algunas modificaciones, se aprobó en la Conferencia Diplomática de Londres del mes de abril próximo pasado.

<sup>7</sup> Ver DONALD R. O'MAY, *Lloyd's Form and the Montreal Convention*, en “Tulane Law Review”, vol. 57, Nº 5, junio de 1983.

<sup>8</sup> Ver J. D. RAY, Revista “La Ley”, 14 de junio de 1982, *Nuevas tendencias en el Derecho Marítimo Internacional. La Conferencia de Montreal. Asistencia y Salvamento*.

Es decir que, después de 75 años, estamos frente a la aprobación de una nueva Convención que introduce modificaciones importantes a la de 1910 sin perjuicio de mantener lo esencial de la misma.

## II

### LA CONFERENCIA

#### 1. *Participantes*

En la conferencia, celebrada en Londres, en la sede de la O.M.I., del 17 al 28 de abril del corriente año 1989, se encontraron representados 66 estados, dos organizaciones internacionales, una de ellas el Fondo Internacional de Indemnización para los Daños Debidos a Polución por Hidrocarburos y 19 organizaciones internacionales no gubernamentales, entre las cuales podemos citar al C.M.I. (Comité Marítimo Internacional), los Clubes de P. and I. (Mutuales de Armadores de Protección e Indemnización), la Cámara Internacional de Navegación, la Unión Internacional de Seguros Marítimos (I.U.M.I.), BIMCO (Baltic International Maritime Conference), la Asociación Internacional de Amigos de la Tierra y la Asociación Internacional de Liquidadores de Avería Gruesa.

#### 2. *Terminología*

La nueva convención legisla bajo la denominación de salvamento —traducción de la institución inglesa “salvage”— las dos figuras del derecho latino: Asistencia y Salvamento.

No entraremos al análisis de esas dos figuras del derecho continental, ni a señalar la distinción de las mismas ni la conveniencia de la unificación. En cambio, sí debemos puntualizar que en el curso de la Conferencia se plantearon



muchas discusiones como consecuencia de no haberse aclarado esa equivalencia <sup>9</sup>.

En el derecho latino siempre se distinguió la asistencia del salvamento y, a pesar de que desde la Convención de 1910, con acierto, se legislan en forma unificada las dos figuras, no hay ninguna duda de que las tareas y las remuneraciones deben ser distintas en un caso y en otro.

La distinción sólo tiene una carga psicológica porque de acuerdo con las pautas establecidas, tanto por la Convención de 1910 como por la de abril de este año, se establece con claridad el criterio que debe presidir la remuneración a fijar en un caso u otro.

Como consecuencia de la unificación y de la terminología empleada en la Convención debe tenerse en cuenta que cuando se utiliza el término "salvamento" y "salvador" se hace referencia a las dos instituciones del derecho latino, con la diferencia implícita en cada una de ellas.

### *3. Finalidad de la nueva Convención*

Como tuvimos oportunidad de destacar en las jornadas del año 1988, el nuevo proyecto tenía por finalidad la protección del medio ambiente, facilitar la contratación de las tareas de asistencia y salvamento cuando se ha producido el accidente, prever la coparticipación de los salvadores y establecer la posibilidad de cobrar una indemnización de los gastos y una recompensa especial, en algunos casos, por lo realizado en beneficio del medio ambiente, a pesar de no haber obtenido resultado útil con respecto al buque y a otros bienes auxiliados.

### *4. Definiciones. Concepto de buque*

Mediante una serie de definiciones se precisa la esfera de aplicación de la convención.

<sup>9</sup> Ver ops. cit., nota 1 (cap. IV, p. 7, separata y opiniones de Ripert y Rondiere).

A ese efecto tiene fundamental importancia el concepto de "buque" y con motivo de su definición se discutió si debía retomarse el texto elaborado por el Comité Marítimo Internacional en Montreal, disponiendo la aplicación de la Convención a las operaciones realizadas para salvar un buque hundido <sup>10</sup>.

Se intercambiaron opiniones acerca de la diferencia entre un buque y el "épave" o "wreck" y la mayoría se pronunció en favor de mantener el texto del proyecto del Comité Jurídico. El punto será materia de discusión judicial, con un resultado incierto, porque puede sostenerse que el buque hundido ha perdido su aptitud para la navegación y, en cambio, el proyecto de Montreal lo incluía porque las normas de la Convención son adecuadas para prever el caso de que se efectúe su salvamento.

#### *5. Daños al medio ambiente*

Con respecto a la definición de daños al medio ambiente se incluyen todos los que se pueden causar a bienes sitos en las aguas interiores y en las aguas adyacentes a las costas (incluyéndose el mar territorial y la zona económica exclusiva).

#### *6. Propietario y armador*

El proyecto hacía referencia al propietario del buque auxiliado y a las obligaciones que al mismo le incumben y se propuso sin éxito incluir otro sujeto, el armador, por la relevancia que puede tener frente a las obligaciones durante el auxilio o luego de prestado el mismo, en los casos en que el buque se haya arrendado a casco desnudo. Reiteramos que, en definitiva, se mantuvo la terminología del proyecto.

<sup>10</sup> Ver op. cit., nota 1. cap. VI, p. 13, separata.

## *7. Protección del medio ambiente*

Sin perjuicio de todas las novedades que introduce la nueva convención, la fundamental es la contemplación del riesgo de la contaminación y la exigencia de que se tomen medidas para evitar o minimizar, en lo posible, los daños al medio ambiente, a cuya definición ya nos referimos.

Como hemos señalado con anterioridad, tanto el proyecto de Montreal como el del Comité Marítimo Internacional y el nuevo formulario del Lloyd's habían cambiado el principio de "non cure no pay", es decir, si no hay éxito no hay pago, por el de "non cure sometimes pay", es decir, si no hay éxito en algunos casos hay que hacer un pago.

De acuerdo con ese nuevo principio quien presta el servicio tiene derecho a recuperar los gastos realizados para evitar o minimizar los daños al medio ambiente, si no es suficiente la remuneración que corresponde por el auxilio al buque o a otros bienes.

En la conferencia se llegó a la conclusión de que, cuando con la realización de esos gastos se hayan evitado o minimizado los daños al medio ambiente, la compensación especial, pagadera por el propietario del buque al salvador, podrá incrementarse hasta un máximo del 30 % de los gastos que éste efectuó. No obstante, el Tribunal, si lo considera equitativo y justo y teniendo presentes las pautas para fijar el salario de salvamento, podrá aumentar aun más esa compensación especial, sin que en ningún caso el aumento total sea superior al 100 % de los gastos efectuados por el salvador.

La delegación de EE. UU. pretendía que se estableciera una cláusula en favor de los intereses de la carga, a lo cual adhirieron algunas delegaciones y, después de muchas exposiciones e intercambios de puntos de vista, se llegó a la solución de compromiso que acabamos de mencionar.

También, en concordancia con la propuesta de la delegación de EE. UU., la Conferencia aprobó una resolución mediante la cual se pide al Secretario de la O.M.I. que

tome las medidas adecuadas para que se enmienden, cuanto antes, las Reglas de York Amberes de 1974, con el objeto de garantizar que la compensación o remuneración especial que establece el art. 14 de la convención quede excluida de liquidaciones y contribuciones en avería gruesa.

El secretario de la Organización, de acuerdo con lo sugerido en la conferencia, pocos días después de concluida la misma se puso en contacto con el presidente del C.M.I. para que se concrete esa resolución y en la conferencia convocada en París, para fines de junio del año próximo, se incluirá el tema, del cual se está ocupando un grupo de trabajo designado por el Consejo Ejecutivo del C.M.I.

#### *8. Intervención del Estado ribereño*

La protección ambiental es un tema de preocupación mundial y la aprobación de una nueva convención brindaba una buena oportunidad a fin de consagrar el derecho de los Estados ribereños para adoptar medidas tendientes a evitar o reducir al mínimo los daños "a sus costas e intereses conexos".

En ese sentido cabe recordar la convención internacional específica sobre el tema, sancionada en noviembre de 1969 que, en su art. 1º, consagra el principio de intervención en altamar. Ese artículo textualmente dice que los Estados-parte podrán tomar las medidas en altamar que fueren necesarias para prevenir, atenuar o eliminar un peligro grave o inminente para sus costas o intereses conexos, por contaminación o amenaza de contaminación del mar por petróleo, a consecuencia de un siniestro marítimo o de actos relacionados con ese siniestro, que pueda razonablemente temerse que tengan por resultado mayores consecuencias perjudiciales.

Esa disposición implica una modificación a la norma del derecho internacional público del mar que determina que fuera de las aguas territoriales y zonas en que los Estados costeros tienen posibilidad de ejercer actos jurisdiccionales,

ningún Estado puede adoptar medidas sobre los buques que enarbolan otro pabellón que el de ese Estado <sup>11</sup>.

Lo dispuesto en esa Convención de 1969 coincide con lo establecido años después, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar que prevé la posibilidad de tomar medidas para evitar la contaminación.

La Convención, suscripta en 1982 en Montego Bay (Jamaica), dedica su parte duodécima a la "protección y preservación del medio marino" y el art. 221 justifica que los Estados, con arreglo al derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, dispongan que se tomen medidas, más allá del mar territorial, que guarden proporción con el daño real o potencial, a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la pesca, para prevenir la contaminación o la amenaza de la misma que pueda resultar como consecuencia de un accidente marítimo o de actos relacionados con ese accidente, de los que quepa prever razonablemente que tendrán graves consecuencias perjudiciales.

A pesar de lo dispuesto en esos textos internacionales, la delegación de Australia consideró conveniente incluir una norma específica acerca de los derechos de los Estados ribereños.

Se formularon algunas objeciones, sobre la base de que tratándose de una convención de derecho privado no cabía contemplar aspectos de derecho público, pero el argumento fue superado en razón de la conveniencia de contemplar los derechos de los Estados ribereños, a lo que cabe agregar la dificultad de establecer una distinción tajante entre las normas de derecho público y privado y que nada impide que en una misma regulación, cuando es conveniente, se incluyan normas que puedan ser calificadas como de un sector u otro.

<sup>11</sup> Ver J. D. RAY, Trabajos citados en la nota 3.

## 9. *Cuestiones omitidas*

Debe tenerse en cuenta que en las conferencias internacionales, en más de una oportunidad, se omite la consideración de algunos temas y la inclusión de algunos puntos que perfeccionarían la regulación del instituto, pero ello se debe a la necesidad de obtener su aprobación y prever que no se incluyan cuestiones que puedan dificultar la ratificación o adhesión a la Convención.

Así por ejemplo —se dijo— no se incluyó la posibilidad de que los salvadores invoquen la limitación de responsabilidad —prevista en la Convención de Londres de 1976 sobre limitación por créditos marítimos— por entender que ello podría impedir algunas adhesiones o ratificaciones por parte de los Estados que no estén de acuerdo con esa solución. En el mismo sentido se excluyeron las normas referentes a la jurisdicción de los Estados para entablar las acciones de los interesados —que se encontraban incluidas en el art. 21 del proyecto preparado por el Comité Jurídico de la Organización (O.M.I.)— por entender que era un tema conflictivo.

## 10. *Influencia en la evolución del derecho marítimo*

A esta altura de la exposición cabe destacar la preparación y la labor coordinada de la delegación inglesa con las otras delegaciones que apoyaban sus propuestas frente a quienes sostenían posiciones encontradas.

El sistema inglés se caracteriza por encarar en forma “realista” los problemas, prescindiendo a veces del enfoque sistemático, típico del derecho latino, en especial, del francés.

Es conocida, en el campo marítimo y de las conferencias internacionales, la influencia del derecho anglosajón y su confrontación con el derecho continental.

En todas las convenciones internacionales, sancionadas a instancias de la O.M.I., se puede apreciar esa influencia y ello resulta patente si se analiza la terminología empleada en los textos.

Desde 1968 se ha puesto de manifiesto la pretensión de los países en desarrollo de influir en la evolución y transformación del derecho marítimo y en ese sentido cabe destacar la labor de la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)<sup>12</sup>.

Apoyamos esa pretensión y las del derecho continental, pero para que ellas se concreten es menester encarar los problemas en forma realista y tener la preparación necesaria para gravitar en las conferencias y coordinar la tarea a realizar, con propuestas aceptables para la comunidad internacional.

### 11. *Aprobación del texto*

En la última sesión de la conferencia se introdujeron planteos que insumieron horas, por la incomprensión del tema o de la terminología que debía utilizarse en los distintos idiomas y que postergó hasta últimas horas del día la aprobación definitiva de la convención.

Afortunadamente se obtuvo el consenso necesario y, además, se incluyeron tres resoluciones, una referente a un "common understanding", entendimiento general, de la Conferencia con respecto a la aplicación de los artículos 13 y 14 del Convenio en el sentido de que el Tribunal, al fijar el salario o la recompensa, en virtud del artículo 13, y determinar la compensación especial con arreglo al artículo 14 del convenio, no estaba obligado a fijar la recompensa, en virtud del art. 13, hasta el valor máximo del buque y de los demás bienes salvados, sin calcular previamente la compensación especial pagadera con arreglo al art. 14; la segunda sobre la modificación de las Reglas de York Amberes que hemos mencionado<sup>13</sup> y la otra acerca de la cooperación

<sup>12</sup> Ver nuestros trabajos sobre *Reglas de Hamburgo* y en especial el publicado en "Anales" de la Academia, en 1979.

Ver también JAN LOPUSKI, *Las principales líneas de evolución del derecho marítimo privado. La influencia ejercida por los países en desarrollo*, Revista "Le Droit Maritime Français", abril 1987 y mayo 1987.

<sup>13</sup> Ver Regla VI de York Amberes. Textualmente dice: "Remunera-

internacional para difundir la convención e intentar su puesta en vigencia en un futuro próximo.

## 12. Idiomas

El texto de la convención se presenta en los 6 idiomas de Naciones Unidas igualmente auténticos (árabe, chino, inglés, francés, ruso y español) pero se considera uno sólo el texto original.

### III

## LA CONVENCION

### 1. Estructura

La Convención consta de 34 artículos agrupados en 5 capítulos y titulados: I "Disposiciones Generales" (arts. 1-7), II "Ejecución de las Operaciones de Salvamento" (arts. 8-11), III "Derechos de los Salvadores" (arts. 12-19), IV "Reclamaciones y Acciones" (arts. 20-27) y V "Cláusulas Finales" (arts. 28-34).

Seguidamente nos referiremos a las cláusulas de la Convención para destacar las novedades de la misma en relación a la Convención de 1910, que se compone de un articulado mucho más reducido, en razón de que no se prevén los problemas que la nueva Convención encara acertadamente.

Interesa destacar que la Convención anterior sólo se aplicaba cuando el buque asistente o salvador o el buque asistido o salvado enarbolaba el pabellón de un Estado de

---

ción por asistencia y salvamento: Los gastos en que hayan incurrido las partes comprometidas en la aventura a causa de una asistencia o salvamento, mediante contrato u otra forma, serán admitidos en avería gruesa en la medida en que dichas operaciones tengan por objeto *preservar de un peligro a los bienes comprometidos en una expedición marítima*".

El grupo de trabajo designado por el Comité Marítimo Internacional se ha reunido y está estudiando la eventual reforma a la Regla transcrita.



una de las partes contratantes, y en los demás casos previstos por las leyes nacionales, salvo que todos los interesados dependieran de las jurisdicciones del mismo Estado del tribunal competente, en cuyo caso, se debería aplicar la ley nacional y no la Convención.

El nuevo texto generaliza la aplicación de la Convención, en tanto y en cuanto se debe aplicar siempre que en un Estado que haya ratificado o adherido a la misma se inicien procedimientos judiciales o arbitrales relativos a las cuestiones objeto del Convenio.

## 2. *Definiciones*

En el art. 1º se brindan un conjunto de definiciones que en cierto modo precisan la esfera de aplicación de la Convención.

En primer lugar, se define lo que debe considerarse como *operación de salvamento* que es todo acto o actividad emprendida para auxiliar o asistir a un buque o para salvaguardar cualesquiera otros bienes que se encuentren en peligro en aguas navegables o no. Esa definición generaliza el concepto en la medida en que no se limita al buque y a las personas o cosas que se hallan en él sino a cualquier otro bien que se encuentre en peligro en aguas navegables o en cualesquiera otras aguas.

En otras oportunidades nos hemos referido al concepto de "peligro" que debe ser cierto, real y concreto y que amenaza seriamente al "bien" que es objeto de la asistencia.

El peligro debe existir objetivamente y nuestra jurisprudencia ha rechazado las demandas judiciales cuando no se ha demostrado su existencia, que es un presupuesto de la asistencia. Desde luego, dentro de la doctrina y jurisprudencia latina, en los casos tipificados como salvamento, el riesgo ya se ha concretado, el siniestro se ha configurado y el "peligro" se puede considerar respecto a la forma de encarar el salvamento y a las consecuencias que pueden derivar del mismo.

Debemos señalar que en la definición de *daños al medio ambiente* se incluyen todos los daños materiales que afecten considerablemente a la salud del ser humano, a la flora o la fauna marinas o a los recursos marinos que se encuentren en "aguas costeras o interiores o en las aguas adyacentes a éstas", ocasionados por contaminación, impurificación, incendio, explosión u otros sucesos graves de análoga importancia.

La definición es amplia pero los calificativos con respecto a la importancia del suceso o de los daños a la salud tienden a eliminar algunos hechos que puedan carecer de relevancia.

En ese primer artículo también se define lo que debe entenderse por "buque", (como señalamos en el n<sup>o</sup> 4 del cap. II), por "bienes", por "pago" y se aclara que cuando se habla de "Organización" se hace referencia a la Organización Marítima Internacional.

### 3. *Aplicación*

Como hemos señalado el Convenio se aplica siempre que en un Estado contratante se inicien procedimientos judiciales o arbitrales relativos a las cuestiones objeto del Convenio (art. 2<sup>o</sup>).

### 4. *Plataformas y unidades de perforación*

La Convención no se aplica a las plataformas fijas o flotantes ni a las unidades móviles de perforación mar adentro, cuando estén en posición y realizando operaciones de exploración, explotación o producción de los recursos de minerales del fondo del mar (art. 3<sup>o</sup>).

De lo expuesto resulta que el convenio sería aplicable a esas construcciones cuando estén navegando porque se excluye si están operando.

## 5. *Buques de Estado*

El convenio no se aplica a los buques de Estado, salvo que un Estado-parte considere que debe aplicarse y así lo decida y lo notifique al secretario de la Organización (art. 4º)<sup>14</sup>.

## 6. *Supervisión de las autoridades públicas*

Se prevén las operaciones realizadas con la supervisión de las autoridades públicas y la aplicación del convenio y de la ley del Estado en que está radicada la autoridad (art. 5º).

## 7. *Contratos de salvamento. Su anulación.*

El convenio se debe aplicar a todo contrato de salvamento, cuyas cláusulas prevalecerán, salvo que se justifique su anulación y lo que corresponda hacer para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente.

El capitán está facultado para celebrar contratos en nombre del propietario del buque y ambos pueden hacerlo en representación del titular de los bienes que se encuentren a bordo (art. 6º).

Los contratos son anulables si se celebraron ante influencia indebida o frente al "peligro" y cuando es inequitativo el pago pactado, sea por alto o sea por bajo (art. 7º).

## 8. *Ejecución de las operaciones de salvamento*

Se establece la obligación para el salvador de: a) actuar con la debida diligencia, para efectuar la operación y para

<sup>14</sup> Ver op. cit., Nº 1, cap. VI, Nº 3, p. 15, separata.

El problema se planteará acerca de la aplicación del Protocolo de 1967 a la Convención de 1910, si entra en vigencia la nueva Convención que reemplaza a la anterior y no se cumple con la notificación que prevé el art. 4º mencionado en el texto.

evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente; b) recibir o aceptar el auxilio de otros salvadores, cuando razonablemente las circunstancias lo exijan y, a su vez, el propietario y el capitán del buque o el propietario de otros bienes en peligro deben colaborar con el salvador en la operación de auxilio y con la debida diligencia, para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente. A su vez, deben recibir el buque o los bienes llevados a lugar seguro, cuando así lo requiera el salvador y ello sea razonable (art. 8º).

#### 9. *Derechos de los Estados ribereños*

El Estado ribereño, de conformidad con los principios reconocidos de derecho internacional, tiene el derecho de proteger sus costas y a ese efecto el de dar instrucciones relacionadas con las operaciones de salvamento (art. 9º)

Como ya hemos destacado, esa norma coincide con lo establecido en la Convención de 1969 y en la de Montego Bay, mencionadas precedentemente para los casos de riesgo de contaminación y, en última instancia, responde al principio de autodefensa de sus costas.

#### 10. *Obligación de prestar auxilio a las personas*

El capitán de un buque tiene el deber de prestar auxilio a cualquier persona que se halle en peligro de desaparecer en el mar, siempre que ello no entrañe grave peligro para su buque y para las personas que se encuentren a bordo y los Estados-partes en la Convención deben adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a esa obligación. En caso de incumplimiento el propietario del buque no incurre en responsabilidad (art. 10).

Esta obligación —que coincide con lo que dispone la Convención de 1910 y responde a un elemental principio

de humanidad y solidaridad en el mar— está consagrada en el art. 131 de nuestra Ley de la Navegación.

Algunos han sostenido que el salvador debía tener derecho a cobrar una remuneración por el salvamento de personas, aunque no haya resultado útil con respecto a bienes materiales.

Esa tesis no fue aceptada y en el art. 16, bajo el título *Salvamento de personas*, se dispone que las personas salvadas no están obligadas al pago de ninguna remuneración por el servicio de auxilio, pero se deja a salvo que nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las disposiciones de las leyes nacionales sobre esta materia.

## 11. *Cooperación*

Se consagra una norma general para el Estado-parte, cuando debe dictar reglas o adoptar decisiones acerca de cuestiones relacionadas con operaciones de salvamento, tales como la admisión en sus puertos de buques que necesitan socorro o cuando sea necesaria la prestación de servicios a los salvadores. En esos casos, el Estado-parte tendrá en cuenta la necesidad de que exista cooperación entre los salvadores, las otras partes interesadas y las autoridades públicas, con el fin de asegurar la ejecución eficaz y satisfactoria de las operaciones de salvamento encaminadas a salvar vidas humanas o bienes en peligro, así como a evitar daños al medio ambiente en general (art. 11).

## 12. *Condiciones para que haya derecho a recompensa.* *El resultado útil*

Se mantiene el principio de que para que haya derecho a una recompensa debe haber un resultado útil y que el mismo se aplica aunque los buques pertenezcan al mismo propietario (art. 12).

Sin embargo, señalamos que más adelante la Conven-

ción establece el derecho a una recompensa aunque no haya habido resultado útil para el buque, la carga o los bienes auxiliados, si se evitan o se reducen al mínimo los daños al medio ambiente.

### 13. *Criterio para determinar la recompensa*

La recompensa se determinará con miras a alentar las operaciones de salvamento, teniendo en cuenta los siguientes criterios, sin atender al orden en que aparecen enumerados.

- a) el valor del buque y otros bienes salvados;
- b) la pericia y los esfuerzos desplegados por los salvadores para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente;
- c) la medida del éxito logrado por el salvador;
- d) la naturaleza y el grado del peligro;
- e) la pericia y los esfuerzos desplegados por los salvadores para salvar el buque, otros bienes o vidas humanas;
- f) el tiempo empleado, los gastos efectuados y las pérdidas sufridas por los salvadores;
- g) el riesgo de incurrir en responsabilidad y demás riesgos que hayan corrido los salvadores o su equipo;
- h) la prontitud con que se hayan prestado los servicios;
- i) la disponibilidad y la utilización de buques o de otro equipo destinados a operaciones de salvamento;
- j) el grado de preparación y la eficacia del equipo del salvador, así como el valor del mismo (art. 13).

La enumeración de esas pautas es más extensa que la del artículo 8 de la Convención de 1910, pero los principios son los mismos, con el importante agregado de que apunta a la protección al medio ambiente <sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Independientemente de las referencias que se hacen en el preámbulo

El pago debe efectuarse en proporciones a los respectivos valores de los bienes salvados y se consagra la posibilidad de que el Estado establezca la solidaridad, sin perjuicio de que quien haya pagado la totalidad recupere frente a los titulares de los otros bienes el importe que a estos les corresponde y sin que la recompensa, excluidas las costas y los intereses, pueda exceder el valor del buque y de los demás bienes salvados (art. 13).

Es decir que, de acuerdo con la convención, la solidaridad de los titulares de los bienes auxiliados frente al pago del salario no está contemplada, sin perjuicio de la facultad del capitán y del propietario del buque de comprometer la contribución por la carga <sup>16</sup>.

#### 14. *Recompensa especial*

Con la finalidad de estimular las actividades que tiendan a evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente y como ya hemos señalado, la Convención consagra el derecho a una indemnización y, eventualmente, a una recompensa especial, aunque no se hayan salvado el buque, la carga u otros bienes.

Textualmente dice el art. 14:

“Cuando el salvador haya efectuado operaciones de salvamento en relación a un buque que directamente o por la naturaleza de su carga constituía una amenaza de daños al medio ambiente y no haya logrado obtener, en virtud de lo dispuesto en el art. 13, una recompensa al menos equivalente a la compensación especial calculable de conformidad con el presente artículo, tendrá derecho a recibir del propietario de ese buque una compensación especial que

---

y de inclusiones tácitas hay muchos artículos en que se hace mención expresa a la finalidad de la protección al medio ambiente (arts. 1, 6, 8, 9, 11, 13, 14 y 16) y de la indemnización y recompensa que se tiene derecho a cobrar.

<sup>16</sup> Ver trabajo publicado en la Revista “La Ley”, cap. IX, citado y el fallo del 10 de junio de la Cámara Federal de la Capital en Revista “La Ley”, 24 de abril de 1988.

sea equivalente a sus gastos, tal como éstos se definen en el presente artículo.

"Cuando, en las circunstancias indicadas en el párrafo 1, el salvador haya logrado mediante sus operaciones de salvamento evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente, la compensación especial pagadera por el propietario al salvador en virtud del párrafo 1 podrá incrementarse hasta un máximo del 30 % de los gastos efectuados por el salvador. No obstante, el tribunal, si lo considera equitativo y justo y teniendo presentes los criterios pertinentes establecidos en el párrafo 1 del art. 13, podrá aumentar aún más esa compensación especial, sin que en ningún caso el aumento total sea superior al 100 % de los gastos efectuados por el salvador."

Como también hemos destacado, el párrafo segundo de este artículo dio motivo a una gran discusión durante la Conferencia acerca del por ciento que debía establecerse, porque representantes de países en vías de desarrollo se oponían a que la recompensa especial pudiera superar el 30 % de los gastos efectuados por el salvador y por ello se llegó a la redacción del texto transcrito que, no obstante establecer que el máximo de la recompensa es de un 30 % de los gastos, el tribunal puede aumentarla, llegando hasta establecer una compensación equivalente al 100 % de los gastos.

En los otros cuatro párrafos del art. 14 se hace referencia a la determinación de los gastos para establecer la recompensa, la condición para que ésta proceda, cuándo se pierde el derecho a la misma y el derecho a repetir lo pagado<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Se ha dicho que la redacción que se le ha dado al art. 14 no es clara, como consecuencia de que fue el resultado de un compromiso adoptado entre las distintas propuestas formuladas.

Lo dispuesto en el art. 14 debe interpretarse en estrecha correlación con lo establecido en el art. 13.

En primer lugar, lo dispuesto en el art. 14 juega en la hipótesis de que la remuneración en función del art. 13 sea insuficiente, es decir, que esto es un presupuesto para la aplicación de lo dispuesto en el art. 14.



## 15. *Otras normas*

a) En el art. 15, se regula lo referente al reparto de la recompensa entre los salvadores y la ley aplicable a ese efecto.

b) El art. 16 se refiere al salvamento de personas contemplado precedentemente en el número 10.

c) El art. 17 contempla el caso de servicios prestados en virtud de contratos previos.

Se generaliza el principio de la Convención de 1910 que se refería al contrato de remolque y exigía que los servicios fueran extraordinarios.

d) El art. 18 prevé el caso de mala conducta del salvador y la privación total o parcial de la remuneración.

En caso de prohibición expresa y razonable del propietario del buque o de los bienes en peligro, los servicios prestados no dan derecho a pagos, en virtud de la Convención (art. 19).

## 16. *Reclamaciones y acciones*

En el capítulo IV se prevé lo referente al privilegio del salvador (art. 20), a la obligación de constituir fianza frente al reclamo del salvador, incluyendo lo que corresponda en concepto de intereses y costas (art. 21), sobre el derecho a pagos provisorios (art. 22), acerca del término de prescripción (art. 23), sobre los intereses (art. 24), en cuanto a las cargas de propiedad del Estado (art. 25) y las que se transportan con fines humanitarios (art. 26) y a la publicación de los laudos arbitrales (art. 27).

---

En segundo lugar, la indemnización o remuneración en función de lo dispuesto en el art. 14, sólo puede serle reclamada al propietario del buque.

En tercer lugar, efectuada la comparación entre la remuneración dispuesta en virtud del art. 13 con la del art. 14, se aplica ésta si aquélla es menor por sólo el saldo que no se haya cubierto con la primera.

Cabe agregar que el propietario del buque puede ejercer acciones de repetición y, en este sentido, la pregunta que cabe formularse es si ese recupero puede hacerse en función de la Regla VI, transcrita en la nota 13.

## 17. Cláusulas finales

Las últimas cláusulas son las de estilo, es decir, sobre entrada en vigor de la convención, reservas, denuncia, revisión y enmienda, depósito ante el secretario de la O.M.I. y la función de éste y, por último, que se aprueba un solo texto en los idiomas oficiales (árabe, chino, inglés, francés, ruso y español).

### *Síntesis*

En las jornadas del año 1988, recordando lo expuesto en 1982, en el Seminario de Cartagena de Indias (Colombia), dijimos que examinando el panorama legislativo latinoamericano no había nada fundamental que se opusiera a la legislación internacional que se proyectaba para el futuro y que no teníamos dudas de que se aprobaría una nueva Convención.

Reiteramos nuestra opinión favorable al nuevo texto y teniendo en cuenta el consenso que existió en la Conferencia pensamos que en un futuro próximo obtendrá las 15 ratificaciones o adhesiones necesarias para entrar en vigencia.

Se tendrá así un nuevo convenio acorde con los problemas que plantean las nuevas técnicas en materia de transporte y, próximamente, se encarará el referente al transporte de mercaderías nocivas y peligrosas<sup>18</sup>.

Señoras y señores:

Hemos brindado un panorama de los antecedentes que determinaron la aprobación de una nueva Convención sobre una institución tradicional del derecho del mar.

Y hemos expuesto, en forma muy sucinta, algunos te-

<sup>18</sup> El transporte de materiales nocivos y peligrosos fue contemplado en la Conferencia de Londres de 1984, y el proyecto no fue aprobado por las disidencias planteadas acerca de cómo debían soportarse las contribuciones entre buque y carga.

mas discutidos en la Conferencia y la estructura y lo nuevo del convenio.

En 1905, un miembro de esta Academia —y patrono del sillón que ocupa el Dr. Jorge Mayer— Estanislao Zavallos, fundó la Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Desde entonces y sobre todo en los últimos 30 años, esta Asociación ha estado presente en las conferencias internacionales privadas y diplomáticas de derecho marítimo.

La Asociación es la filial del Comité Marítimo Internacional, institución que agrupa a las Asociaciones Nacionales y está reconocida como entidad consultora de la O.M.I. y de la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD). El Comité, su presidente y algunos de sus miembros han tenido una intervención importante en la sanción de la nueva Convención.

Concluimos, entonces, esta relación haciendo votos por una participación, activa y constante, de la Argentina en la labor de esos organismos privados y públicos que tienden a sancionar normas cada vez más justas y que contemplan adecuadamente los intereses que gravitan en la comunidad internacional.



**TEXTO DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE  
SALVAMENTO MARÍTIMO, 1989**

**En su forma aprobada por el Pleno de la Conferencia  
el 28 de abril de 1989**



## CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE SALVAMENTO MARÍTIMO, 1989

Los estados partes en el presente convenio:

Reconociendo que es aconsejable establecer mediante acuerdo, reglas internacionales uniformes relativas a las operaciones de salvamento,

Tomando nota de que algunos acontecimientos importantes, en especial la preocupación creciente por la protección del medio ambiente, han demostrado la necesidad de adaptar las reglas internacionales que figuran actualmente en el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y salvamento marítimos, hecho en Bruselas el 23 de septiembre de 1910,

Concientes de la significativa contribución que las operaciones de salvamento eficaces y oportunas pueden representar para la seguridad de los buques y otros bienes en peligro, así como para la protección del medio ambiente,

Convencidos de la necesidad de garantizar incentivos adecuados para las personas que realicen operaciones de salvamento en lo que respecta a buques y otros bienes en peligro,

Conviene:

### Capítulo I

#### DISPOSICIONES GENERALES

##### Artículo 1

##### *Definiciones*

A los efectos del presente Convenio regirán las siguientes definiciones:

- a) *Operación de salvamento*: todo acto o actividad emprendido para auxiliar o asistir a un buque o para salvaguardar

- cualesquiera otros bienes que se encuentren en peligro en aguas navegables o en cualesquiera otras aguas.
- b) *Buque*: toda nave o embarcación, o toda estructura apta para la navegación.
  - c) *Bienes*: cualesquiera bienes no fijados de manera permanente e intencional a la costa; el término incluye el flete sujeto a riesgo.
  - d) *Daños al medio ambiente*: daños que afecten considerablemente a la salud del ser humano, a la flora o la fauna marinas o a los recursos marinos que se encuentren en aguas costeras o interiores o en las aguas adyacentes a éstas, ocasionados por contaminación, impurificación, incendio, explosión u otros sucesos graves de análoga importancia.
  - e) *Pago*: toda recompensa, remuneración o compensación pagaderas en virtud del presente Convenio.
  - f) *Organización*: la Organización Marítima Internacional.
  - g) *Secretario General*: el Secretario General de la Organización.

## Artículo 2

### *Aplicación del Convenio*

El presente Convenio será aplicable siempre que en un Estado Parte se inicien procedimientos judiciales o arbitrales relativos a las cuestiones objeto del Convenio.

## Artículo 3

### *Plataformas y unidades de perforación*

El presente Convenio no será aplicable a las plataformas fijas o flotantes ni a las unidades móviles de perforación mar adentro cuando tales plataformas o unidades estén en estación y realizando operaciones de exploración, explotación o producción de recursos minerales en los fondos marinos.

## Artículo 4

### *Buques de propiedad del Estado*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, el presente Convenio no será aplicable a los buques de guerra ni a otros buques de propiedad del Estado, o utilizados por éste, que gocen de inmu-



nidad soberana en el momento de las operaciones de salvamento, de conformidad con los principios generalmente reconocidos de derecho internacional, a menos que ese Estado decida otra cosa.

2. Cuando un Estado Parte decida aplicar el Convenio a sus buques de guerra o a otros buques de los mencionados en el párrafo 1 lo notificará al Secretario General especificando las modalidades y condiciones de dicha aplicación.

## Artículo 5

### *Operaciones de salvamento supervisadas por autoridades públicas*

1. El presente Convenio no afectará a ninguna disposición establecida en leyes nacionales o en cualquier convenio internacional relativa a operaciones de salvamento efectuadas por las autoridades públicas o bajo su supervisión.

2. No obstante, los salvadores que efectúen tales operaciones de salvamento podrán hacer valer los derechos y excepciones contemplados en el presente Convenio respecto de las operaciones de salvamento.

3. La medida en que una autoridad pública obligada a efectuar operaciones de salvamento pueda hacer valer los derechos y excepciones contemplados en el presente Convenio será determinada por la ley del Estado en que esté radicada dicha autoridad.

## Artículo 6

### *Contratos de salvamento*

1. El presente Convenio será aplicable a todas las operaciones de salvamento, salvo en la medida que un contrato disponga otra cosa expresa o implícitamente.

2. El capitán estará facultado para celebrar contratos de operaciones de salvamento en nombre del propietario del buque. El capitán y el propietario del buque estarán facultados para celebrar tales contratos en nombre del propietario de los bienes que se encuentren a bordo del buque.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo irá en perjuicio de la aplicación del artículo 7 ni de la obligación de evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente.

## Artículo 7

### *Anulación y modificación de los contratos*

Un contrato o cualesquiera de sus condiciones podrán anularse o modificarse si:

- a) en la conclusión del contrato intervino una presión indebida o se concertó bajo la influencia del peligro y sus condiciones no son equitativas, o
- b) el pago pactado en el contrato es excesivamente alto o excesivamente bajo en relación con los servicios efectivamente prestados.

## Capítulo II

### EJECUCIÓN DE LAS OPERACIONES DE SALVAMENTO

## Artículo 8

### *Obligaciones del salvador, del propietario y el capitán*

1. El salvador tendrá obligación para con el propietario del buque o de otros bienes en peligro:

- a) de efectuar las operaciones de salvamento con la debida diligencia;
- b) de actuar, en el cumplimiento de la obligación especificada en a), con la debida diligencia para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente;
- c) de recabar, cuando las circunstancias razonablemente lo exijan, el auxilio de otros salvadores; y
- d) de aceptar la intervención de otros salvadores cuando razonablemente así lo pidan el propietario o el capitán del buque o el propietario de otros bienes en peligro; no obstante, la cuantía de su recompensa no resultará afectada si se demuestra que tal petición no era razonable.

2. El propietario y el capitán del buque o el propietario de otros bienes en peligro tendrán obligación para con el salvador:

- a) de colaborar plenamente con él mientras se desarrollen las operaciones de salvamento;
- b) de actuar, cuando presten su colaboración, con la debida diligencia para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente; y

- c) de aceptar, una vez llevados a lugar seguro el buque u otros bienes, la entrega de éstos, cuando así lo pida el salvador y ello sea razonable.

## Artículo 9

### *Derechos de los Estados ribereños*

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará al derecho del Estado ribereño interesado a tomar medidas, de conformidad con los principios generalmente reconocidos de derecho internacional, para proteger sus costas o intereses conexos contra la contaminación o la amenaza de contaminación resultante de un siniestro marítimo o de actos relacionados con dicho siniestro, de los que quepa prever razonablemente que tendrán graves consecuencias perjudiciales, incluido el derecho de un Estado ribereño a dar instrucciones relacionadas con las operaciones de salvamento.

## Artículo 10

### *Obligación de prestar auxilio*

1. Todo capitán tiene el deber de prestar auxilio a cualquier persona que se halle en peligro de desaparecer en el mar, siempre que ello no entrañe grave peligro para su buque y para las personas que se encuentren a bordo.

2. Los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para dar efectividad al deber enunciado en el párrafo 1.

3. El propietario del buque no incurrirá en responsabilidad en caso de incumplimiento por el capitán del deber estipulado en el párrafo 1.

## Artículo 11

### *Cooperación*

Todo Estado Parte, al dictar reglas o adoptar decisiones acerca de cuestiones relacionadas con operaciones de salvamento, tales como la admisión en puerto de buques necesitados de socorro o la prestación de servicios a los salvadores, tendrá en cuenta la necesidad de que exista cooperación entre los salvadores, las otras partes interesadas y las autoridades públicas con el fin de asegurar la ejecución eficaz y satisfactoria de las operaciones de salvamento encaminadas a salvar vidas humanas o bienes en peligro, así como a evitar daños al medio ambiente en general.

## Capítulo III

### DERECHOS DE LOS SALVADORES

#### Artículo 12

##### *Condiciones para que haya derecho a recompensa*

1. Las operaciones de salvamento que hayan producido un resultado útil darán derecho a recompensa.
2. Salvo que se disponga otra cosa, no nace obligación de pago alguno en virtud del presente Convenio si las operaciones de salvamento no han producido un resultado útil.
3. Las disposiciones del presente capítulo serán aplicables aun cuando el buque salvado y el buque que emprenda las operaciones de salvamento pertenezcan al mismo propietario.

#### Artículo 13

##### *Criterios para determinar la recompensa*

1. La recompensa se determinará con miras a alentar las operaciones de salvamento, teniendo a cuenta los siguientes criterios sin atender al orden en que aparecen enumerados:
  - a) el valor del buque y otros bienes salvados;
  - b) la pericia y los esfuerzos desplegados por los salvadores para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente;
  - c) la medida del éxito logrado por el salvador;
  - d) la naturaleza y el grado del peligro;
  - e) la pericia y los esfuerzos desplegados por los salvadores para salvar el buque, otros bienes o vidas humanas;
  - f) el tiempo empleado, los gastos efectuados y las pérdidas sufridas por los salvadores;
  - g) el riesgo de incurrir en responsabilidad y demás riesgos que hayan corrido los salvadores o su equipo;
  - h) la prontitud con que se hayan prestado los servicios;
  - i) la disponibilidad y la utilización de buques o de otro equipo destinados a operaciones de salvamento;
  - j) el grado de preparación y la eficacia del equipo del salvador, así como el valor del mismo.

2. El pago de una recompensa determinada con arreglo al párrafo 1 se efectuará por todos los intereses vinculados al buque y a los demás bienes salvados en proporción a sus respectivos valores. No obstante, un Estado Parte podrá estipular en sus leyes nacionales que el pago de una recompensa ha de ser efectuado por uno de esos intereses, a reserva del derecho de ese interés a repetir contra los otros intereses por sus respectivas partes. Nada de lo dispuesto en el presente artículo irá en perjuicio del derecho a oponer excepciones.

3. La recompensa, excluidos los intereses y las costas judiciales exigibles en virtud del fallo, no excederá del valor del buque y demás bienes salvados.

## Artículo 14

### *Compensación especial*

1. Cuando el salvador haya efectuado operaciones de salvamento en relación a un buque que directamente o por la naturaleza de su carga constituía una amenaza de daños al medio ambiente y no haya logrado obtener, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13, una recompensa al menos equivalente a la compensación especial calculable de conformidad con el presente artículo, tendrá derecho a recibir del propietario de ese buque una compensación especial que sea equivalente a sus gastos, tal como éstos se definen en el presente artículo.

2. Cuando, en las circunstancias indicadas en el párrafo 1, el salvador haya logrado mediante sus operaciones de salvamento evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente, la compensación especial pagadera por el propietario al salvador en virtud del párrafo 1 podrá incrementarse hasta un máximo del 30 % de los gastos efectuados por el salvador. No obstante, el tribunal, si lo considera equitativo y justo y teniendo presente los criterios pertinentes establecidos en el párrafo 1 del artículo 13, podrá aumentar aún más esa compensación especial, sin que en ningún caso el aumento total sea superior al 100 % de los gastos efectuados por el salvador.

3. A efectos de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, por gastos del salvador se entenderá los gastos personales que razonablemente haya tenido el salvador en la operación de salvamento y una cantidad equitativa correspondiente al equipo y al personal que efec-

tiva y razonablemente se hayan empleado en la operación de salvamento, tomando en consideración los criterios establecidos en el artículo 13, párrafo 1 h), i) y j).

4. La compensación especial total calculada en virtud del presente artículo se pagará solamente en el caso de que ésta exceda de cualquier recompensa que el salvador pueda exigir en virtud del artículo 13, y en la medida de ese exceso.

5. Si el salvador ha sido negligente y por ello no ha logrado evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente, se le podrá privar total o parcialmente de cualquier compensación especial debida en virtud del presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo irá en perjuicio del derecho de repetición que pueda amparar al propietario del buque.

## Artículo 15

### *Reparto entre los salvadores*

1. El reparto entre los salvadores de la recompensa contemplada en el artículo 13 se hará con arreglo a los criterios establecidos en dicho artículo.

2. El reparto entre el propietario, el capitán y las demás personas que haya al servicio de cada uno de los buques salvadores se regulará por la ley del país cuyo pabellón enarbole el respectivo buque salvador. Si el salvamento no se ha efectuado desde un buque, el reparto se regulará por la ley que rija el contrato celebrado entre el salvador y sus empleados.

## Artículo 16

### *Salvamento de personas*

1. Las personas salvadas no están obligadas al pago de ninguna remuneración, pero nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las disposiciones de las leyes nacionales sobre esta materia.

2. El salvador de vidas humanas que haya participado en los servicios prestados con ocasión del accidente que haya dado lugar al salvamento tendrá derecho a una parte equitativa del pago adjudicado al salvador por salvar el buque u otros bienes o por haber evitado o reducido al mínimo los daños al medio ambiente.

## Artículo 17

### *Servicios prestados en virtud de contratos existentes*

No nace obligación de pago alguno en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio a menos que los servicios prestados excedan de lo que razonablemente quepa considerar como el debido cumplimiento de un contrato celebrado con anterioridad a la aparición del peligro.

## Artículo 18

### *Efectos de la mala conducta del salvador*

El salvador podrá ser privado total o parcialmente del pago debido en virtud del presente Convenio en la medida en que la necesidad o la dificultad de las operaciones de salvamento fueran resultado de culpa o negligencia suyas o si ha sido culpable de fraude u otra forma de conducta ilícita.

## Artículo 19

### *Prohibición de efectuar operaciones de salvamento*

Los servicios que se presten no obstante la prohibición expresa y razonable del propietario o del capitán del buque, o del propietario de cualesquiera otros bienes en peligro que no estén ni hayan estado a bordo del buque no darán lugar a pagos en virtud del presente Convenio.

## Capítulo IV

### RECLAMACIONES Y ACCIONES

## Artículo 20

### *Privilegio marítimo*

1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio irá en perjuicio del privilegio marítimo de que sea acreedor el salvador en virtud de un convenio internacional o de una ley nacional.

2. El salvador no podrá hacer valer su privilegio marítimo si, en debida forma, se le ha ofrecido o ha sido constituida en su favor fianza bastante respecto de su reclamación, incluso intereses y costas.

## Artículo 21

### *Obligación de constituir fianza*

1. A petición del salvador, toda persona responsable de un pago en virtud del presente Convenio habrá de constituir fianza bastante respecto de la reclamación del salvador, incluidos intereses y costas.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, el propietario del buque salvado hará todo lo posible para asegurarse de que los propietarios de la carga constituyan fianza bastante respecto de las reclamaciones presentadas contra ellos, incluidos intereses y costas, antes de que la carga sea liberada.

3. Sin el consentimiento del salvador, el buque y otros bienes salvados no podrán ser retirados del primer puerto o lugar al que hayan llegado tras la terminación de las operaciones de salvamento hasta que se haya constituido fianza bastante respecto de la reclamación del salvador presentada en contra del buque o bienes de que se trate.

## Artículo 22

### *Pagos provisionales*

1. El tribunal competente para entender de la reclamación del salvador podrá, mediante resolución, ordenar provisionalmente que al salvador se le pague a cuenta la cantidad que se juzgue equitativa y justa, en las condiciones, incluidas, cuando corresponda, las relativas a fianza, que sean también equitativas y justas según las circunstancias del caso.

2. Cuando se haga un pago provisional en virtud del presente artículo se admitirá proporcionalmente la fianza constituida en virtud del artículo 21.



## Artículo 23

### *Prescripción de las acciones*

1. Toda acción relativa a los pagos que se originen en virtud del presente Convenio prescribirá si no se ha iniciado un procedimiento judicial o arbitral en el plazo de dos años. El plazo de prescripción comenzará a correr el día en que hayan concluido las operaciones de salvamento.

2. La persona contra la cual se haya presentado una reclamación podrá, en cualquier momento mientras corre el plazo de prescripción, prorrogar éste mediante declaración dirigida al reclamante. Ese plazo podrá prorrogarse nuevamente de esta misma manera.

3. La persona en quien recaiga responsabilidad podrá incoar una acción de repetición incluso después de transcurrido el plazo de prescripción estipulado en los párrafos precedentes, siempre que la acción se interponga dentro de los plazos señalados por la ley del Estado en que se haya iniciado el procedimiento.

## Artículo 24

### *Intereses*

El derecho del salvador a percibir intereses respecto de todo pago que se origine en virtud del presente Convenio se determinará de conformidad con la ley del Estado en que tenga su asiento el tribunal que entienda del caso.

## Artículo 25

### *Carga de propiedad del Estado*

A menos que el Estado propietario lo consienta, nada de lo dispuesto en el presente Convenio servirá de base para la incautación, embargo preventivo o retención, en virtud de procedimiento legal alguno ni tampoco en virtud de un procedimiento legal *in rem*, de las cargas no comerciales de propiedad del Estado que gocen de inmunidad soberana en el momento de las operaciones de salvamento, de conformidad con los principios generalmente reconocidos de derecho internacional.

## Artículo 26

### *Cargas para fines humanitarios*

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio servirá de base para incautar, embargar preventivamente o retener las cargas donadas por un Estado para fines humanitarios, si ese Estado ha convenido en pagar por los servicios de salvamento prestados en relación con esas cargas.

## Artículo 27

### *Publicación de laudos arbitrales*

Los Estados Partes fomentarán, en la medida de lo posible y con el consentimiento de las partes, la publicación de los laudos arbitrales pronunciados en casos de salvamento.

## Capítulo V

### CLAUSULAS FINALES

## Artículo 28

### *Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión*

1. El presente Convenio estará abierto a la firma, en la sede de la Organización, desde el 1 de julio de 1989 hasta el 30 de junio de 1990, y posteriormente seguirá abierto a la adhesión.

2. Los Estados podrán manifestar su consentimiento en obligarse por el presente Convenio mediante:

- a) firma sin reserva en cuanto a ratificación, aceptación o aprobación; o
- b) firma a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, seguida de ratificación, aceptación o aprobación; o
- c) adhesión.

3. La ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se efectuarán depositando ante el Secretario General el instrumento que proceda.

## Artículo 29

### *Entrada en vigor*

1. El presente Convenio entrará en vigor un año después de la fecha en que quince Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse por dicho Convenio.

2. Para el Estado que manifieste su consentimiento en obligarse por el presente Convenio una vez satisfechas las condiciones para su entrada en vigor, ese consentimiento surtirá efecto un año después de la fecha en que se haya manifestado tal consentimiento.

## Artículo 30

### *Reservas*

1. Todo Estado, en el momento en que se produzcan la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, podrá hacer reserva de su derecho a no aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) cuando la operación de salvamento se desarrolle en aguas interiores y todos los buques afectados sean de navegación interior;
- b) cuando las operaciones de salvamento se desarrollen en aguas interiores y no se vea afectado ningún buque;
- c) cuando todas las partes interesadas sean nacionales de ese Estado;
- d) cuando se trate de un bien marítimo de carácter cultural que presente un interés prehistórico, arqueológico o histórico y que se encuentre en el fondo del mar.

2. Las reservas hechas en el momento de la firma quedarán sujetas a confirmación al producirse la ratificación, la aceptación o la aprobación.

3. Todo Estado que haya hecho una reserva respecto del presente Convenio podrá retirarla en cualquier momento mediante una notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro surtirá efecto en la fecha en que se reciba la notificación. Si en la notificación se especifica que el retiro de una reserva va a surtir efecto en una fecha dada y ésta es posterior a la fecha en que el Secreta-

rio General reciba la notificación, el retiro surtirá efecto en la fecha posterior.

### Artículo 31

#### *Denuncia*

1. El presente Convenio podrá ser denunciado por un Estado Parte en cualquier momento posterior a la expiración de un plazo de un año contado a partir de la fecha en que el presente Convenio haya entrado en vigor para dicho Estado.

2. La denuncia se efectuará depositando un instrumento de denuncia ante el Secretario General.

3. La denuncia surtirá efecto transcurrido un año a partir de la recepción, por parte del Secretario General, del instrumento de denuncia, o cualquier otro plazo más largo que pueda ser fijado en dicho instrumento.

### Artículo 32

#### *Revisión y enmienda*

1. La Organización podrá convocar una conferencia con objeto de revisar o enmendar el presente Convenio.

2. El Secretario General convocará una conferencia de los Estados Partes en el presente Convenio con objeto de revisarlo o enmendarlo, a petición de ocho Estados Partes o de un cuarto de los Estados Partes, si esta cifra es mayor.

3. Todo consentimiento en obligarse por este Convenio manifestado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de una enmienda al presente Convenio se entenderá que es aplicable al Convenio, en su forma enmendada.

### Artículo 33

#### *Depositario*

1. El presente Convenio será depositado ante el Secretario General.

2. El Secretario General:

a) informará a todos los Estados que hayan firmado el Con-

venio o se hayan adherido al mismo, y a todos los miembros de la Organización, de:

- I) cada nueva firma y cada nuevo depósito de instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, y de la fecha en que se produzca;
  - II) la fecha de entrada en vigor del presente Convenio;
  - III) todo depósito de un instrumento de denuncia del presente Convenio y de la fecha en que se recibió dicho instrumento, así como de la fecha en que la denuncia surta efecto;
  - IV) toda enmienda aprobada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32;
  - V) la recepción de toda reserva, declaración o notificación formulada en virtud del presente Convenio;
- b) remitirá ejemplares auténticos certificados del presente Convenio a todos los Estados que lo hayan firmado o se hayan adherido al mismo.

3. Tan pronto como el presente Convenio entre en vigor, el depositario remitirá un ejemplar auténtico certificado del mismo al Secretario General de las Naciones Unidas a fines de registro y publicación, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

#### Artículo 34

##### *Idiomas*

El presente Convenio está redactado en un solo ejemplar en los idiomas árabe, chino, español, francés, inglés y ruso y cada uno de estos textos tendrá la misma autenticidad.

EN FE DE LO CUAL los infrascritos, debidamente autorizados al efecto por sus respectivos gobiernos, firman el presente Convenio,

HECHO EN LONDRES el día veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y nueve.



**ENTENDIMIENTO GENERAL ACERCA DE LOS ARTICULOS  
13 Y 14 DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE  
SALVAMENTO MARÍTIMO, 1989**

Es entendimiento general de la Conferencia que el tribunal, al fijar una recompensa en virtud del artículo 13 y determinar la compensación especial con arreglo al artículo 14 del Convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989, no estará obligado a fijar la recompensa en virtud del artículo 13 hasta el valor máximo del buque y los demás bienes salvados sin calcular previamente la compensación especial pagadera con arreglo al artículo 14.

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PIDE LA ENMIENDA  
DE LAS REGLAS DE YORK-AMBERES, 1974**

*La Conferencia Internacional sobre Salvamento Marítimo, 1989*

Habiendo adoptado el Convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989,

Considerando que los pagos efectuados con arreglo al artículo 14 no tienen por objeto ser admitidos en avería gruesa,

Pide al Secretario General de la Organización Marítima Internacional que tome las medidas adecuadas para que se enmienden cuanto antes las Reglas de York-Amberes, 1974, con objeto de garantizar que la compensación especial pagadera con arreglo al artículo 14 queda excluida de la avería gruesa.

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL PARA LA IMPLANTACIÓN DEL  
CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE SALVAMENTO  
MARÍTIMO, 1989

*La Conferencia Internacional sobre Salvamento Marítimo, 1989,*

Al adoptar el Convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989 (en adelante denominado "el Convenio"),

Estimando deseable que tantos Estados como sea posible lleguen a constituirse en Partes del Convenio,

Reconociendo que la entrada en vigor del Convenio representará un factor adicional importante para la protección del medio marino,

Considerando que la divulgación internacional y la amplia implantación del Convenio es de suma importancia para el logro de sus objetivos,

**I) *Recomienda***

- a) que la Organización fomente la divulgación del Convenio mediante la celebración de seminarios, cursos o simposios;
- b) que los institutos de formación creados bajo los auspicios de la Organización incluyan en los cursos de estudio correspondientes al estudio del Convenio.

**II) *Solicita***

- a) a los Estados Miembros, que comuniquen a la Organización el texto de las leyes, ordenanzas, decretos, reglamentos y otros instrumentos que promulguen acerca de las diversas materias incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio;
- b) a los Estados Miembros, que fomenten en consulta con la Organización, la prestación de ayuda a aquellos Estados que soliciten asistencia técnica para la elaboración de leyes, ordenanzas, decretos y reglamentos y otros instrumentos necesarios para la implantación del Convenio; y
- c) a la Organización, que notifique a los Estados Miembros toda comunicación que reciba en virtud del párrafo II a) *supra*.



## **II**

### **COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS**



## VERDAD, MORAL Y DERECHO

Brevísima evocación de un provechoso diálogo

*Comunicación efectuada por el académico Dr. Marco Aurelio Risolia, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 22 de junio de 1989.*



Fue hace algunos años, en casa de Sebastián Soler.

Dialogábamos a propósito de la pequeña obra de Giorgio Del Vecchio, *Verità e diritto*, que yo le había facilitado y que él juzgaba con la agudeza y la inquietud filosófica comunes a su rica personalidad.

Lo que sigue es la sustancia de aquel diálogo, en el que no hubo, por cierto, enfoques o posiciones divergentes dignos de mención.

Resumo, pues, unas pocas ideas barajadas con el dilecto amigo, mientras bebíamos una taza de café en su biblioteca particular, tan nutrida y tan acogedora.

\* Es difícil concebir una ética pura que no se ciña a la verdad. La sumisión a la verdad es un presupuesto necesario de la ética, si se la entiende como el conjunto de normas que orientan la conducta del hombre hacia el bien.

Aunque para algunos filósofos —no para Kant— el bien puede imponer, en ocasiones excepcionales, un conciente apartamiento de la verdad (caso de la mentira piadosa, v. gr.), y aunque una conducta errada de buena fe no parece merecer la condenación eterna, lo cierto es que, en suma, la ética exige sustancialmente, como principio, la adecuación de las acciones del hombre a la verdad.

\* ¿Cabe decir lo mismo del derecho?

No me atrevo a responder afirmativamente sin escozor,

a la luz del examen sumario de algunas normas positivas. Las hay, en efecto, que autorizan a callar la verdad y aun a desvirtuarla. El derecho admite, en sus distintas ramas, el silencio opuesto a la indagación acuciosa del juez; convalida, a veces, los vicios de la voluntad y hasta los logros de la ilicitud, y consiente el aprovechamiento de múltiples desviaciones de conducta en la tramitación de una causa, a favor de la parte que no se considera obligada por un estricto deber moral. No, ciertamente, porque el derecho predique el menosprecio de la verdad, sino como la vía útil para garantizar la defensa en juicio o mantener inmunes las libertades públicas y privadas.

Es un punto de doctrina que divide a quienes profesan la enseñanza del derecho de fondo y forma establecer si las partes están obligadas a decir toda la verdad cuando ajustan sus relaciones convencionales o cuando traban y sustancian la litis. Pero nadie ignora hasta qué punto se ha argumentado, v. gr., con la existencia de un “engaño lícito”, de un “dolo bueno”, de un “delito útil”, y hasta qué punto la deslealtad y la malicia pueden hallar consagración victoriosa en el proceso.

No especulo meramente en el campo de las concepciones ideales. Me remito al derecho positivo en su concreta formulación antigua y contemporánea; al derecho positivo que construye, a veces, sobre la base de la ficción, de la presunción y del error común; al derecho positivo que en ocasiones consiente la simulación válida y regla sus efectos; al derecho positivo que, so color de una intocable protección de la defensa, admite la falaz negativa de un imputado, la maliciosa rectificación de una verdad declarada, el silencio opuesto a una interrogación honesta; al derecho positivo que, si bien se mira, en ocasiones consiente la argucia y otorga valor a la apariencia en la transmisión de los patrimonios y en la sustanciación del proceso civil o criminal.

\* ¿Cuál es, por tanto, el papel que juega la verdad en el derecho?

¿El mismo que juega en una concepción ética pura?

¿Puede decirse sin vacilar que es la misma la naturaleza de la norma moral y de la norma jurídica y que el derecho —fuerza de avanzada— cumple sin defecciones la misión de abrir cauces a la moral en el mundo que nos rodea?

\* Son cuestiones capitales para el hombre que maneja a diario las nociones de ley, de derecho, de justicia. Y conste que las formulo pasando por alto otras muy generales que, en rigor, debieran precederlas en un análisis más prolijo, verbigratia: ¿Qué es la verdad a la que estoy aludiendo? ¿Un módulo objetivo, universal, necesario, externo al hombre y a su naturaleza efímera? ¿Algo que está dentro de él o fuera de él? ¿Aguarda el mundo a que el hombre lo escudriñe y le dé algún sentido, o es el mundo quien viene al hombre y le impone pautas de acción y de reacción, dejándole tan sólo el consuelo de creerse generador autónomo de una conducta, de una ética sin compromisos? Y luego: ¿Qué es el bien? ¿Cuál es la forma de existencia humana que lo concreta y lo realiza? ¿Cuál es la forma de vida mejor, la conducta preferible que da respuesta al reclamo moral?

\* El asunto es denso, significativo y espinoso. Pilatos, como juez de una causa famosa, hizo a Jesús la primera pregunta (¿qué es la verdad?), pero Jesús se alejó sin responderle, acaso porque ya tenía dicho “Yo soy el camino, la verdad y la vida” (Juan, XIX y XVIII). Y en cuanto al segundo interrogante (¿qué es el bien?), un gran intuitivo —Platón—, a quien algunos teólogos llamaron santo, indagó la esencia del bien supremo y para concebirlo como alcanzable debió soñar una fábula y edificar una república inverosímil, utópica, inhallable, sobre cuyos cimientos alzaron después la suya Moro o Campanella.

\* Al margen, sin embargo, de proposiciones dogmáticas o sueños utópicos, parece irrefutable que el derecho es “una idea práctica” —son palabras de Ihering—; “una institución

*eminentemente política*” —son palabras de Gumplöwicz—; “*Una concepción útil, en plena adecuación a la vida*” —son palabras de Del Vecchio—, que busca el equilibrio, la seguridad, el orden público, la paz, organizando la sociedad y poniendo fin a múltiples controversias posibles, mediante la actuación de oportunas y variadas normas de convivencia.

Y si de esto se trata, hay que reconocer que muchas normas de derecho son extrañas a la motivación y a la preocupación ética; neutras, si se quiere, desde el punto de vista moral. Y hay que reconocer también que políticos, legisladores, juristas, reformadores sociales, se muestran acostumbrados a buscar la verdad en un mundo de conveniencias circunstanciales y tal vez transitorias, y aun, si cabe, en el seno del error y hasta de los sueños utópicos, como diría Raybaud, de cuya frase feliz hago memoria en este momento: “*Il faut chercher la vérité partout, même au sein de l’erreur, même dans les rêves*”.

\* Claro está que en este orden de cosas hay que distinguir, pues, realidades de esencias; pautas objetivas de inclinaciones o aspiraciones a la realización de un sistema ideal. No es difícil intuir que el progreso jurídico, la perfección de la legislación positiva se cumple cuando la ley y el derecho se orientan en el sentido de asegurar el respeto de la buena fe, de la palabra empeñada, de la lealtad en las relaciones civiles y en las pautas rituales. Y no es difícil intuir, también, que ése es el rumbo que hoy prefiere la magistratura judicial, ganada por un anhelo de moralización que la lleva a ejercer la policía de los actos jurídicos y de los tiempos del proceso. Aunque a veces esta última misión se cumple pese al texto o contra el texto de la ley positiva, en los términos de una libre interpretación que soslaya la norma inoportuna y llega al borde abismal del prevaricato.

\* El hombre tiene, empero, una vocación natural por la verdad y por el bien, gracias a Dios. Vivir en la verdad y según la verdad —dice Del Vecchio— significa, en sustancia, respetar el espíritu y consagrar la ley básica de la ética.



¿Elude esa ley, escarnece la ética quien calla la verdad e induce de tal modo a decidir útilmente contra ella en el acto, en la convención, en el proceso?

\* Para la moral sin concesiones la respuesta ha de ser afirmativa en todos o casi todos los casos. Como principio, para ella puede ser excusable —aunque a Kant no le plazca— la piadosa expresión de un pensamiento amañado, aunque nunca la conciente promoción de una mentira.

Pero para el derecho —me parece— la respuesta es otra, más elástica. Hay modos de mentir o al menos de callar la verdad que el derecho tolera y que la ley autoriza, lo cual puede desconcertar a los filósofos, aun a aquellos que, como San Agustín, piensan que la verdad, la virtud habitan en el interior del hombre, y que a veces el silencio, la reticencia, la sordera simulada, constituyen el índice de una mayor perfección moral, de una más excelsa virtud que la que se proclama a gritos.

\* Se comprende, pues, que no todo lo que admite el derecho sea acatado por la moral, como escribe el filósofo. Quizá se aduzca que cuanto antecede resume una posición negativa, desmedrante de los altos valores a cuyo servicio nos hemos consagrado. Pero no es así. El amor a la verdad que la moral propugna no obliga a relegar a bulto lo bueno y lo noble de una disciplina que, básicamente, incluye en su armadura una alta cuota de verdad, de lealtad, de buena fe. Ello aunque callar, esconder o lisa y llanamente mentir; convalidar el vicio de la voluntad o del acto; autorizar la violencia para repeler la agresión; legitimar lo aparente; edificar sobre el error común; transmitir lo que no se tiene como propio y otras bizarrías análogas sean soluciones del derecho positivo que así, crudamente expuestas, la moral no aplaude. Para admitirlas baste recordar con Ihering —lo reitero— que “el derecho es una idea práctica”, un orden cuyo propósito es lograr la convivencia pacífica, aunque para ello resulte necesario conformarse, según la manida fórmula de Jellinek,

con “un mínimo de ética”, dejando a los moralistas el sueño de un paraíso donde reinen sin concesiones el amor, la caridad, el supremo bien, la inalterable belleza a que el hombre es capaz de aspirar mientras la dura realidad lo hostiga.

\* En resumen: ¿La moral y el derecho tienen realmente entre sí la relación propia de los vasos comunicantes, por los que circula una misma linfa? ¿La búsqueda y el respeto estricto de la verdad y la práctica del bien es una exigencia común de la moral y del derecho? ¿O lo es, acaso, de la moral y la justicia, aspiración sublime, inefable virtud que Santo Tomás ligaba estrechamente a la verdad, tanto que, a su juicio, “veritas est pars justitiae”?

\* He aquí el nudo de la cuestión planteada. Moral y derecho atienden a la conducta del hombre y han de coincidir, idealmente, en la búsqueda y la observación de la verdad. Pero la observación de la verdad reviste para la moral un valor absoluto, que sufre atenuaciones explicables en el derecho positivo.

Es la realización de la justicia —máxima aspiración de la ley sabia y del derecho justo— lo que incita al hombre a transitar la senda de la verdad, de la que suelen apartarse nociones y formulaciones subordinadas.

Mal que nos pese, el derecho positivo no desemboca necesariamente en la ética estricta ni procura siempre, sin reatos, la práctica del bien.

Por el contrario, el derecho positivo —cuyo agente instrumental más copioso y más falible es la ley— soslaya a menudo la verdad, que se refugia, a veces con rubor, en la raíz de la ética pura.

Todo lo cual no rebate sino que más bien corrobora esta exacta conclusión enunciada por Soler y que hago mía: “De una moral corrupta nacen malas leyes y, a la vez, las malas leyes son fuente de corrupción moral”.

Señor Presidente:

Para el caso de que se considerase útil abrir debate sobre el asunto materia de esta sumaria exposición, he creído oportuno formular algunas proposiciones orientadoras que resuman su esencia y a las que daría lectura con el propósito de esclarecer, si cabe, cuáles son las premisas con que se manejó el diálogo amistoso a que se refiere la evocación de que hago mérito.

Agradezco su indicación afirmativa y añado pues a lo dicho las siguientes consideraciones finales:

### PROPOSICIONES BASICAS

1. Hay una noción ideal del derecho y de la ley, que se distingue de la real, proclamada por el derecho positivo.
2. Pero la realización de la justicia —que es la meta— no puede lograrse sin sujeción a la verdad, sin aspiración de virtud.
3. La moral está, pues, implicada por este planteo. Hay que ser moralmente sano para ambicionar y promover la realización de la justicia, mediante la invocación del derecho y la aplicación sin fraude de la ley.
4. Debemos reconocer, sin embargo, que para el derecho positivo no toda mentira es repudiable; no toda simulación es pecado; y que la sumisión a la verdad sólo es estrecha en tanto lo exija la ley para realizar la justicia.
5. Adviértase, entre otras concesiones, que el derecho positivo concibe y admite una simulación lícita; distingue especiosamente entre un “dolo bueno” y un “dolo malo”; acepta la reticencia a propósito de la calidad o el vicio oculto de la cosa vendida (sobre todo en el acto de comercio y en la jurisdicción comercial), etc.
6. Adviértase, también, que el engaño lícito suele estar en la entraña del acto simulado y el derecho lo tolera; que la buena fe se considera casi sinónimo de verdad y/o

del error excusable y el derecho la ampara; y estímesese que todo esto significaría en suma y especialmente en las relaciones convencionales lo que algún jurista llama la "lucha por la moralización de los contratos".

7. No es cabalmente la sumisión a la verdad lo que justifica el instituto útil de la prescripción adquisitiva, a veces solapada e insidiosa. Tampoco lo es el silencio opuesto a la interrogación del magistrado, inhibido de forzar la respuesta. Bien entendido que no todo el que afirma lo inexacto miente, si es sincero en su afirmación errada.
8. Todo lo anterior dicho sea sin olvidar que los principios de "orden público", "paz social", "moral y buenas costumbres" y otras nociones de parecida latitud, se usan en derecho con frecuencia para paliar claudicaciones ostensibles de la ética pura.
9. Los juristas romanos y también algunos de la Edad Media, cuya autoridad aún se invoca, distinguieron con previsión lo lícito de lo honesto. "*Non omne quod licet honestum est*", sentenciaron con sabiduría. Se reconoció así la distinción franca entre el derecho y la moral y su incidencia en el campo propio de las soluciones positivas. Los filósofos comenzaron a distinguir después lo interior y lo exterior en la génesis y la concreción de los procederes humanos. Se aprendió a meritar la intención y la conducta de las partes a calificarlas a la luz de la ley y de la ética pura con distinto parámetro. El fin perseguido por el agente fue mentado y estimado cada vez con mayor escrupulosidad para abonar la solución preferible. Alguien llegó a decir que una buena ley debe ser buena para todos los hombres, así como una proposición verdadera debe ser verdadera para todos (Condorcet).
10. Pero aun es raro hallar una ley igual a otra ley en distintos puntos del orbe. Cada comunidad decide sobre lo lícito y lo honesto según una valoración que no siempre es de calco. Todavía no se ha logrado la universalidad en la conducta del hombre ni en la ley que la valora y

- encauza. Parece obvio afirmar que no es una la ética ni es una ley con que especulamos. Medítese sobre el régimen en distintas latitudes de la pena de muerte, del aborto, de la promoción de la eugenesia, de la represión o la tolerancia del narcotráfico, de la admisión de la tortura para averiguar la verdad, que abonan sin duda las estimaciones que anteceden.
11. Pero el rumbo a seguir es claro: verdad, moral y derecho se convocan racionalmente para realizar en la tierra el orden justo y digno que satisfaga nuestra vocación y justifique nuestra brega.
  12. A ese fin el derecho positivo se hace cargo de que no toda verdad conviene a todos y que en algunos casos su revelación no pacifica sino que genera odios y rencores. Sobre esa base en el derecho positivo la verdad hace concesiones a la simulación; a una “simulación honesta”, como se la califica por algunos, y a otras bizarrías ya apuntadas.
  13. Se ha escrito —y es exacto— que a veces fingir puede ser necesario para sobrevivir. Hasta se ha escrito que cabe, en ocasiones, “mentir en legítima defensa” y que ello “puede ser excusable en sede judicial”.
  14. Hay que cuidar, desde luego, que tal conducta no asuma el áspero tono de la hipocresía y de la deslealtad y hasta genere el inveterado hábito de simular, silenciar o lisa y llanamente contradecir verdades de a puño. Pero es cierto que no toda verdad conviene a todos y que a veces, como antes he dicho, fingir en alguna medida puede ser necesario para sobrevivir, aunque no avale ese proceder la ética más pura.
  15. Y en ese orden de ideas no falta, incluso, en nuestra disciplina quien más allá de la “simulación honesta” se ha atrevido a admitir la existencia de un “dolo bueno”, con sacrificio del deber de lealtad y buena fe, sin duda estimulable. Santo Tomás tiene escrito que no siempre la simulación es pecado y vale la pena apuntar

que Maquiavelo la exalta casi como una virtud en política y en el arte de la guerra . . .

16. En fin; para el derecho positivo consolidar situaciones originalmente viciadas y reprobables como una contribución a la paz está en la médula de la prescripción adquisitiva o liberatoria, aunque en más de un caso quepa el escrúpulo ético.
17. En suma: No todo lo que admite el derecho positivo es aceptado por la moral. No siempre la violación de la ética pura puede justificarse aduciendo un presunto interés común. Los límites y las concesiones que se propugnen han de ser hondamente meditados. Vivir en la verdad y según la verdad es el principio. "*Vitam impendere vero*", la consigna.

## LOS CONTRATOS ATÍPICOS EN LAS XII JORNADAS DE DERECHO CIVIL

*Comunicación efectuada por el académico presidente  
Dr. Federico Videla Escalada, en la Academia Nacional  
de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la  
sesión privada del 13 de julio de 1989*





Creo que debo comenzar esta breve comunicación con un reconocimiento del interés que siempre he sentido por el tema de los contratos atípicos: me parece que constituyen un campo extraordinariamente fértil en relación con la creatividad humana en la elaboración de instituciones jurídicas aptas para satisfacer las necesidades y los legítimos intereses de las personas.

Sin duda, dentro del Derecho Civil, la parte referida a los contratos constituye el reino de la libertad. Esta afirmación no requiere ser demostrada: basta considerar la regulación de los derechos reales, dominada por el *numerus clausum* que, en nuestro derecho positivo, limita su nómima a la contenida en el artículo 2502 de nuestro Código o las características propias del derecho de familia, signado por la preeminencia de un carácter institucional, para que aparezca en modo incuestionable.

En realidad, tanto el contrato como el matrimonio son actos jurídicos bilaterales conformados mediante el acuerdo de dos voluntades, pero la diferencia entre ellos es sustancial, ya que el primero permite que las partes regulen sus relaciones como lo deseen siempre que no afecten valores sustanciales como la moral y las buenas costumbres o el orden público o no se aparten de unas pocas normas imperativas, como las referidas al objeto de los actos jurídicos o la causa ilícita, tratadas por Vélez Sarsfield en los artículos 953 y 502, respectivamente.

Ahora bien, si los contratos son las figuras jurídicas donde mayor margen de aplicación tiene la voluntad humana,

ese margen se amplió sustancialmente cuando el sistema del Derecho Romano, con su cantidad limitada de contratos nominados, se transformó en el actualmente vigente, que reconoce la misma fuerza obligatoria a las figuras tipificadas por la ley que a aquéllas elaboradas por la voluntad coincidente de los contratantes.

Esta mayor receptividad del derecho moderno origina, lógicamente, nuevas exigencias y hace crecer la complejidad del problema. De ahí las cuestiones que se plantean periódicamente en relación con estas figuras derivadas de la fuerza creadora del hombre y que, por otra parte, ocupan un área cada vez mayor en el conjunto de los contratos celebrados en la práctica, ya que, en muchos casos, responden a los requerimientos de situaciones antes inéditas y, no obstante, totalmente respetables, ya que se originan en las transformaciones de las sociedades contemporáneas.

Este exordio tiende a explicar que considere un acierto indudable la elección de este tema entre los que debían ser considerados en las XII Jornadas de Derecho Civil, que se desarrollaron en San Carlos de Bariloche en el mes de abril último.

El año anterior, el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires organizó, como contribución científica a las Jornadas, un ciclo de mesas redondas, semejantes a las que, como Director del Instituto de Derecho Civil, convocaba regularmente cada mes el maestro Marco Aurelio Risolía, muchas de las cuales significaron aportes muy valiosos para los estudios de esta disciplina fundamental del ordenamiento jurídico.

Hubo una mesa redonda para cada tópico incluido en el temario de las Jornadas y en la correspondiente a los contratos atípicos participamos los doctores José María Gastaldi y Jorge Zago y yo.

El Dr. Gastaldi, uno de los más valiosos colaboradores del Instituto de Derecho Civil de la Academia, tuvo a su cargo la exposición del aspecto medular del tema, al

que había dedicado análisis serios en anteriores oportunidades, especialmente en uno de los primeros capítulos de su tesis sobre *El contrato de concesión privada*, recomendada en su momento al Premio Facultad.

En rigor, la división de la tarea entre los tres expositores hizo que él se refiriese a la esencia de los contratos atípicos, el Dr. Zago al modo como deben regirse y, por mi parte, expuse una casuística comprensiva de algunos contratos que, por diversas razones, había tenido que estudiar a lo largo de mi vida profesional o con motivo de algunas elaboraciones doctrinarias vinculadas con figuras de esta especie.

En la mesa redonda, se consideró la evolución que ordinariamente experimentan estos contratos, que se crean para satisfacer una necesidad o un interés legítimo de los contratantes y, muchas veces, se reiteran con variantes parciales y extienden su aplicación a sectores más vastos de la vida jurídica y adquieren tipicidad social antes de ser específicamente reglados por la ley y convertirse en figuras típicas.

Para ejemplificar con un supuesto de contrato dotado de tipicidad social, puede ser interesante recordar la evolución del contrato de garaje.

Definidamente atípico en sus comienzos, aunque, inclusive, dio lugar a arduas discusiones atinentes a si debía, en principio, sujetarse a las reglas del depósito o de la locación de cosas, la jurisprudencia resolvió que le era aplicable la regulación relativa al depósito y, al haber adquirido tipicidad sobre la base de una interpretación analógica, es hoy la figura sobre cuyas normas se regla a la más moderna del hangaraje, cuyo objeto son aeronaves en lugar de automóviles, pero que tiene una finalidad sustancialmente igual al contrato de garaje.

Las exposiciones desarrolladas en la mesa redonda fueron recogidas juntamente con las restantes, en una publicación titulada *Temas de Derecho Privado*, que se publicó con la colaboración del Colegio de Escribanos de la Capital Federal y fue utilizada, como instrumento de tra-

bajo, en las Jornadas, que también contaron con valiosas colaboraciones individuales, como las presentadas por los profesores Jorge Mosset Iturraspe —quien presidió la correspondiente Comisión—, María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, también excelente colaboradora del Instituto de Derecho Civil de la Academia, Juan Carlos Rezzónico y Jorge Gabriel Taiah.

La Comisión trabajó intensamente: en el documento en que se reflejan las diversas conclusiones a que arribaron sobre varios puntos la mayoría y las minorías, se hace constar que el promedio de participantes a lo largo del certamen alcanzó a setenta y cinco personas y que se escucharon dieciocho exposiciones, entre ellas las de todos los autores de ponencias, que gozaron del derecho de réplica.

Expuestos estos antecedentes, que creo que sirven para ubicar el tema y ponderar la labor de las Jornadas, he de concretarme a un somero comentario de las conclusiones que considero de mayor interés.

En primer lugar, conviene señalar que, dado que una de las finalidades que se habían fijado para las Jornadas era el análisis de soluciones incluidas en el Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial, el texto del artículo 1143, que reemplazaría al que actualmente lleva esa numeración en nuestro Código Civil, fue un tema previo tratado en el comienzo de la labor de la Comisión.

Es sabido que Vélez Sarsfield cerró con ese precepto el sector dedicado a la clasificación de los contratos y que utilizó la terminología “nominados” e “innominados” y además en el texto de la norma vinculó esas categorías con la presencia o ausencia de un nombre dado por la ley a una figura contractual.

Respecto a esto último, es evidente que la nota puesta al pie de ese artículo no deja dudas en cuanto a que conocía el verdadero criterio definidor de la distinción entre unos y otros contratos, que desde el Derecho Romano deriva de si tienen o no un tratamiento legal orgánico sin que

interese que cuenten o no con un nombre, pero parece que en el texto del artículo utilizó denominaciones poco felices y aptas para engendrar alguna confusión, ciertamente negativa desde el punto de vista de la calidad técnica de la legislación.

Por su parte, el Proyecto incluye un nuevo artículo 1143, con el siguiente texto: "Los contratos son típicos o atípicos según que la ley los regule especialmente, o no los regule especialmente. En los contratos atípicos en subsidio de la voluntad de las partes, se aplicarán las reglas de contratos típicos que sean compatibles con la finalidad y la economía del negocio y las normas generales sobre obligaciones y contratos".

Además, tiene una nota explicativa, que dice: "La definición de los contratos atípicos del artículo 1143 permite ratificar la libertad de las partes en la elección de los contenidos del negocio y poner a disposición de aquéllas, por analogía, las reglas de los contratos típicos afines que sean compatibles con la finalidad y economía de éste y, por especificidad, las generales de las obligaciones y contratos".

En general, fue notorio el apoyo a la reforma: sólo una voz se levantó para defender el texto de Vélez Sarsfield, fundada en que "no ha ofrecido dificultades de interpretación a la doctrina, que justifiquen su modificación".

Frente a esta posición, una abrumadora mayoría de los participantes se inclinó en favor de la conveniencia del reemplazo del texto actual del Código Civil. Algunos de ellos preferían directamente pronunciarse en favor de la adopción lisa y llana del artículo del Proyecto, pero otro sector, que contó con mayor número de adhesiones, prefirió una solución más genérica, más tarde precisada a través de otras recomendaciones. La posición mayoritaria simplemente se concretó en las siguientes expresiones: "Existen razones suficientes que justifican la sustitución del art. 1143 del C. Civil".

Esta primera recomendación aparece estrechamente vinculada con la tercera, que se refiere al concepto mismo de

los contratos atípicos y cuya consideración motivó, naturalmente, uno de los debates centrales en el trabajo de la Comisión.

Fundamentalmente, la discusión se centró en la determinación relativa a si para que un contrato sea típico se requiere que tenga regulación legislativa o si es suficiente para ello que se encuentre disciplinado por los usos y costumbres, es decir algo muy semejante a la equiparación entre la tipicidad legal y la tipicidad social.

Prevalció el criterio más clásico y ortodoxo, que distingue firmemente entre ambas tipicidades y reserva la calificación de típicos para los contratos regulados en la ley.

Al respecto, merecen señalarse dos recomendaciones.

Una, la de la mayoría, que reza: "Es contrato atípico el que carece de una regulación legal específica. El contrato no deja de ser atípico por tener una denominación legal".

Y otra que contó con el apoyo de calificados participantes que sostiene que: "Los contratos que tienen tipicidad social no son contratos típicos si no están regulados por la ley en forma específica, sin perjuicio de la normativa prevista en el art. 17 del C. C."

Resulta evidente que no hay incompatibilidad entre ambos proyectos de recomendación, sino que se complementan adecuadamente.

Otro tanto puede decirse de otra propuesta formulada por el Dr. Masnatta, quien presentó sin obtener respaldo el siguiente proyecto de recomendación: "Aunque el contrato se mencione en la ley si la misma no establece una disciplina particular aunque sea por vía de remisión, se está ante el contrato atípico".

Sobre este planteo merece recordarse que el Dr. Gastaldi requiere para que un contrato sea atípico que la normativa que lo regula sea expresa, unitaria y completa y admite que esto puede producirse por vía de remisión. Este criterio lo conduce a aceptar como figura típica a la cesión de derechos gratuita, regida por las reglas de la donación y negar esa calidad a la cesión de derechos hereditarios, tra-

tada por el codificador a través de algunos artículos dispersos, que no componen un régimen orgánico.

Las recomendaciones más generales, relacionadas con la noción del contrato atípico, se integran con la segunda, referida a la tipificación de contratos anteriormente ausentes de la legislación, tema que dio lugar a uno de los debates más interesantes y concluyó con la adopción de una conclusión única, que consiguió el apoyo general mediante una redacción ponderada, producto de un meritorio esfuerzo de los participantes, que permitió alcanzar esa solución digna de elogio.

La recomendación finalmente aprobada dice: "Para concretar la tipificación legislativa de un contrato debe darse además de la tipicidad social una motivación suficiente. Ella puede radicar tanto en la conveniencia de superar conflictos, debates o contradicciones, nacidas del empleo del negocio en el tráfico, como de la conveniencia de limitar el poder de negociación de una de las partes, con la consiguiente protección de la otra".

Los problemas relacionados con la tipificación habían sido planteados en su ponencia por el Dr. Mosset Iturraspe, quien en el transcurso de una sesión de la Comisión los reiteró desde la presidencia.

Propuso a la reunión diversos interrogantes referidos al paso de la atipicidad a la tipicidad: ¿La regulación especial debe ser una creación del legislador? ¿En qué estado debe encontrarse el contrato al momento de su tipificación? ¿La regulación especial es sólo imperativa? ¿O sólo dispositiva? ¿O imperativa y dispositiva a la vez? ¿Qué predomina? ¿La atipicidad favorece la libertad contractual? ¿La tipicidad es en beneficio del valor seguridad? ¿Cuál de las dos, tipicidad o atipicidad, resguarda mejor al valor justicia contractual? y ¿La tipicidad de los contratos es signo de progreso jurídico?

Expuso sus opiniones respecto a estos interrogantes. En síntesis, señaló que el legislador sólo debe tipificar los contratos cuando aquéllos cuentan con tipicidad social mar-

cada, de modo que debe limitarse a recoger lo que "ya está" y darle forma de norma legal; que un legislador verdadero es aquél que se preocupa por dar respuestas provechosas que ayuden a la comunidad y no respuestas inútiles y conflictivas, menos aun respuestas frustrantes; que la regulación, sobre la base de un estatuto contractual prolijo y explícito, deberá contener normas imperativas y normas supletorias; que el pensamiento rector del legislador es la justicia contractual; que si la tipificación ahoga o limita, sin razones suficientes, la concertación de negocios, debe ser rechazada; que la tipificación legal ha menester de la tipificación social; que sin una maduración del tráfico no puede haber nuevas figuras típicas y que el legislador debe ser muy cauteloso en su tarea de tipificar nuevas figuras.

Las sugerencias creativas del Dr. Mosset Iturraspe llevaron a la Comisión a debatir sobre un tema tan conflictivo y profundo como el valor del derecho escrito.

En una corriente favorable a considerar a la tipificación como un progreso, siempre que la tarea del legislador se ajuste a normas básicas de prudencia, se situaron varios expositores, entre otros yo.

La síntesis de esta posición puede formularse como sigue.

La tipificación legal es un avance si se hace con el cumplimiento de las debidas condiciones; que no es un enriquecimiento la tipificación arbitraria, pero sí lo es cuando se apoya en una tipicidad social definida de la figura que se incorpora a la categoría de contratos típicos; que es conveniente establecer en esos casos una legislación, que puede ser imperativa en cierta medida y que además tendrá carácter supletorio, con la consiguiente posibilidad de no requerir el acuerdo explícito de las partes sobre todos los detalles de la convención celebrada entre ellas.

Se hizo manifiesto hincapié en la posibilidad que se abre para el legislador para limitar la autonomía de la voluntad de los contratantes mediante la adopción de ciertas



pautas tendientes a resguardar el equilibrio del poder contractual de aquéllos.

En el curso del debate se recordaron precedentes interesantes, como el ataque de Savigny y los demás integrantes de la escuela histórica contra el proceso de codificación y también se comparó la diferencia de las estructuras de los contratos en los países que responden a un ordenamiento jurídico anglosajón o romanogermánico.

El texto de la recomendación segunda de las Jornadas refleja en buena medida la conjunción lograda mediante la ponderación de las posiciones desarrolladas durante el estudio del tema.

A continuación, creo oportuno analizar los aspectos relacionados con otro tema fundamental, cuya trascendencia, desde el punto de vista práctico, es preeminente y que ha sido enfocado con pautas diferentes por los estudiosos. Se trata del referido a como deben regirse los contratos atípicos al no contar con una regulación legal específica.

Como recordé al comienzo de esta comunicación, el Proyecto de ley de unificación establece que “en subsidio de la voluntad de las partes, se aplicarán las reglas de los contratos típicos afines que sean compatibles con la finalidad y la economía del negocio, y las normas generales sobre obligaciones y contratos”.

Creo que, precisamente, el orden en que se menciona en esa propuesta a las regulaciones supletorias a las que ha de recurrirse, fue motivo determinante de la adopción de una redacción tan general y abierta en la primera Recomendación, en lugar de optar por la penencia que aconsejaba lisa y llanamente el apoyo al artículo 1143 del Proyecto.

Y debo decir que considero justificada la decisión de la mayoría.

Tras este comentario, cabe hacer notar que la Recomendación 4ª establece algo sumamente importante: la preeminencia de la consideración de la voluntad de los contratantes, que aparece aun robustecida por la terminología utilizada en el pronunciamiento de las Jornadas, que no

tuvo oposición y que debe ser destacada: se habla de la autonomía privada como primer criterio, que sólo puede ceder frente a leyes imperativas.

Esta explícita consagración de la libertad contractual y de la fuerza jurígena de la voluntad de la persona, es decir, de la autonomía de la voluntad, es, en mi opinión, sumamente valiosa, ya que pone de relieve la revalorización de un principio rector en materia contractual que había dado lugar a incontables debates, en los que se había llegado por algunos juristas hasta a poner en duda el valor del principio en sí mismo, como se puso de manifiesto en aquel histórico seminario sobre las nociones del contrato organizado por la Universidad de París una veintena de años atrás.

Estimo que, aun cuando no se vincule directamente con las Jornadas de Bariloche, es razonable hacer una pequeña digresión relativa a lo acontecido en la mesa redonda organizada en los últimos días de junio último por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la cual los tres expositores, los doctores Atilio Alterini y Roberto López Cabana y yo, coincidimos en la reafirmación del valor del principio sin que esta posición fuera contradicha por ninguno de los profesores asistentes al acto.

Como he dicho, las Jornadas de Derecho Civil se pronunciaron también sin objeciones en favor de reconocer a la voluntad de los contratantes el primer lugar entre las pautas que deben regir a los contratos atípicos, con el lógico respeto de las normas imperativas incluidas en la legislación, que siempre señalaron límites a la autonomía de la voluntad, ya sea las de orden más general como la moral y las buenas costumbres y el orden público como las referidas a exigencias relacionadas con elementos esenciales de los contratos, como el objeto y la causa.

Afirmado ese pilar básico, se pusieron de manifiesto dos opiniones enfrentadas: para algunos de los participantes, debía luego recurrirse a la teoría general de los con-

tratos y sólo después a la aplicación de los preceptos propios de los contratos típicos afines sobre la base de la analogía, a la que Vélez Sarsfield se refirió, respecto a la interpretación de la ley, en el artículo 16 del Código Civil.

El intercambio de ideas fue, en este caso, realmente fecundo, ya que se arribó a una redacción aceptada finalmente por la Comisión, que optó por acordar prelación a la teoría general de los contratos, los actos jurídicos y las obligaciones sobre las reglas específicas de los contratos análogos.

Inclusive, cabe señalar que, con respecto a estos últimos, un grupo de participantes, entre quienes se contaban civilistas de diversas generaciones, entre ellos algunos tan calificados como el Dr. Roberto Brebbia, formuló una ponencia aclarativa, que limitaba la aplicación de sus reglas propias, y propusieron que: "Las disposiciones del contrato típico análogo deben hacer salvedad de los casos de prescripciones excepcionales que por su naturaleza no deben extenderse".

La consideración del valor de los contratos típicos análogos en el régimen de las figuras atípicas dio lugar a la formulación de otra Recomendación vinculada con la ponencia recién mencionada y que concitó el apoyo general: "Las normas imperativas fijadas en relación a una figura típica particular, si bien no se aplican, por regla, a los contratos atípicos afines sí se aplicarán cuando se haya recurrido a la atipicidad para eludir la prohibición legal", redacción que se explica por sí misma y se concreta a reiterar un principio tan fundamental como lo es la proscripción del dolo y de la simulación ilícita.

La última propuesta referida a la aplicación de las normas relativas a contratos típicos análogos tiene atinencia con el tratamiento de la causa o finalidad del acto, a la cual, como se verá enseguida, las Jornadas le reconocieron importancia sustancial.

Su texto es el siguiente: "Las reglas de los contratos típicos afines se aplicarán siempre que sean compatibles con

la finalidad y economía del contrato”, expresiones que el Proyecto de unificación utiliza en varias oportunidades, entre ellas en el artículo 1143.

Esta redacción encabeza la Recomendación séptima y se entronca con la quinta, que, en verdad, resulta de la simple aplicación de las normas relativas a la teoría general de los contratos y a la de los actos jurídicos, pero que la Comisión incluyó con la manifiesta intención de confirmar la importancia de la causa o finalidad como elemento esencial para la regulación, la interpretación y la calificación de las convenciones atípicas.

La quinta Recomendación expresa que: “El contrato atípico debe tener una causa-fin merecedora de tutela jurídica”. Recoge la ponencia presentada por dos jóvenes profesores, los Dres. Garrido Cordobera y Massot y naturalmente no encontró contradictores que se opusieran a su aprobación.

Posteriormente, como señalé antes, se vuelve a la consideración del tema como resultado del debate que siguió al tratamiento de la primera parte de la Recomendación séptima que, como se vio, sólo admite que se recurra a la regulación de contratos típicos afines cuando no hay incompatibilidad entre las finalidades de esas figuras contractuales.

Y en esta segunda parte de la Recomendación las Jornadas precisan el sentido de la expresión empleada en la primera: “La finalidad y economía del contrato constituyen una fórmula que, más allá de los efectos jurídicos, en orden a las relaciones patrimoniales, aprehende las necesidades que el negocio tiende a satisfacer y la manera prevista por las partes para lograrlas dentro del mismo”.

La formulación debe ser apreciada con la consideración de las modernas elaboraciones de la teoría de la causa: dentro del neocausalismo, da cabida a la posición dualista que admite el doble significado de la causa o finalidad, el abstracto o genérico, vinculado con la causa calificadora y el específico o concreto, que se relaciona con la finalidad o razón de ser que conduce a cada contratante a celebrar el

acto, con la consiguiente relación con los motivos y la posibilidad de profundizar en ellos para determinar la validez del acto sobre la base de la licitud o ilicitud de los fines perseguidos.

Es sabido que, especialmente a través de la obra de los autores italianos, en la doctrina moderna se ha asignado importancia relevante en el campo de la causa a la función económica del contrato e inclusive algunas opiniones llegan a asimilar a ambos conceptos.

Es necesario, en mi opinión, manejar con gran cuidado esta fusión de conceptos, ya que es exacto que el contrato funciona en el ámbito patrimonial como bien lo establece el artículo 1321 del Código italiano de 1942, pero ello no significa que las partes, al celebrar un contrato, busquen siempre alcanzar un resultado económico.

Basta pensar en la finalidad de los donantes o de quienes aspiran satisfacer un fin espiritual o cultural, como el de los adquirentes de un abono a una temporada teatral, caso muy de actualidad a raíz de lo ocurrido con la programación de la temporada del Teatro Colón o algunos ejemplos añejos, como el que trae Bibiloni en la nota explicativa de la eliminación del artículo 1169 del Código, donde se refiere a la persona que encarga a un escultor la realización de una estatua para la tumba de su hijo.

Con esta aclaración, deben ser entendidas las expresiones del Proyecto de unificación "finalidad y economía del contrato" y también la segunda parte de la Recomendación séptima de las Jornadas.

Ésta se completa con una parte final que dice: "La finalidad del negocio es particularmente importante en orden a la calificación e interpretación de los contratos atípicos", que también fue aprobada sin objeción alguna y que se relaciona con dos operaciones de notable importancia jurídica, que fueron objeto de seria consideración en los trabajos de la Comisión sobre la base de una medulosa ponencia de la doctora Chamorro Vanasco.

Es evidente que la interpretación es uno de los pro-

blemas principales que los juristas debemos considerar en el tema de los contratos atípicos y también lo es que la calificación es muy importante en el ámbito de la interpretación de los contratos en general.

No escapa a un análisis elemental de la cuestión que la calificación de un contrato atípico, dada la ausencia de regulación legal a su respecto, presenta una dificultad básica y debe revestir características muy especiales.

En efecto, no es posible, por definición, encasillar al contrato atípico en el marco de una figura contractual tipificada por la ley y, por consiguiente, es necesaria una adecuación del procedimiento de calificación para poder utilizarlo en relación con esta especie de convenciones.

Así lo entendieron las Jornadas, tras un interesante debate y, después de la parte final de la Recomendación séptima, antes recordada, incluyeron otro texto destinado a precisar el significado y el funcionamiento de la calificación en este terreno.

Expresa la Recomendación octava: "En materia de interpretación de los contratos, la calificación es un instrumento técnico de indudable valor. La calificación consiste en ubicar a los contratos atípicos dentro de categorías generales definidas por la Ley, como también dentro de las elaboradas por la doctrina".

Fue aprobada sin oposición.

Es fácil apreciar el modo de funcionar del procedimiento indicado y su utilidad. Para ello basta considerar un ejemplo de contrato atípico.

A tal fin, he de recordar uno que traje a colación en la Mesa Redonda de la Facultad, a que antes hice referencia.

Una persona, dueña de una estanzuela situada cerca de un lugar de veraneo, cedía, al llegar la temporada de turismo a alguien, a quien llamaré Ticio, el uso de su propiedad, con expresa exclusión del goce de la misma y a cambio del pago de un precio cierto en dinero y, por otro contrato, cedía el disfrute a Cayo, un agricultor de la zona, quién podía trabajar la tierra y cosechar los frutos de su

trabajo, pero no usar la cosa, y que también como contraprestación, le abonaba un precio en dinero.

Si se analizan ambos contratos, resulta muy claro que no se trata de locaciones de cosas, ya que ninguno de los dos otorga el uso y el goce del bien y que tampoco el de Ticio es un comodato, ya que no es gratuito.

En verdad, se trata de dos contratos atípicos, a los cuales el procedimiento de calificación, tal como lo entienden las Jornadas, permite caracterizar como onerosos y además bilaterales, con la consiguiente determinación de efectos tan importantes como la posibilidad de resolución legal por incumplimiento o las garantías de evicción y vicios redhibitorios.

Las dos últimas Recomendaciones formuladas por las Jornadas atienden a la creciente importancia de la utilización de elementos provenientes del derecho comparado, que implica una clara inserción en el proceso de internacionalización del Derecho, característico de la época contemporánea.

Ésta se manifiesta por dos vías distintas y también de diferente valor y adquiere progresivamente mayor importancia y un evidente crecimiento en su desarrollo: la uniformidad legislativa y la adopción de convenios internacionales que regulan determinados problemas.

Por una parte, ante la interdependencia existente entre los diversos países en nuestro tiempo, se acrecienta la uniformidad de las legislaciones, que se inspiran unas en otras y tienden a concretar las mejores soluciones.

Y, por otra, los Estados y los órganos especializados de las instituciones internacionales procuran elaborar convenios que contengan regímenes adecuados para reglar instituciones o contratos de uso intenso entre los integrantes de la comunidad internacional.

Tal el caso, por ejemplo, de la Convención internacional sobre la compra y venta de mercaderías, que ha entrado en vigencia poco tiempo atrás en la Argentina, tras la pertinente ratificación.

En este plano, las Jornadas dicen en su Recomendación novena: "Es posible la aplicación subsidiaria de las normas que rigen un determinado contrato en el derecho comparado al mismo contrato tipificado socialmente en el derecho nacional, para salvar ambigüedades y solucionar conflictos, sin que ello importe la aplicación del derecho extranjero, sino la recepción de soluciones del fondo común legislativo".

Para apreciar la razonabilidad de esta Recomendación, basta pensar en la incorporación a la vida nacional de algunas figuras contractuales comunes en países cuyos ordenamientos responden al derecho anglosajón, como ocurre, por ejemplo, con el leasing o locación con opción de compra, derivado de la locación-venta, cuyo solo nombre apunta una incompatibilidad con su funcionamiento en un sistema legislativo como el nuestro, donde, además de una teoría general del contrato, se encuentran legisladas numerosas figuras contractuales en particular y que, sin embargo, con su estructura tripersonal, donde hay un vendedor, un locatario que cuenta con una opción de compra y un financiero, permite una apreciable facilitación del crédito por la solidez de la garantía que estructura, lo cual incide en notorio beneficio para el tráfico comercial, con favorables consecuencias para nuestra sociedad.

La recomendación décima, que, como la anterior, no mereció objeciones, expresa: "Es conveniente, en una labor interdisciplinaria, encarar el tratamiento global de esta problemática, sobre la base de la propia experiencia y los resultados que se van alcanzando en el derecho comparado, ante la acelerada evolución que se verifica en esta área de la contratación, dando así respuesta a las nuevas realidades económicas y jurídicas, tanto autóctonas como transnacionales. Ese estudio debe buscar puntos de aproximación compartidos por la comunidad iberoamericana".

En resumen, creo que las XII Jornadas de Derecho Civil han seguido la tradición de las anteriores y que, en un tema de subido interés, como considero que es el de los contra-



tos atípicos, se han pronunciado de un modo que puede ser juzgado favorablemente y que constituye, en mi opinión, un aporte positivo para un tema de características complejas y cuyo ámbito de aplicación crece constante y progresivamente.



LA VALORACIÓN  
Y LA EXPERIENCIA JURÍDICA

*Comunicación efectuada por el académico Dr. Julio César  
Cueto Rúa en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias  
Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada  
del 10 de agosto de 1989*



## I. Introducción \*

La presente comunicación se basa en el análisis de la experiencia judicial. De las muy diversas maneras en que se experimenta el derecho en el seno de la comunidad, la he elegido por ser, de todas las variantes de la experiencia jurídica, la que presenta con mayor grado de articulación y precisión sus elementos componentes. Se trata de la experiencia más estudiada en su variedad y riqueza. Como se podrá comprobar más adelante, las restantes manifestaciones de la experiencia jurídica presentan los mismos componentes esenciales. Se los percibe en la celebración de contratos, la ejecución de actos consuetudinarios, la administración de un fondo de comercio, el transporte de efectos, el ahorro de dinero o cualquier otro acto humano examinado desde la perspectiva específicamente jurídica: la de la interferencia intersubjetiva de las acciones.

\* Esta comunicación desarrolla, en lo sustancial, ideas elaboradas por Carlos Cossio acerca de los valores jurídicos y su estructura. Ellas se encuentran expuestas en sus libros *El Derecho en el Derecho Judicial*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959; *La Plenitud del Ordenamiento Jurídico*, 2ª edición, Buenos Aires, Losada, 1947; *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954; *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, 2ª edición, Buenos Aires, Losada, 1964; *La Teoría Ecológica del Derecho. Su problema y sus problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963; *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954. También se han utilizado aportes de Martín Heidegger, *Being and Time*, New York, Harper, 1962, y de José Ortega y Gasset, *Ideas y Creencias*, 3ª edición, Buenos Aires, Espasa Calpe Argentina, 1945.

## II. *El actor del derecho. Sus preferencias*

El actor del derecho es el hombre. Es él quien por sí o por otros goza de los derechos, cumple obligaciones, incumple prestaciones o soporta sanciones. Cuando se lo vive como experiencia el derecho es siempre acto humano, el accionar en el tiempo y en el espacio de una determinada persona de carne y hueso, ya sea por sí o en representación de otra persona.

El hombre, actor del derecho, al actuar prefiere. Situado en el tiempo y el espacio, enfrenta en cada instante de su vida, las diversas opciones que le presentan las circunstancias. Vivir es preferir, es elegir siempre cursos de conducta, ya sea reflexiva o espontáneamente. No se trata de elegir una de entre varias posibilidades lógicas sino de preferir una de entre varias posibilidades existenciales. En la experiencia humana lo que está en juego es la elección de un curso de acción anclado en la existencia del sujeto actuante, una posibilidad, por lo tanto, a su alcance, una posibilidad que, efectivamente, integra su vida. Un joven porteño incorporado como conscripto al Ejército Argentino puede pensar, sin caer en contradicción, en la posibilidad de pilotear una nave espacial norteamericana o soviética. Esta posibilidad es sólo una posibilidad lógica, no una posibilidad real, radicada en la propia existencia del joven conscripto. En cambio, para este joven, la situación es distinta cuando se trata de conducir un automóvil por las calles y las avenidas de la ciudad de Buenos Aires. Aquí su posibilidad es real, existencial, no sólo una posibilidad lógica.

Toda circunstancia, por más final y cerrada que pudiera ser, siempre aloja en su seno un número plural de posibilidades de acción. Un condenado a muerte siendo conducido al cadalso tiene todavía opciones a su alcance: puede caminar sin resistencia hacia su muerte, o puede resistirse a hacerlo; puede permanecer callado o puede gritar. El hombre atraviesa a lo largo de su vida las más variadas circunstancias. Éstas presentan siempre diversas posibilidades exis-

tenciales de acción. Las posibilidades son altamente mutables. Hay circunstancias muy abiertas y ricas. Presentan al hombre un número generoso de opciones susceptibles de ser ejercitadas. Un hombre inteligente, culto, independiente por la magnitud de sus recursos, sano y decidido, goza habitualmente de mayores posibilidades que uno torpe, analfabeto, sometido a la dirección autoritaria de su empleador o patrón. En cada circunstancia, el sujeto actuante elige la acción alojada en la circunstancia que él considera de mayor valor. Puede equivocarse en su preferencia, pero aun así la eligió por juzgarla la mejor que la circunstancia le presentaba. La razón de su preferencia fue, pues, una valoración, espontánea o reflexiva. Eligió aquella opción que él valoró como siendo la de más valor.

En la experiencia judicial se perciben actos ejecutados por las partes, por sus abogados, y por los jueces y funcionarios públicos. Todos ellos traducen preferencias. Las partes contrataron o dieron o tomaron o agraviaron o lesionaron u omitieron por así haberlo preferido; los abogados de las partes formularon peticiones, evacuaron consultas, redactaron documentos, efectuaron gestiones; los jueces recibieron demandas, proveyeron pruebas, corrieron traslados, indicaron procedimientos, fijaron audiencias, requirieron informes. Detrás de cada uno de estos actos se encontraron preferencias. Los sujetos actuantes pudieron haber elegido otros cursos de conducta. Prefirieron aquello que, en cada circunstancia, consideraron de mayor valor.

### III. *La interferencia subjetiva de acciones y la interferencia intersubjetiva de acciones*

Cada instante de su vida coloca al hombre en la inevitable necesidad de preferir. Negarse a preferir es ya una preferencia, la preferencia por la omisión. La vida es, pues, un constante decidir: es elegir una acción existencialmente posible y descartar las restantes acciones disponibles en la

circunstancia. Se trata de una estructura característica de la vida biográfica. Ella permite evaluar la opción elegida comparándola con la que pudo elegir y no eligió. El mérito de la acción ejecutada puede ser estimado teniendo en cuenta el mayor o menor valor de las acciones disponibles, pero no elegidas, ni ejecutadas en la circunstancia. El sujeto actuante realiza con su acción lo que él considera el máximo valor. La acción más valiosa para el sujeto es, entonces, la mejor que las circunstancias le permiten ejecutar. Se trata, como se ve, de una interferencia subjetiva. En la existencia del sujeto radican varias acciones posibles frente a cada circunstancia. Una es elegida. Las otras son omitidas. Al actuar se opone el omitir. Así se constituye la perspectiva específica de la moral. El valor moral de un acto se mide mediante su comparación con el valor de otros actos posibles pero omitidos. Si un alumno y un profesor al salir de la Facultad entregan una limosna del mismo valor monetario al mismo pordiosero, no es el mismo el valor moral del acto si el alumno entregó como limosna todo el dinero de que disponía en esa circunstancia, en tanto el profesor entregó una suma ínfima comparada con el total en su poder. El profesor pudo dar más y no lo dio. El alumno dio todo lo que tuvo. Es más valiosa la acción del alumno.

Cuando me pregunto por el significado de los actos ejecutados por el alumno, el profesor y el pordiosero, pero ahora desde el punto de vista jurídico, ya no juzgo el acto ejecutado por su valor comparativo con los otros actos posibles radicados en mi existencia sino por la interferencia del acto ejecutado en la existencia de otro ser humano. Esta interferencia delimita el ámbito de libertad del sujeto actuante y del sujeto interferido. La acción de uno define impedimentos en otros. La celebración de un matrimonio genera impedimentos; estos impedimentos subsisten así los sujetos de la relación se encuentren radicados en las antípodas. Mi sola presencia al pie de un árbol gozando de su sombra define impedimentos en los demás usuarios del parque. La aprehensión de un producto envasado ubicado



en la estantería de un supermercado impide al consumidor abandonar el local sin el previo pago del producto envasado. La dación manual de una limosna es una donación. El pordiosero deviene el dueño del objeto donado. El alumno no lo puede recuperar.

Surgen, así, dos perspectivas, entre otras, claramente diferenciales, para examinar y comprender el comportamiento humano: el punto de vista moral desde el cual se contrapone el hacer (la acción elegida) al omitir (las acciones desdeñadas) del mismo sujeto, y el punto de vista jurídico desde el cual se contrapone el hacer (la acción elegida) de una persona al impedir (la acción interferida) de otra persona.

Cualquier acto humano, aun el más primario y elemental, puede ser percibido y comprendido desde la perspectiva jurídica. El dormir de una persona en su hogar define impedimentos en otros (i.e. no deben perturbar ese sueño). El dormir de un centinela en su puesto de guardia entraña la violación de un impedimento definido al asignársele una posición de guardia por un superior jerárquico. Aun la sobrevivencia de Robinson Crusoe en su isla solitaria determinaba impedimentos en su país nativo, relacionados con su estado civil, la prestación del servicio militar, el pago de impuestos y la liquidación y pago de prestaciones sociales.

El actuar de un sujeto interfiere siempre con el comportamiento de algún otro sujeto. Esa interferencia puede ser lícita, como es el caso del ejercicio de la potestad de señorío (el sujeto puede ejecutar o puede omitir la misma acción, pues se encuentra facultado para lo uno o lo otro: a o no-a); o el caso del cumplimiento de lo debido (el sujeto elige cumplir su obligación, aunque pudo elegir no cumplirla). La interferencia es ilícita cuando el acto elegido es violatorio de una prestación debida, o el acto puede consistir en el padecimiento de un acto de coerción por parte de una persona sometida a la autoridad coercitiva de un órgano del Estado.

El derecho, pues, consiste en actos de interferencia inter-

subjetiva de acciones cualquiera sea su signo: ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, violación de una obligación o padecimiento de una sanción. Todos esos actos son la expresión externa y sensible de preferencias ejercitadas por los sujetos actuantes, según las valoraciones, positivas o negativas, experimentadas por ellos en las diversas circunstancias por las que atraviesa su existencia.

#### IV. *Las preferencias en la construcción del caso*

Ni los abogados al preparar la demanda y la contestación de la demanda ni los jueces al decidir el litigio, operan sobre la base de una totalidad de acontecimientos. No le está dada al hombre la posibilidad de reconstruir plenamente lo sucedido. El flujo histórico es heterogéneo, mutable, dinámico, incesante. El hombre carece de instrumentos de percepción capaces de registrar los acontecimientos en la multiplicidad de sus conexiones y desarrollos. La vida exhibe una riqueza desbordante, tan variada y exuberante que la memoria no la puede conservar en todas sus manifestaciones, ni la razón darle pleno fundamento, ni el análisis exponerla en su plenitud, sin residuos o saldos.

La memoria rescata sólo una pequeña parte de lo acaecido en el pasado. Quien procura recuperarlo desde el presente se ve en la forzosa necesidad de utilizar criterios de selección, conforme a sus preocupaciones vitales o a sus intereses cognoscitivos. En otras palabras: toda recuperación de hechos ocurridos en el pasado implica el ejercicio de preferencias: ciertos hechos históricos son preferidos porque se dan razones vitales que los exaltan o los distinguen. Por ejemplo, un historiador selecciona ciertos hechos acaecidos el año 1810, si le interesa conocer los acontecimientos políticos de ese año; y selecciona otros hechos si busca conocer las características de la música popular y culta del mismo período; y otros si busca conocer las relaciones entre amos y esclavos en ese entonces, o el contenido y valor del comercio internacional. De la misma manera, el abogado de la

parte actora seleccionará ciertos hechos del pasado para "construir" el caso de su cliente y presentarlo a consideración del juez. El abogado de la parte demandada hará algo similar. También él seleccionará ciertos hechos del pasado diferenciados, habitualmente, de los hechos seleccionados por el abogado de la actora y "construirá" el caso según las conveniencias de su cliente para someterlo a consideración del juez.

El juez por su parte, también habrá de "construir" el caso. Él, como los abogados de las partes, no se encuentra capacitado para rescatar el pleno flujo histórico de lo acaecido. Éstas habrán intentado la producción de la prueba de aquellos hechos seleccionados en razón de su relevancia en la construcción del "caso" para su sometimiento al juez a los fines de su decisión. Éste, por su parte, valorará la prueba producida y declarará como "reales" o "acaecidos" aquellos hechos que él considere debidamente probados.

Es común atribuir carácter de relevantes a aquellos hechos mencionados como tales por las normas jurídicas positivas en vigencia. La experiencia jurídica pone de manifiesto, sin embargo, la relevancia de hechos no mencionados por las normas como tales. En estos casos la relevancia no se presenta como una característica impuesta por la norma a los hechos sino como una cualidad inherente a los hechos en su respectivo contexto al atribuirles una específica significación jurídica. El juez, en los casos judiciales, el doctrinario en su exposición del derecho vigente en diversas áreas de la realidad social, y los abogados en el estudio y preparación de los asuntos confiados a su responsabilidad, descubren intuitivamente la importancia de ciertas circunstancias para la justa decisión de un determinado conflicto, no obstante el silencio de las normas jurídicas generales sobre el particular. Para ganar una idea más precisa sobre esta modalidad de la realidad social, es suficiente examinar los comentarios jurisprudenciales que publican periódicamente las revistas de jurisprudencia. En ellos se encuentran los estudios y los análisis de las decisiones de los jueces, clasifi-

cados según la presencia o la ausencia de determinados hechos no obstante el silencio de las normas acerca de su relevancia.

Si la norma jurídica enuncia expresamente: "si es F (a b c d) debe ser P" es común postular la relevancia jurídica de a, b, c y d en base a la expresa mención que de los hechos a, b, c y d formula una norma jurídica. Pero tal postulación no puede efectuarse cuando los jueces, en el proceso de decisión de los casos sometidos a su consideración declaran por interpretación la relevancia de un hecho "e" no obstante no haber sido materia de mención normativa señalando su relevancia. El estudio sistemático de la jurisprudencia pone de manifiesto la mayor especificación de los antecedentes fácticos a los que se imputa una consecuencia jurídica mediante la incorporación al conjunto de los hechos antecedentes relevantes mencionados por la norma jurídica de un hecho no mencionado normativamente como relevante (i. e. "Si es F [a b c d e] debe ser P"). La razón por la cual los jueces alteran el alcance lógico de las normas jurídicas positivas mediante el reconocimiento del carácter relevante de hechos omitidos en la descripción normativa de los hechos antecedentes a los que se imputan consecuencias jurídicas es de índole estrictamente axiológica.

#### *V. Las preferencias en la elección de la premisa normativa*

Cualquier caso contencioso llevado a conocimiento de un juez para su decisión coloca al juez en la tarea ya mencionada de "construir" el caso teniendo en cuenta los hechos alegados por las partes y las pruebas producidas acerca de los mismos y luego, en mérito de los "hechos" relevantes declarados como acaecidos, proceder a la decisión del caso conforme a las normas positivas vigentes. El ordenamiento jurídico se encuentra constituido por un considerable número de normas jurídicas de diferente jerarquía normativa. Si bien una gran mayoría de esas normas no será aplicable al caso pendiente de decisión por referirse a materia ajena

a la presente en el conflicto, el juez encontrará (y los abogados de las partes probablemente lo habrán destacado) más de una norma jurídica aplicable al caso o variaciones interpretativas de una misma norma jurídica. El juez enfrentará el problema de elegir una de esas varias normas aplicables o una de esas varias interpretaciones posibles de una misma norma. Esta multiplicidad de posibilidades lógico-normativas encuentra su fundamento en la variedad y diferente jerarquía de las normas positivas del sistema jurídico: sustantivas y procesales; subordinadas y supraordinadas; federales, provinciales, municipales; legales, consuetudinarias y jurisprudenciales. A esta riqueza normativa corresponde la riqueza de las actividades humanas con sus respectivas normaciones. De esta manera, la "construcción" del caso de una determinada manera, lleva a la aplicación de ciertas normas en tanto que la "construcción" del caso de una manera distinta lleva a la aplicación de otras normas. Todo ello coloca al juez en la necesidad de preferir una determinada "construcción" en vez de otras y de elegir algunas de las varias normas lógicamente aplicables al caso tal cual ha sido "construido" por una o por ambas partes, o por el juez. Como se verá, el juez, el buen juez, deberá preferir aquellas normas que le permitan actuar con justicia.

Tan pronto comienza el estudio de un caso, el abogado descubre esa pluralidad normativa a la que, además, se suman principios, "standards" y criterios siempre presentes en la experiencia judicial (v.gr. la buena fe, el orden público, el buen padre de familia, la culpa, el dolo, la causa, la razonabilidad, los actos propios, el objeto lícito, el enriquecimiento sin causa, el bien común). Aun mediando coincidencia en la "construcción" del caso por las partes y por el juez, él remite a una pluralidad de normas susceptibles de aplicación. Se da lo que en la teoría jurídica norteamericana se llama *competing rules*, es decir normas jurídicas generales que compiten por su aplicación al caso. Esta competencia no se puede resolver sólo mediante procedimientos lógicos. La lógica juega una función negativa. Permite des-

cartar las normas contradictorias con las características normativas del caso "construido". Pero la lógica no da guía para elegir una de las varias normas no contradictorias susceptibles de aplicación al caso. Si estas normas son válidas y no contradictorias con el caso tal cual ha sido "construido", todas ellas son susceptibles, lógicamente, de aplicación al caso. La decisión del caso requiere la aplicación de una o varias de esas normas. El juez debe elegir aquella norma que mejor solución suministra al caso pendiente de decisión.

Aun en aquellos casos de coincidencia acerca de los hechos relevantes del litigio y de la norma jurídica aplicable pueden plantearse problemas de preferencia porque la norma aplicable se presenta como susceptible de variadas interpretaciones. En efecto, toda norma jurídica general se enuncia mediante palabras del lenguaje natural con la presencia inevitable de palabras vagas o ambiguas. Vagas porque si bien exhiben un centro de clara significación normativa ("automóvil es un vehículo dotado de un motor de combustión interna, sistemas de frenado, de aceleración y dirección, cuatro ruedas y espacio para el transporte de personas") las rodea un halo de vaguedad e imprecisión (¿será automóvil un vehículo de sólo tres ruedas?) que coloca al intérprete en la necesidad de disipar la vaguedad de la palabra y ambiguas, porque una misma palabra puede exhibir diferentes significados (una "hoja" es parte de un árbol y parte de un libro). El diccionario es el instrumento que nos suministra la diversidad de significados que alojan las palabras que lo integran.

La interpretación de cualquier norma jurídica requiere del intérprete un acto de preferencia; elegir una determinada significación y descartar las otras posibles. Interpretar es determinar el significado de un signo cultural. Mediante la interpretación se supera la vaguedad de la palabra incluyendo o excluyendo del centro de claridad significativa un objeto cuya significación era vaga. La interpretación también permite superar la ambigüedad mediante la elección de un determinado significado de la palabra con exclusión de otros.

Los juristas han elaborado diversos métodos de interpretación. Antonio Hernández-Gil ha dedicado tres gruesos volúmenes (*Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª edición, Madrid, España), a la descripción de los principales métodos de interpretación. No obstante su gran número y la diversidad de sus características, esos métodos pueden ser clasificados en cinco grandes clases: métodos gramaticales, apoyados en el significado de las palabras y en las leyes de la sintaxis; métodos exegéticos, dedicados a la determinación de la voluntad del legislador; métodos lógico-rationales, concentrados en la delimitación del ámbito o el alcance de los conceptos aludidos por las palabras mediante el empleo de procedimientos racionales (generalización, definición, abstracción, deducción); métodos teleológicos y pragmáticos dominados por el propósito de alcanzar ciertos objetivos o finalidades mediante el empleo del Derecho como un instrumento adecuado. Por esta razón se atribuye al derecho aquel significado que permita alcanzar la finalidad buscada; y métodos sociológicos, utilizados para ganar conocimiento de la realidad social empírica, mutable y heterogénea, y dominarla para satisfacer aspiraciones humanas.

Diversos métodos jurídicos pueden llevar, en un caso concreto, a una misma respuesta al interrogante acerca del significado de una determinada norma jurídica. Pero ello no es común. Habitualmente, diversos métodos de interpretación llevan a diversas interpretaciones, con lo cual el juez y los abogados de las partes enfrentan tanto el problema de elegir una norma de las varias aplicables al caso como el de determinar la significación de la norma jurídica elegida. Esta tarea implica a su vez, la necesidad de elegir el método de interpretación. La suerte del caso puede depender de la preferencia por un determinado método de interpretación en vez de otro u otros. Esta preferencia metodológica no tiene lugar mediante procedimientos lógicos sino axiológicos.

## VI. *La preferencia axiológica*

Jueces, abogados y teóricos del derecho viven la convicción de que su tarea mantiene estrecha vinculación con la justicia, si bien en la actualidad, a diferencia de lo sucedido en otras épocas del conocimiento jurídico, no se identifica al derecho con la justicia. Tampoco se expulsa a la justicia del ámbito de las preocupaciones teóricas de los juristas como si se tratara de materia extraña al derecho y más propia de la política o de la moral. Sin embargo, no han sido exitosos los esfuerzos por encontrar una posición intrasistemática a la justicia en el conocimiento científico del derecho.

Esta cuestión se vincula con el viejo problema de la relación entre el derecho natural y el derecho positivo. No es mi propósito discutir o desarrollar ese tema en este momento. Me limito a recordar que aún no han sido superadas las disputas planteadas por la presencia del ideal de justicia en la experiencia jurídica. En esta oportunidad me interesa una descripción tan neutral como sea posible de la valoración efectuada por jueces y abogados al sustanciar y decidir un conflicto llevado a los tribunales.

El abogado alienta en su conciencia, quizás de manera oscura e intuitiva, la convicción de que él necesita justificar ante el juez el comportamiento de su cliente si desea ganar el litigio. La mera invocación de normas jurídicas no es suficiente justificación pues ellas plantean, a su vez, un problema de interpretación y de justificación de la interpretación. El juez y el abogado "sienten" la necesidad de realizar la justicia. Tienen conciencia esclarecida de que el conflicto planteado ante el tribunal debe ser resuelto mediante la justa aplicación de las normas jurídicas vigentes. Pero no sólo de la justicia se trata. Con mayor o menor intensidad, según las épocas, los países y las instituciones jurídicas involucradas, otros valores jurídicos han entrado en juego. Por lo pronto, un valor que pareciera ser de índole primaria y de gran fuerza: el orden, es decir, una regulari-



dad tal en la secuencia de los acontecimientos que el sujeto actuante se encuentra en condiciones de organizar su acción e insertarla con eficacia en la realidad. Estrechamente vinculado con el orden se encuentra el valor de la seguridad, es decir, la neutralización de los riesgos de destrucción, daño o pérdida de la vida o de los bienes mediante medidas preventivas que permiten protegerlos de los agentes nocivos localizados en el medio circundante.

El sujeto actuante integra una comunidad cuyas actividades y objetivos han sido fijados o establecidos por quienes disponen de la autoridad necesaria para hacerlo. De esta manera, las energías colectivas se movilizan de una manera consistente y unificada. Ello es posible porque en el seno de la comunidad el poder ha sido vivido y realizado como un valor, el valor resultante de la singular cualidad de ciertas personas cuyas condiciones personales o cuyos títulos le permiten marcar un rumbo y verlo aceptado por los demás. La vigencia del poder, pues, asegura la fijación y la búsqueda de objetivos comunitarios. El poder se encuentra estrechamente vinculado con la paz, es decir, la vivencia de los demás como amigos o como hermanos, personas pertenecientes a la misma familia, al mismo grupo, a la misma Nación. El otro no es un extraño, un extranjero, un enemigo. "El otro es como yo, con él estoy en paz". El poder permite ganar la paz pues la movilización de las energías de la comunidad tras objetivos comunes permite vencer prevenciones, acercar a quienes están distantes, persuadirlos para encarar esfuerzos conjuntos, y disipar inquietudes mediante el desarrollo de factores de entendimiento y de mutua comprensión.

Librado a sus solas fuerzas, el sujeto actuante tiene frente a sí un limitado número de objetivos susceptibles de ser alcanzados. Su vida se empobrece en la medida en que disminuyen los bienes al alcance de sus recursos. Pero lo que el sujeto actuante no puede lograr por sí puede lograrlo, bajo ciertas circunstancias, con la colaboración de otro sujeto actuante. Se registra la multiplicación de la eficacia de la acción de un sujeto cuando ella se coordina con la acción

de otro sujeto actuante. Esa coordinación de acciones hace posible el logro de bienes de otra manera inalcanzables para el sujeto actuante aislado. Ese es el valor de la cooperación: el enriquecimiento vital resultante de la coordinación plural de las acciones de dos o más sujetos actuantes interesados en la realización de objetivos compartidos o mutuamente aceptados. La cooperación guarda una cercana vinculación con la solidaridad. La cooperación lleva a un incremento en los frutos de la acción pero no al beneficio de todos los sujetos participantes. Un pescador puede pescar más con la cooperación de sus amigos en el lanzamiento y la recuperación de las redes, pero el fruto del esfuerzo coordinado puede quedar en manos del pescador sin beneficio alguno de sus amigos. Cuando se realiza el valor de la solidaridad, en cambio, la suerte es común. Todos los sujetos actuantes corren juntos los riesgos y participan del fruto del esfuerzo común. Mi suerte es la suerte de los demás y viceversa. La vida de los demás no nos es ajena. Hay solidaridad cuando todos quienes participan del esfuerzo, participan también en la distribución de sus frutos.

El orden y la seguridad, el poder y la paz, la cooperación y la solidaridad, y la justicia, han sido reconocidos como valores jurídicos en la larga historia del conocimiento jurídico en Occidente. Filósofos, estadistas, políticos, jueces y abogados, han identificado esos valores y destacado su significación en la experiencia del derecho. Así se ha vivido el orden en la Inglaterra victoriana, la seguridad en el mundo socialista, el poder en la diplomacia, la paz en las relaciones internacionales y en la organización del Estado, la cooperación en las relaciones industriales, la solidaridad en la vida familiar y la justicia en la realización armónica y equilibrada de todos los valores jurídicos.

La justicia cumple una segunda función. Ella no sólo es eje o centro de la valoración jurídica en tanto la justicia implica la realización medida de todos los valores jurídicos mencionados. Es, además, racionalidad y coherencia, la racionalidad inherente en el trato similar de lo que es similar,

y en el trato proporcional a los méritos de lo que exhibe diversidad en el mérito. La justicia, en efecto, requiere la igualdad del valor de los bienes que se intercambian quienes se encuentran ubicados en el mismo plano, y la proporcionalidad en la distribución de los beneficios o premios entre quienes exhiben diferentes méritos en su respectivo accionar.

Lo expuesto permite comprender las enormes dificultades enfrentadas por jueces y abogados cuando procuran realizar la justicia. Ello requiere la armónica realización de *todos los valores* y, además, el *tratamiento racional de todos y cada uno* de los integrantes de la comunidad, asegurando la igualdad de las transacciones entre quienes son iguales y la distribución de los premios y los beneficios en proporción a los méritos de cada uno de los componentes de la comunidad.

A cada uno de estos siete valores jurídicos positivos corresponden disvalores o valores negativos. Como bien dice Scheler, la ausencia de un valor positivo implica la presencia de un valor negativo por defecto o carencia. Así, la falta de orden implica el desorden, la falta de seguridad, la inseguridad; la falta de poder, la anarquía; la falta de paz, la discordia; la falta de cooperación, el aislamiento; la falta de solidaridad, la extranjería; y la falta de justicia, la injusticia. Puede verse así el juego de la polaridad característica de los valores, con la emergencia de dos series axiológicas paralelas de signo opuesto.

En la experiencia jurídica, sin embargo, se vive una situación peculiar en materia de disvalores. Se dan disvalores por exceso. En efecto, el exceso de orden se traduce en ritualismo; el exceso de poder, en opresión y el exceso de cooperación, en masificación. No se dan, en cambio, disvalores por exceso en el caso de la seguridad, la paz, la solidaridad y la justicia. Esta singular situación asimétrica de los disvalores por exceso encuentra su razón en la prevalencia del componente autonómico en el valor de las acciones cuyo sentido se encuentra en la seguridad, la paz y la solidari-

dad y en el predominio del componente heteronómico en el valor de las acciones cuyo sentido se encuentra en el orden, el poder y la cooperación. Efectivamente, estos últimos son valores de heteronomía y aquéllos, valores de autonomía. Por ello es que no se puede dar un disvalor por exceso en el caso de la seguridad, la paz y la solidaridad porque nunca hay una vivencia disvaliosa en el desarrollo y la expansión de la autonomía, es decir, del ámbito del despliegue de la libertad individual. A la inversa, en el caso de los valores de heteronomía, el orden, el poder, y la cooperación, el exceso se traduce en disvalor porque implica la prevalencia de determinaciones heteronómicas en las cuales el contenido de la acción proviene de fuentes ajenas, extrañas al sujeto actuante, y limitativas de su libertad. El exceso de orden restringe de manera artificial y hueca la actuación del sujeto, consreñido a cumplir puros formalismos, carentes de justificación racional. El exceso de poder aprieta y abruma al sujeto, cuya existencia es oprimida. El exceso de cooperación quita espontaneidad y riqueza operativa a la cooperación, llevando a criterios uniformes, repetitivos, degradados, en los cuales el sujeto actuante pierde individualidad y se disuelve en la mediocridad y en la chatura del alto número de los indiferenciados.

El caso de los valores de heteronomía (el orden, el poder y la cooperación), pone de manifiesto la significación de la justicia como armonía y equilibrio. Tanto los disvalores por defecto como los disvalores por exceso resultan de la pérdida del equilibrio en la realización de los valores de heteronomía. El orden es un valor sólo en la medida en que el orden es justo, es decir, equilibrado, pues si el orden no es equilibrado se transforma en desorden si el desequilibrio se produce por defecto, o en ritualismo si el desequilibrio se produce por exceso. De la misma manera, el poder sólo es valioso si es un poder justo, pues si no lo es por pérdida de equilibrio se transforma en anarquía en el caso de desequilibrio por defecto o en opresión, en el caso de desequilibrio por exceso. Y, por último, la cooperación sólo es valiosa si

esa cooperación es justa, pues si no lo es por desequilibrio se transforma en aislamiento si media defecto y en masificación si media exceso.

## VII. *El plexo axiológico*

La polaridad y la gradualidad de los valores, la relación inversa existente entre su dignidad y su fuerza, y la presencia de los componentes autónomos y heterónomos en la acción humana, ponen de manifiesto un complejo articulado de los valores jurídicos positivos con sus opuestos negativos por defecto y por exceso.

El análisis axiológico pone de manifiesto ciertas relaciones estrechas entre pares de valores: el orden y la seguridad; la cooperación y la solidaridad; y el poder y la paz. Carlos Cossio ha procurado vincular estos tres pares axiológicos con tres características existenciales del hombre ya señaladas por Heidegger: su ser existencial, su ser social o coexistencial y su ser mundanal. Se trata de tres notas existenciales claramente perceptibles y susceptibles de descripción razonablemente precisa. El hombre está ahí, se descubre a sí mismo existiendo, compelido a elegir, viviendo una vida única e irreproducible, imperfecta mientras la vive porque el futuro sigue reclamando su acción y cuya perfección se alcanza al extinguirse el futuro, es decir, en el acto final y personalísimo de la muerte. Ese hombre es un ser social: él es con-otros, surge en el seno de la comunidad. Su ser en la comunidad le suministra la conciencia de ser un yo junto con otros yo. Ese hombre piensa y se comunica mediante el empleo de signos de origen social. Social es el lenguaje, social es el sistema de los signos de comunicación, social es su comprensión e interpretación de los demás. Y, por último, el hombre es un ser mundanal, es en-el-mundo. En él opera y en él despliega su ser, utilizando instrumentos a su alcance y definiendo con ellos el ámbito en el que cuenta y gravita su ser. No es el mismo el mundo de cada ser porque no es el mismo el sistema de instrumentos a su alcance. El mundo

del presidente de los Estados Unidos o del presidente del Politburo de la Unión Soviética es la Tierra. El mundo del colla alojado en un valle calchaquí, es ese valle y la comarca que alcanza en sus caminatas.

Estas características esenciales del ser humano mantienen una estrecha relación con los valores que dan sentido a su existencia. El hombre comprende su propia existencia como significativa, como portadora de un sentido que la justifica. El hombre vive e interpreta su vida como una tarea con un rumbo, una razón de ser. El pasado se actualiza en el presente y abre posibilidades existenciales. El futuro se anticipa y se hace presente, demandando una respuesta a las alternativas suministradas por las circunstancias.

En el ámbito de la vida llamado derecho, el ámbito de la interferencia intersubjetiva de las acciones, quienes las ejecutan son seres existentes, sociales, y mundanales. El sentido de esas acciones en interferencia intersubjetiva aparece suministrado por los valores jurídicos. Estos valores son, por lo pronto, los valores de las acciones ejecutadas por seres existentes, únicos, compelidos a preferir, en el proceso de ir haciendo su vida, hasta el completamiento de su existencia en su muerte. Y también son los valores de las acciones ejecutadas por hombres cuyo ser, es, también, social y mundanal. ¿Se encuentra en la experiencia jurídica la vivencia de valores jurídicos propios del ser existencial, del ser coexistencial y del ser mundanal? La respuesta es positiva.

La cooperación y la solidaridad son los valores propios y específicos del ser coexistencial. La interferencia intersubjetiva de las acciones se manifiesta con gran potencia en el caso de la coordinación de las acciones, peculiar y propia de la cooperación, y en el caso de la participación del sujeto actuante en la suerte y destino de otros sujetos actuantes, típica de la solidaridad.

El orden y la seguridad son los valores propios del ser mundanal. El mundo se presenta ordenado, regular, previsible. A la noche sigue el día; al verano, el otoño; a la siembra, la germinación. Y es en el mundo donde el sujeto

actuante encuentra los riesgos que amenazan su vida y sus bienes. El sujeto actuante opera instrumentos mediante los cuales despliega su personalidad, gana eficacia en su acción al insertarla en el momento oportuno en la secuencia previsible de los acontecimientos mundanos. Esos instrumentos le permiten localizar y neutralizar los peligros que le amenazan. Así alcanza seguridad.

El poder y la paz son valores específicos del ser existencial. El poder se manifiesta como una particular aptitud de un ser actuante capaz de infundir, estimular, movilizar y dirigir a los demás. El poder traduce energía vital, autoridad persuasiva, dominio del yo, proyección de la propia personalidad. La paz es la unión de los espíritus, la identificación del yo ajeno con el yo propio. El sujeto actuante se siente similar al sujeto con quien actúa. El otro es como un hermano, miembro de una misma familia, un yo en quien descubro afinidad, concordancia, identidad. En la paz el otro es un amigo, no un enemigo, no un extraño, no un extranjero. Como amigo, como hermano, el yo vive con el otro una relación plena, abierta, sin reservas.

Se han identificado, pues, tres pares axiológicos, ligados a tres características esenciales del sujeto actuante: el orden y la seguridad como valores de mundanidad; el poder y la paz, como valores de existencialidad y la cooperación y la solidaridad como valores de co-existencialidad.

Si se analiza ahora cada par axiológico se descubre una relación dinámica entre los dos valores positivos que lo integran. Esta dinámica se encuentra ligada a la presencia de valores negativos por defecto y por exceso. En efecto. Cada uno de los pares axiológicos positivos se encuentra vinculado a dos valores negativos por defecto y un valor negativo por exceso. Ello resulta del ya mencionado carácter polar de los valores jurídicos. Estas características permiten construir tres ejes axiológicos, cada uno de ellos relacionado con las ya mencionadas estructuras esenciales del ser hombre. El análisis axiológico permite elaborar el siguiente esquema de ejes axiológicos:

	<i>Valor negativo por exceso</i>	<i>Valor positivo</i>	<i>Valor negativo por defecto</i>
<b>Ser existencial</b>	Opresión	Paz Poder	Discordia Anarquía
<b>Ser co-existencial</b>	Masificación	Solidaridad Cooperación	Extranjería Aislamiento
<b>Ser mundanal</b>	Ritualismo	Seguridad Orden	Inseguridad Desorden

El análisis de estos tres ejes axiológicos permite describir la relación existente entre sus diversos valores y disvalores, en base a su respectiva fuerza y dignidad, a la distribución del componente autónomico y heteronómico de la acción humana y a la función central y equilibrada de la justicia. En el primer eje, correspondiente a los valores jurídicos del ser existencial, el poder se presenta como más fuerte que la paz, pero, inversamente, la paz se presenta como más digna que el poder. En el segundo eje, correspondiente a los valores jurídicos del ser co-existencial, la cooperación se presenta más fuerte que la solidaridad, pero la solidaridad más digna que la cooperación. En el tercer eje, correspondiente a los valores jurídicos del ser mundanal, el orden se presenta como más fuerte que la seguridad, pero la seguridad como más digna que el orden.

El examen de la relación existente entre los dos valores positivos perceptibles en cada eje muestra el soporte o asistencia que el valor más fuerte presta al valor más digno. Si la paz corre peligro y surge el riesgo de la discordia, se hace presente el poder, ahora en un primer plano, para recuperar y restablecer la paz. De la misma manera, si entra en crisis la solidaridad y se cortan los vínculos de hermandad y los sujetos actuantes se contemplan como ajenos el uno del otro, como extraños, como extranjeros, la cooperación pasa al primer plano para recuperar y restablecer la solidaridad. Y si es la seguridad la que entra en crisis y surge la inseguridad,



ridad en el ámbito del grupo social, el orden pasa a primer plano para recuperarla y restablecerla.

Se verifica, pues, en cada uno de los tres ejes axiológicos una peculiar dinámica de los valores. El más fuerte suministra apoyo o sostén al más débil que es, al mismo tiempo, el más digno. La heterogeneidad y mutabilidad de los comportamientos humanos y la variada significación de las acciones humanas genera un clima de inestabilidad axiológica, vivido en todas las comunidades humanas, con mayor o menor intensidad. La historia nos enseña cuán a menudo los valores más dignos de cada eje axiológico (la seguridad, la solidaridad, la paz) entran en crisis, estimulando el surgimiento de los valores más fuertes, de más fácil realización (el orden, la cooperación, el poder). La movilización de los valores más fuertes es una respuesta a la emergencia de los valores negativos por defecto opuestos al valor más digno de cada par.

En las sociedades humanas consolidadas, enraizadas y estables, con una razonable y eficiente organización de los servicios públicos y un esclarecido sentimiento de pertenencia, la aparición en el primer plano del orden, el poder y la cooperación para prestar sostén a la seguridad, la paz y la solidaridad, cuando una o más de éstas entran en crisis, es suficiente para restablecer el equilibrio axiológico. Pero hay casos, y no son pocos, de frustración del proceso de recuperación de los valores de mayor dignidad. Así, el orden puede no ser suficiente para recuperar la seguridad, ni el poder para restablecer la paz, ni la cooperación para rescatar a la solidaridad.

Si el orden no restablece la seguridad, el orden mismo entra en crisis. El orden se ha mostrado insuficiente para rescatar la seguridad. Tal insuficiencia puede resultar tanto del defecto de orden (el desorden) como del exceso del orden (el ritualismo). Ello pone de manifiesto que el orden sólo puede recuperar la seguridad si el orden es equilibrado (ni excesivo ni defectuoso) es decir, si el orden es justo (en el sentido platónico).

Si el poder se muestra ineficaz en el restablecimiento de la paz y subsiste la discordia y el enfrentamiento, entonces el mismo poder entra en crisis y se da, por defecto de poder, la anarquía o, por exceso de poder, la opresión. Ello pone de manifiesto que el poder sólo puede recuperar la paz, si el poder es justo, es decir, poder equilibrado, poder armónico.

Por último, si la cooperación no recupera la solidaridad y subsiste la extranjería, el extrañamiento, entonces la cooperación misma entra en crisis y se da el aislamiento por defecto de cooperación, o la masificación, por el exceso de cooperación. Es la cooperación justa, equilibrada, la que abre el camino para el restablecimiento de la solidaridad.

En todos aquellos casos en que subsiste el valor negativo opuesto al valor más digno del respectivo par axiológico, es decir, si subsisten la inseguridad, o la discordia, o la extranjería, porque el valor más fuerte no le prestó el apoyo requerido para su recuperación, ya por exceso ya por defecto, entonces se da el valor negativo por exceso o por defecto del valor más fuerte del respectivo par axiológico. En este caso ganan vigencia ambos valores negativos del par axiológico. Esta situación es claramente perceptible cuando ambos valores negativos lo son por defecto. Así, a la inseguridad se suma el desorden; o a la discordia se suma la anarquía, y a la extranjería o extrañamiento se suma el aislamiento.

La situación presenta diferencias de matices cuando el fracaso en la recuperación del valor más digno del respectivo par axiológico se debe a la pérdida del equilibrio por exceso del valor más fuerte del par. Así, la paz no es recuperada por un poder opresivo; ni la seguridad por un orden ritualístico; ni la solidaridad por una cooperación masificada. Coexisten la discordia con la opresión; la inseguridad con el ritualismo y el extrañamiento o la extranjería con la masificación.

Se perciben, en consecuencia, dos situaciones axiológi-

cas distintas. En la primera, se encuentran vigentes dos valores negativos por defecto, a saber:

- Primer par axiológico:* Inseguridad  
Desorden
- Segundo par axiológico:* Discordia  
Anarquía
- Tercer par axiológico:* Extranjería (o extrañamiento)  
Aislamiento

En la segunda situación axiológica, coexisten vigentes dos valores negativos, uno por defecto y el otro por exceso, a saber:

- Primer par axiológico:* Inseguridad  
Ritualismo
- Segundo par axiológico:* Discordia  
Opresión
- Tercer par axiológico:* Extranjería (o extrañamiento)  
Masificación

El análisis axiológico pone de manifiesto que en la primera situación (todos los valores son negativos por defecto) se vive la intuición de la disolución de la comunidad, la frustración de la convivencia racional, la desaparición de la noción de pertenencia, la disolución de los vínculos asociativos. En la segunda situación (co-existen valores negativos por defecto con valores negativos por exceso) se vive, en cambio, no sólo la intuición del debilitamiento de la vinculación comunitaria, sino, además, el sustancial empobrecimiento del ser individual al verse sujeto a procesos de vaciamiento espiritual generados por la presión del ritualismo; de represión externa del ámbito de la libertad provocada por la opresión y de pérdida de la capacidad creadora y de

las notas de diferenciación espiritual como consecuencia del proceso masificador.

Las peculiares características de cada una de las dos situaciones recién descritas encuentran su razón de ser en la presencia de componentes autonómicos y heteronómicos en la acción humana, cada uno de ellos con los valores que le son propios. El análisis reconoce con facilidad los valores de autonomía: la seguridad, la paz y la solidaridad; y los valores de heteronomía: el poder, el orden y la cooperación. La relación dinámica de los valores en cada par axiológico aparece dominada por las notas de autonomía y heteronomía axiológicas: son valores más dignos y menos fuertes los valores de autonomía (seguridad, paz, solidaridad) que los de heteronomía, y, a la inversa, son valores más fuertes y menos dignos los valores de heteronomía (orden, poder, cooperación) que los de autonomía. Ello permite comprender la razón de la función de sostén y apoyo que juega el valor de heteronomía en la dinámica axiológica de cada eje axiológico. El rescate de la mayor dignidad axiológica (ligada a la autonomía del ser humano) en caso de crisis de los valores de autonomía, la intentan los valores más fuertes (ligados a los componentes heteronómicos del comportamiento humano). Que los valores más fuertes, los valores de heteronomía, recuperen la dignidad de la autonomía, depende, a su vez, del equilibrio que da la justicia. Es el orden justo, es el poder justo y es la cooperación justa, los que pueden llevar a una renovada vigencia de la autonomía en la seguridad, la paz y la solidaridad.

En síntesis: la dinámica de los valores jurídicos, tanto de los valores de autonomía como de los valores de heteronomía, gira alrededor de la justicia.

La justicia es la llave, es el eje, de los valores jurídicos.

### VIII. *La función de la justicia platónica en la dinámica del plexo axiológico jurídico*

La justicia requiere la realización de todos los valores jurídicos. No hay justicia sin orden; ni justicia sin seguridad; ni justicia sin paz; ni justicia sin poder; ni justicia sin solidaridad, ni justicia sin cooperación.

Una idea similar fue expresada por Carlos Cossio al anunciar las siguientes relaciones:

- La paz es justicia y sólo justicia.
- La justicia es paz, pero no sólo paz.
- El poder es justicia y sólo justicia.
- La justicia es poder, pero no sólo poder.
- La solidaridad es justicia y sólo justicia.
- La justicia es solidaridad, pero no sólo solidaridad.
- La cooperación es justicia, y sólo justicia.
- La justicia es cooperación, pero no sólo cooperación.
- La seguridad es justicia y sólo justicia.
- La justicia es seguridad, pero no sólo seguridad.
- El orden es justicia y sólo justicia.
- La justicia es orden pero no sólo orden.

La justicia, pues, juega una función central, armonizadora, equilibrante como ya lo había destacado Platón en el Libro IV, número 443 a, de la *República*. El hombre justo era, según Platón, el que armonizaba y equilibraba sus partes componentes: los sentidos, la voluntad, la inteligencia y sus respectivas virtudes: la templanza, el valor y la sabiduría.

La justicia preside la dinámica de los valores jurídicos, el juego de los tres ejes axiológicos, los correspondientes al componente mundanal del ser humano, al componente existencial del ser humano, al componente coexistencial del ser humano. Justos son los comportamientos cuyos sentidos los constituyen el orden y la seguridad (componente mundanal), la paz y el poder (componente existencial) y la solidaridad

y la cooperación (componente coexistencial). Todos deben darse, pero no todos ocupan el primer plano axiológico, porque no todos los actos traducen y expresan un sentido similar. Uno es el alcance y la gravitación del orden si está en juego el movimiento de un navío en un puerto y otro si está de por medio la asistencia alimentaria debida por el esposo a una esposa desvalida y gravemente enferma.

No se trata, pues, de que los valores compitan los unos con los otros, como si estuvieran enfrentados o como si la vigencia de uno exigiera la postergación o el desconocimiento de otro. Se trata de que cada una de las instituciones jurídicas exhibe su propio sentido axiológico, su peculiar perfil valorativo. En el comportamiento justo, todos los valores jurídicos están presentes, pero no todos lo están en el mismo plano, ni de la misma manera. Siempre será indispensable la vigencia del orden, así sea de una manera mínima. Y lo mismo es postulable de los demás valores jurídicos. La justicia requiere en toda relación de interferencia intersubjetiva de los comportamientos un cierto orden, una cierta seguridad, un cierto poder, una cierta paz, una cierta cooperación y una cierta solidaridad.

Sin embargo, se dan situaciones en las que la presencia de todos los valores jurídicos de una manera armónica y coincidente parece muy difícil de lograr. Por ejemplo, una costumbre de larga práctica, de vigencia generalizada y notoria, constituye una cierta secuencia regular de acontecimientos humanos, fácilmente previsible, en función de la cual se establece una situación ordenada en la que puedo insertar mi propio comportamiento de una manera eficaz y racional. Se está, pues, ante una realidad de orden y actuar conforme a la costumbre es un actuar conforme al orden. Sin embargo, en el seno del grupo social siempre se registran cambios y alteraciones. Se trata de un proceso inexorable, dotado de cambiante generalidad, con variada afectación de los intereses sociales. Surge de esta manera una cierta tensión entre el orden existente, apuntalado en las viejas prácticas y las costumbres, y en las rutinas cotidianas del com-

portamiento, por un lado, y nuevos sentidos sociales, nuevas demandas comunitarias, fundadas en las exigencias de los más dignos valores jurídicos como la paz, la solidaridad y la justicia, por otro lado.

La vigencia de los valores fuertes, como el orden, el poder y la cooperación, opera como una suerte de factor habilitante para la emergencia a un primer plano de los valores más dignos. Bien puede decirse que sólo una cierta vigencia del orden hace posible la seguridad; y lo mismo puede predicarse del poder respecto de la paz y de la cooperación respecto de la solidaridad. Esto reitera lo ya dicho por Cossio acerca del carácter armonizante y equilibrante de la justicia: sin orden, no puede haber justicia, como tampoco puede darse la justicia sin poder o sin cooperación.

Sin embargo, la experiencia axiológica nos trae ejemplos de situaciones críticas en las cuales los valores fuertes (especialmente el orden) parecieran entrar en colisión con valores de mayor dignidad. En la historia de Occidente se ha vivido más de una vez una dolorosa tensión entre el orden y la justicia.

La previsibilidad que hace posible una secuencia regular y reiterada de los acontecimientos puede verse en peligro si el orden existente (i. e. la secuencia regular de comportamientos humanos) comienza a perder racionalidad, o a generar desigualdades injustificadas, o retribuciones inmerecidas. En estos casos el orden termina por dejar de ser justo y se transforma en injusto. El orden injusto lleva, como ya lo vimos, al desorden paralizante o al ritualismo desalmado. Consideraciones similares pueden efectuarse en el caso del poder y de la cooperación. En efecto, el poder vigente puede entrar en colisión con exigencias de la justicia. Cambios en la realidad cultural, económica, financiera, social, pueden llevar al cuestionamiento de las relaciones vigentes de poder, con su respectiva identificación de quienes aparecen dotados de autoridad y quienes deben acatarla. Cuando la justicia entra en colisión con el poder vigente, el

transformarse en anarquía ineficaz o en opresión mutiladora. poder deja de ser el poder justo, el poder equilibrado, para

La cooperación también puede entrar en crisis con exigencias de la justicia. Modificaciones producidas en la ciencia y en la tecnología pueden requerir variantes significativas en la organización de las acciones y su coordinación, exigiendo de todos quienes participan de esfuerzos comunes o relacionados, la adopción de diferentes acciones. Es la justicia la que exige un actuar coordinado distinto, grados diferentes de co-participación en el esfuerzo cooperativo. Si la cooperación vigente se presenta disvaliosa a la luz de la justicia, entonces la cooperación termina por transformarse en un aislamiento anti-social o una masificación niveladora y aplastante.

Surgen así las crisis de los valores jurídicos. Esas crisis son, principalmente, manifestaciones de crecientes tensiones de la justicia aristotélica (la justicia como racionalidad, como igualdad y como proporcionalidad) y de los valores jurídicos de mayor fuerza, los valores de heteronomía (el orden, el poder y la cooperación). El orden, el poder y la cooperación pueden abrir el camino a la realización de los valores más dignos de cada par (la seguridad, la paz, la solidaridad) sólo en la medida en que el orden es justo, el poder es justo y la cooperación es justa. Cuando dejan de serlo, ya no se plantea un problema de incompatibilidad axiológica que obligue a elegir entre el orden y la justicia, o entre el poder y la justicia, o entre la cooperación y la justicia. La justicia domina axiológicamente y suministra nuevos sentidos.

El orden se ha transformado en desorden o ritualismo, el poder en anarquía u opresión, y la cooperación en aislamiento o masificación.

Existen, sin embargo, en el proceso de las crisis axiológicas, instancias transicionales caracterizadas por su ambigüedad o su bivalencia. Son circunstancias en las que el orden todavía parece justificado y comprensible; y el poder como siendo aun justo y la cooperación como fundada, no obstante la evidencia de rasgos de irracionalidad, en el orden



vigente, en el poder en ejercicio o en la cooperación en funciones. Son estos los casos en los que los grandes jueces intuyen con claridad las exigencias de racionalidad y equilibrio y penetran en el futuro para descubrir los elementos axiológicos negativos todavía ocultos en el orden, el poder y la cooperación vigentes, para relegarlos a un segundo plano y hacer lugar a la justicia.

Penosamente, padeciendo marchas y contramarchas, la historia de la humanidad acusa los difíciles procesos de recuperación de los valores más dignos mediante el soporte que les prestan los más fuertes, en el marco equilibrado suministrado por la justicia como armonía.

La historia del derecho puede ser vista como la historia del prolongado esfuerzo de la humanidad en busca de la justicia para hacer del derecho, es decir, de la convivencia de los hombres, una realidad digna de ser vivida, una realidad en la que, poco a poco, los pueblos del mundo han ido venciendo el desorden, la inseguridad, la anarquía, la discordia, el aislamiento, el extrañamiento, la masificación, el ritualismo, la opresión y la injusticia, para abrir las puertas a la presencia de la justicia, que es la presencia del orden y la seguridad, el poder y la paz, y la cooperación y la solidaridad.



## LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL RÍO DE LA PLATA

*Comunicación efectuada por el académico Dr. Jorge M.  
Mayer, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias  
Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada  
del 12 de octubre de 1989*



Hemos presenciado en estos días diversos homenajes, entre serios reparos, a la llamada Revolución Francesa, simbolizada por el asalto a la Bastilla, que plantea curiosos interrogantes sobre sus virtudes y su influencia en las lejanas riberas del Río de la Plata.

Se ha descrito a menudo esos acontecimientos con pintorescas imágenes cinematográficas, animadas por personajes copiados de Robin Hood o Pimpinela Escarlata, para solaz de algunos espíritus románticos.

Pero una autopsia objetiva y racional descubre otra realidad muy distinta. Para comenzar es un grave error hablar del extenso período que abarca de 1780 a 1815, como la Revolución Francesa, cuando ese período encierra tres ciclos dispares e incompatibles.

En primer lugar, se abrió desde los comienzos de 1700 el ciclo de la Ilustración, de una transformación técnica y literaria que cambió la textura económica y mental del reino de los Borbones. En segundo lugar, se inició el trágico ciclo de la Revolución, cuando los diputados reunidos en los Estados Generales se alzaron en el Jeu de Pomme el 20 de junio de 1789 bajo el signo del terror, y concluyó al caer Robespierre el 9 Thermidor (27 de julio) de 1794. En tercer lugar, surgió el rutilante ciclo napoleónico, que se inició el 8 de marzo de 1796, el día en que el Director Barrás obse-

quió a un jovencito oficial corso la bella Josefina y el ejército de Italia.

Son tres ciclos diversos y a menudo antagónicos, los filósofos no eran republicanos ni por supuesto lo fue Napoleón. Si los filósofos difundieron desde los comienzos del siglo los dogmas de la libertad personal, la Revolución de 1789 a pesar de tantos encomios los exterminó bajo el irrefutable tajo de la guillotina.

Para rescatar los arriesgados valores de la Revolución, se ha sostenido que era un block y que los méritos hacían perdonar algunos pequeños excesos, como el de cortar la cabeza a millares de buenos vecinos. Esta es otra confusión puesto que es indispensable distinguir los aciertos de los errores y si los primeros fueron pocos, los segundos fueron muchos y lancinantes.

En el curso del primer ciclo los adelantos científicos transformaron los medios de producción y como consecuencia la sociedad. Los estudios agrietaron con hondura un mundo de convenciones y mitos: Newton (1642-1727), Euler (1707-1783) y Lagrange (1763-1813) modernizaron las matemáticas, Priestley (1733-1804) y Lavoisier (1743-1794), la química, Buffon (1683-1775), Reaumur (1683-1757) y Linneo (1707-1768), las ciencias naturales, Herschel (1738-1822) y Laplace (1749-1827), la astronomía; el estudio de la naturaleza, los descubrimientos de tierras ignotas, cambiaron el horizonte y las dimensiones geográficas.

La pólvora y los cañones arrumbaron las armaduras y derribaron las albacaras de los desmedrados castillos. Denis Papin (1647-1714) creó en 1707 la caldera a vapor y fue el mayor revolucionario. Substituyó con enormes ventajas las fuerzas manuales de los esclavos y de los siervos, multiplicó la producción de las mercaderías y quienes supieron utilizarla fueron los nuevos señores.

James Watt (1736-1819) y Robert Fulton (1765-1815) impulsaron los transportes, los nuevos telares a lanzadera vistieron los pueblos a precios más reducidos y desencadenaron una transformación social, todo cambiaba.

La fortuna, el poder económico, pasaron de las manos de una nobleza marchita a las manos de una burguesía emprendedora y ávida de distinciones. Los viajes a Oriente y el Nuevo Mundo abrieron la ruta hacia los mercados desconocidos y las factorías de especias, esclavos y perlas.

Merece recalcar que los inventos mecánicos, la pólvora y la caldera a vapor, tuvieron más influencia en los cambios que los discursos literarios, más ostensibles, pero menos trascendentes. Los literatos suministraron sobre todo argumentos a la burguesía para justificar sus reclamos y adornar sus exigencias con tonos más atrayentes.

Los alborotos intelectuales comenzaron en 1720 promovidos por una minoría adefágica de filósofos, jansenistas, galicanos, logistas y orleanistas. En París el Palais-Royal, los cafés de la Regencia y de Foy, el Procopio, las salas de juego, las partidas de faraón, los teatros, las adivinas y nigromantes, los prostíbulos y las librerías, eran un centro de inquietas novedades, 300 editores abrían sus escaparates y se imprimían 35 periódicos<sup>1</sup>.

Los salones de la señoras de Geoffrin, Du Deffand, Broglie, Tencin, de Mlle. de Lespinasse y más tarde de la Señora de Necker y las lujosas recepciones del Baron Holbach fueron focos de cultivo.

Voltaire (1698-1778), cortesano y superficial, víctima de un complejo iconoclastico, publicó en 1734 las *Lettres Philosophiques* y luego algunos panfletos irreverentes. En 1759 se instaló para una mayor seguridad en Ferney y publicó el mismo año el *Candide*, la única obra que le sobrevive y en 1763 el *Traité de la Tolerance* que no le impidió solicitar al Rey, en cada oportunidad, *lettres de cachet* para encarcelar a sus críticos.

Montesquieu, Barón de la Brede (1689-1775), "el genio sublime", publicó en Amsterdam el año 1721 las *Lettres*

<sup>1</sup> GONCOURT, *Histoire de la Société Française pendant le Directoire*, 1909, 76, 169; TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, 1899, I, 275; MADELIN, *La Révolution*, II ed., 13; AULARD, *Histoire politique de la Révolution Française*, 1926, 17.

*Persanes* y en Ginebra el año 1748, *L'Esprit des lois*. Historicista y objetivo trazó las bases institucionales de los estados modernos. Definió las leyes como las relaciones derivadas de la naturaleza de las cosas e inventó la doctrina de la división del gobierno en tres poderes limitados y capaces de vigilar uno al otro, para resguardar la libertad de los súbditos. Ejerció una profunda influencia en los círculos cultos, marcó el rumbo y en 18 meses se imprimieron 22 ediciones.

El primer volumen de la *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* apareció en 1751 y concluyó de publicarse en 1778. Sus redactores Diderot y D'Alambert con la colaboración de Voltaire, Rousseau, Helvecius, Condillac, Morellet, Holbach, Marmontel, Quesney y Turgot colmaron la curiosidad de los burgueses y los hicieron sentirse autorizados para criticar las instituciones con el prestigio de un espíritu progresista.

Con buen estilo y frágiles ideas, impugnaron las creencias clásicas sobre la naturaleza del hombre y de la moral, pero a menudo una vida desdolorosa y un fatuo ateísmo muestran que confundían la cultura con la liviandad.

Rousseau (1712-1778), un psicópata verboso, publicó en 1761 *La Nouvelle Heloise* que transformó la sensibilidad mundana y en 1762 el célebre *Contrato Social*, extraído de Locke, que socavó los fundamentos racionales del gobierno.

Abrevándose en las viejas normas inglesas acuñó el mito mejor adaptado a la época y su sortilegio sublevó a los pueblos. En América la influencia de Rousseau y del *Contrato Social* fue devastadora. Se leía con avidez en los lejanos villorrios del Plata a Tucumán. Abrió "el tiempo regenerador de las sociedades" y autorizó a los pueblos a adoptar las formas de gobierno que creyeran convenientes, sin medir su acierto.

Turgot (1627-1781), colaborador de la *Enciclopedia* y Contralor General de las Finanzas, publicó en 1768 las *Reflexiones sobre la formación y la distribución de las riquezas*. Propiciaba la reducción de los gastos públicos, la libertad de las industrias, del comercio y del tráfico de los cereales.



Poco después Adam Smith (1723-1790) publicó en 1776 *De la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones* y con un lenguaje semejante enseñaba que la fuente de las riquezas residía en la libertad del trabajo y del comercio y condenaba el mercantilismo y los privilegios fiscales.

El gobierno parlamentario inglés ejercía una fascinante influencia en los círculos franceses, con sus maestros Locke (1632-1704), Bolingbroke (1668-1751), Hartley (1705-1757), Hume (1711-1776), y el cuáquero Thomas Paine (1737-1809) y su famoso folleto *El sentido común*.

Luego, la revolución norteamericana de 1776 sedujo con sus banderas a numerosos nobles, La Fayette, Rocheambeau, Grasse-Tilly, el príncipe de Broglie, los duques de Lauzun y Fitz-James, el marqués de la Rouerie, el conde de Segur, el vizconde de Montmorency, y les brindó unas nuevas pócimas para lograr la libertad y el bienestar de los pueblos <sup>1a</sup>.

Los intelectuales de Voltaire a Montesquieu, Chateaubriand y Benjamín Constant consideraban indispensable visitar a Inglaterra para conocer el funcionamiento de sus instituciones y la sublevación de los colonos norteamericanos los llenó de asombro y de admiración.

Benjamin Franklin (1706-1790), gran maestro de los talleres de Filadelfia, llegó a París en el mes de diciembre de 1776. Recibido triunfalmente se afilió a la Logia de "Las Nueve Hermanas" en compañía de Voltaire, Diderot, D'Alambert, Condorcet, Lalande, Mirabeau, Rousseau, Danton, Sièyes, Chamfort, Brissot, Desmoulins y aventureros como Federico Antonio Mesmer y Cagliostro que profetizó la demolición de la Bastilla y la muerte de su gobernador.

Estableció en París el control del "Gran Oriente", suprimió las pelucas empolvadas, los terciopelos, las patillas y cambió las calzas de seda por los austeros pantalones de sarga.

<sup>1a</sup> CONSTANT, *Oeuvres*, 1957, 880, 1122, 1131, 1175.

Les brindó además a sus oyentes el texto de la "Declaración de los derechos del buen pueblo de Virginia", del 1º de junio, y la Declaración de la Independencia de las colonias norteamericanas del 5 de julio de 1776, que fueron recibidas como las Tablas del Sinaí.

Se entrevistó con el Rey de Francia y se instaló en Passy. Consiguió que el gobierno francés enviara a los insurgentes un millón de libras y 24 mil fusiles. Poco después la noticia de la victoria de Saratoga y la capitulación del ejército inglés del General Burgoyne, el 17 de octubre de 1777, fue festejada jubilosamente y Luis XVI firmó dos tratados de Comercio y de Alianza con los colonos el 8 de febrero de 1778 <sup>2</sup>.

Bajo la influencia de las Luces y por espíritu de fronda, buena parte de la nobleza se afilió a la Logia, el duque d'Antin, Luis de Bourbon, el conde de Clermont, el príncipe de Rohan Guemenné, los príncipes de Condé, Ligne, Montbazon, Nassau, Pignatelli, los duques de Choiseul, Coigny, Fronsac, Rochefoucauld, Bouillon, Montmorency, el duque de Orleans otro Gran Maestre, los marqueses de La Fayette, Montesquieu, la Salle, Broglie, Beauharnais, Talleyrand, el conde de Grasse-Tilly y hasta algunas damas como la duquesa de Bourbón y la princesa de Lamballe que sería luego violada y decapitada <sup>3</sup>.

En Lyon, Burdeos, Nimes, Dijon, Nancy, Limoges y Meaux y hasta en algunas lejanas aldeas, se abrían salones, academias, sociedades literarias, gabinetes de lectura, clubes literarios, sociedades mesmerianas y filaletas que difundían los dogmas de la nueva filosofía. En las universidades comenzaban a dictarse cursos de matemáticas, historia natural, física experimental y química <sup>3a</sup>.

<sup>2</sup> GAXOTTE, *La Révolution Française*, 1928, 61; MORNET, *Los orígenes intelectuales de la Revolución Francesa*, 1969, 331; MIGNET, *Notice et portraits*, 1854, I, 426.

<sup>3</sup> MADELIN, 23; *Las logias militares*; MORNET, 305; AUBRY, *La Revolución Francesa*, 1961, I, 30, 65, sólo en París actuaban 65 logias.

<sup>3a</sup> MORNET, 252.

El origen del drama aparece en la majestuosa Corte de Luis XIV y su parábola concluye con Luis XVI. Luis XIV, (1638-1715) reinó desde 1643 y afirmó el prestigio y la autoridad de la monarquía. Construyó el Palacio de Versalles a 80 kms de París y a 3 horas en cabriolet, para alejarse de los motines que bajo la Fronda habían atribulado su infancia. Fue el siglo del Rey Sol, del boato, de la cultura y el refinamiento. Transitan en esos años hombres de Estado como Louvois (1619-1683), Mazzarino (1641-1691), sacerdotes como Bossuet (1627-1704) y Fénelon (1651-1715), filósofos como Pascal (1623-1662), Malebranche (1638-1715), literatos como Corneille (1606-1684), Molière (1622-1673), Boileau (1636-1711), Racine (1639-1699) y Saint Simon (1675-1755). Sería "le siècle plus éclairé qui fût jamais".

El nivel social había mejorado notablemente, una buena alimentación y alguna higiene brindaban una mejor vida. La población de Francia llegó a 24.600.000 habitantes, la nobleza comprendía 28 mil familias nobles con 140 mil miembros y el clero otros 150 mil. Pero del 20 al 50 % de las tierras pertenecían al Rey, a la nobleza y al clero y apenas dos millones de habitantes sabían leer y escribir.

Luis XIV obligó a los grandes nobles a residir en el pueblo de Versalles y los domesticó. Los fieros guerreros que habían salvado a Europa de los bárbaros ya sólo hacían reverencias y bailaban pavanas. No fue la Revolución la que concluyó con el poder de la nobleza, fue Luis XIV. Parecidamente muchos de los grandes dignatarios del clero divididos por la Ilustración y el galicanismo habían dejado de rezar con la indispensable devoción <sup>3b</sup>.

En Versalles se encontraban más de 40 mil funcionarios y nobles, dedicados a reverenciar al monarca. La Casa Militar alcanzaba a 9 mil hombres, que no servían ni para un desfile, la Casa Civil a 4 mil, más sus familias de parásitos.

Cada uno de los príncipes de sangre disponía de 500

<sup>3b</sup> QUINET, *La Révolution*, 1865, I, 229.

personeros para su servicio, los establos mantenían 1.900 caballos y 200 carrozas, la "bouche du roi" costaba 3 millones de libras anuales. El boato de la Corte, las prostitutas de lujo y las pensiones de los nobles agostaban el tesoro.

Era una administración cara e ineficiente. La obra más perdurable de esa época fue la construcción del palacio, que a pesar de las diatribas de los filósofos por su costo, resultó a los años el mejor negocio que realizó el Estado francés.

La nobleza generalmente franca y hospitalaria, se dividía en nobleza de espada y nobleza de toga, se subdividía en nobleza de sangre que debía ostentar 4 líneas de nobles y la nueva nobleza formada por los burgueses ricos, que compraban los cargos, y al final la pobre y resentida nobleza de provincia <sup>4</sup>.

La nobleza no formaba un estamento íntimamente unido, se hallaba dividida en varias capas y distintos círculos. Particularmente el duque de Orleans, apodado más tarde Philippe Egalité, el hombre más rico de Francia, fomentaba los disturbios con el propósito de suplantar la casa de los Borbones, hasta que sucumbió bajo la guillotina <sup>5</sup>.

En gran parte admiraban a los filósofos y habían perdido la fe en el régimen y en el papel que debían desempeñar <sup>6</sup>.

Los reyes cometieron dos errores vitales, el primero fue rebajar por desconfianza a los nobles al nivel de cortesanos y despojarlos de sus arrestos bélicos, sin advertir que perdían su más seguro apoyo, y el segundo abandonar al ejército y entregar los mandos a los oficiales de modesto rango, descontentos con su suerte, hasta quedar sin fuerzas que los defendieran <sup>7</sup>.

Los grandes cargos del ejército se distribuían entre los

<sup>4</sup> BURKE, *Reflexions on the Revolution in France*; Works, t. I, 1899, 408.

<sup>5</sup> CONSTANT, 1084, 1088, 1101; MADELIN, 88; AUBRY, 1, 95, 141; Las conspiraciones del Duque de Orleans; DURANT, *Rousseau*, 1143.

<sup>6</sup> MADELIN, 10, 16, 25; MAUROIS, *Historia de Francia*, 1957, 231.

<sup>7</sup> MADELIN, 15, 23; CHATEAUBRIAND, I, 1140.

nobles, de acuerdo con los blasones, pero los oficiales privilegiados abandonaban sus puestos para servir en Versalles. Los substitutos, los oficiales burgueses o de pequeña nobleza, sólo llegaban a capitanes y, sin esperanzas de una buena carrera, deseaban vivamente una reforma que reconociera sus méritos. Las tropas estaban compuestas por mercenarios, reclutas enconados, vagabundos y delincuentes, más interesados en el pillaje que en defender los pendones reales. Un régimen sin fuerzas militares que lo apoyaran no podía subsistir por mucho tiempo <sup>8</sup>.

En un mundo cambiante, los nuevos medios de producción, las factorías y las cuentas bancarias lograban con impertinencia más autoridad que los blasones. La burguesía no dependía más de la nobleza y de la protección de los castillos. Más rica y cada vez más poderosa la Francia se transformaba en un vasto taller.

Lyon era un centro de elaboración de drogas, tinturas y sedas. Estrasburgo de cerámicas y telares. Los hornos de jabones y velas de Marsella, las refinerías de azúcar, los telares de Amiens, los astilleros de Nantes, las minas de hulla de Anzin, los altos hornos y las fundiciones de Creusot y de Schneider, los carpinteros, tejedores, bataneros, teñidores y curtidores de Orleáns y Tours, los talleres de Perrier y Chaillot, la elaboración de la pólvora y de los nuevos tabacos, las fábricas de porcelanas de Limoges y de Sévres, las tapicerías de Aubusson y Beauvais, las cristalerías de Saint Gobin, la Manufactura Real de Muebles, las máquinas a vapor, los fuelles y los taladros, las crías de ovejas de Rambouillet creaban otro mundo.

Los puertos de Marsella, Burdeos y Nantes atiborrados de cofres y fardos eran los rumorosos cauces de un rico comercio. Las corbetas, los bergantines y los "trois mâts" zarpaban rumbo a los atracaderos del Mediterráneo, a las factorías de Oriente, a la América y eran las palancas de un cambio incontenible.

<sup>8</sup> MATHIÉZ, *La vie chère et le mouvement social sous la Terreur*, 25.

Las compañías de Indias, del Senegal, de Canadá, de la Guayana y de los Mares del Sur, traficaban con telas, bayetas, fustanes, terciopelos, el lino, la lana y el algodón de Egipto, las sedas de China, el vino y el aceite, el café, el arroz, el tabaco, el azúcar, el palo de Campeche, el añil, la canela, la pimienta, el cacao, la cochinilla, la quina, los cueros, el azufre, el cobre y el estaño, la plata de Potosí y de Méjico, en tejas o en barras y los esclavos negros, que arrojaban enormes ganancias para los empresarios <sup>8a</sup>.

El rendimiento de las manufacturas y de los talleres, de la banca y del comercio con las colonias, era muy superior al rendimiento de las propiedades rurales de la nobleza que habían caído en una pronunciada declinación.

Los jóvenes descubrían otros teatros donde emplearse y hacer fortuna. Volvían de las aventuradas travesías extasiados por los nuevos soles y distintos credos.

Las luchas en los mares y en las breñas disipaban las artificiales clasificaciones monárquicas y resaltaban la capacidad y las virtudes personales de los pioneros. El Nuevo Mundo con las cordilleras y las infinitas llanuras, fue la verdadera escuela de la libertad y de la igualdad entre los hombres. La libertad no vino de Europa a América, sino que fue de América a Europa <sup>8b</sup>.

Frente a una nobleza enquistada se alzaba una burguesía ilustrada, ambiciosa y rica, que se proponía romper las barreras a los grandes cargos que le oponían los nobles. Sus principios eran orden, individualismo y sobre todo el respeto a la propiedad. La libertad era para ellos y no para los *manants* que debían permanecer mansamente en su lugar <sup>9</sup>.

<sup>8a</sup> CONSTANT, 837; MORAZÉ, *Les bourgeois conquérants*, 1957, 27, 84.

<sup>8b</sup> ABÉ GENTY, *L'influence de la découverte de l'Amérique sur le bonheur du genre humain*, 1787, 129, 153, 254; CHINARD, *L'Amérique et le rêve exotique dans la littérature française au XVII et au XVIII siècle*, 1934, además del mito del "bon sauvage" las nuevas tierras fueron un promisorio asilo para los hugonotes.

<sup>9</sup> TOCQUEVILLE, *El antiguo régimen y la Revolución*, 1969, I, 157; CONSTANT, 876; CHEVALLIER, *Barnave ou les deux faces de la Révolution*, 1936, 21, 24.

En Chambord y en presencia del Rey, el 13 de octubre de 1670, Molière representaba *Le bourgeois gentilhomme*, uno de los mejores documentos para juzgar la naturaleza del conflicto.

*Tout bourgeois veut battre comme un grand seigneur.*

Más abajo envuelta en la penumbra bullía la marejada de los artesanos de las ciudades y los campesinos, *le menu peuple* que ansiaba mejores salarios y “romper las cadenas” de las servidumbres señoriales.

Las instituciones feudales habían perdido su utilidad social, se desmoronaban enfermas de decrepitud. Otra vez se comprobaba que las revoluciones las hacen los propios gobiernos cuando no saben corregir a tiempo sus fallas y no sus adversarios.

El mecanismo de estos procesos es bastante simple, actúa cuando un sector pierde sus fuerzas y otro sector crece, adquiere un mayor vigor y se propone apoderarse del gobierno. El paso puede hacerse pacíficamente y por etapas o ásperamente cuando el desequilibrio es mayor. Estos procesos de renovación son continuos e inevitables, puesto que los cambios sociales y económicos son constantes y por eso los gobernantes deben tratar de que se realicen en forma fluida. Naturalmente que no se trata de mecanismos siempre iguales y automáticos, porque varían dentro de anchos marcos y particularmente según las características personales de los protagonistas y de una gama de imponderables. No siempre las buenas intenciones tienen éxito y a veces el azar mezcla las cartas.

Sumner Maine enseña que si las correcciones institucionales no se realizan al mismo ritmo que los cambios sociales, el reajuste tiende a hacerse en forma violenta.

Estos mismos avatares descubren que por encima de los factores económicos y espirituales, los factores personales tienen una ocasional influencia. Indudablemente que si en 1789 el trono francés hubiera estado ocupado por un monarca de la energía de Napoleón, en vez de Luis XVI, la historia europea hubiera sido distinta.

Luis XVI (1754-1793), nieto de Luis XV, subió al trono a su fallecimiento en 1774. Lo habían casado en 1770 con María Antonieta, hija del Emperador Francisco I y de la Emperatriz María Teresa de Austria de 14 años. Devoto, indeciso, sinceramente preocupado por el bienestar del pueblo, trató de gobernar con moderación y buenos ministros. Pero la bondad no es siempre una eficaz virtud política y no fue el personaje apropiado para enfrentar la tormenta que asomaba.

El país progresaba apaciblemente, la mayor parte de los derechos feudales habían caído en desuso. Los grandes nobles trataban en sus dominios paternalmente a los campesinos. Luis XVI liberó a los siervos de las tierras realengas en 1779. Sólo debían trabajar 3 días al año para el mantenimiento de los caminos, puentes y canales, en beneficio de la comunidad <sup>10</sup>.

Luis XVI apoyó abiertamente la rebelión de las colonias norteamericanas y el gobierno inglés no se lo perdonaría. Luego, el Tratado de Comercio con Inglaterra de 1786 al abrir el mercado francés a los artículos industriales británicos, arruinó los talleres galos y provocó la desocupación de más de 40 mil artesanos, comenzaban las represalias.

Urgido por la necesidad de fondos, el Ministro Calonne convocó a una Asamblea de Notables. Esta se reunió el 22 de febrero de 1787, convalidó la reducción del impuesto sobre la sal, la supresión de los derechos de peaje y aseguró la libre circulación de los granos, pero se aferró a sus privilegios y se resistió porfiadamente a que las tierras de la nobleza y del clero pudieran ser gravadas por la "taille", la capitación y las "banalités" <sup>10a</sup>.

El Ministro Necker, un banquero ginebrino de gran fortuna, burgués, calvinista y también afiliado a "Las Nueve Hermanas", fastidiado por la resistencia de la nobleza, con-

<sup>10</sup> TOCQUEVILLE, 72, 130, 227; BELLOCQ, *La Revolución Francesa*, 1962, 41.

<sup>10a</sup> TOCQUEVILLE, 127.



vocó después de 175 años, el 12 de agosto de 1788, a los Estados Generales para el día 14 de mayo de 1789.

Con el fin de vencer la resistencia de los nobles, el 27 de diciembre de 1788, dispuso que el Tiers Etat tendría tantos votos como la nobleza y el clero reunidos. Se equivocó de enemigo, no advirtió que en esos días el rival de la Corona no era la nobleza sino el Tiers Etat. Así para lograr el equilibrio del presupuesto, como buen banquero, desató una revolución <sup>11</sup>.

Benjamin Constant observa que el lance de emprender reformas inmaduras para corregir los defectos de las instituciones, sin analizar cuáles pueden ser las consecuencias de esas innovaciones, es una imprudencia que suele ser la fuente de males peores <sup>11a</sup>.

Los ministros y muchos críticos creían que el principal problema consistía en establecer la igualdad impositiva para las tres órdenes.

En cambio, el más hondo motivo de resentimientos eran las normas que impedían a los miembros del Tiers Etat acceder a los grandes cargos de la corte, los parlamentos y el ejército acaparados por la nobleza. Napoleón, un buen testigo, decía que el gran resorte de la Revolución no habían sido los intereses sino la vanidad. Chateaubriand coincidía con el diagnóstico: *Les infirmités de l'âme et du corp ont joué un role dans nos troubles: l'amour-propre en souffrance a fait de grands révolutionnaires* <sup>12</sup>.

Un imperioso contraste meteorológico precipitó los sucesos y derribó un régimen sin fe ni fuerzas. A la sequía que agobió al país el verano de 1778, sucedió el invierno de diciembre de 1778 a marzo de 1789, extraordinariamente frío. El barómetro descendió a 18° grados bajo cero, el granizo laceraba los campos y los sembrados de trigo y cebada.

<sup>11</sup> TOCQUEVILLE, 191; CONSTANT, 835, 874, 1105; MADELIN, 38.

<sup>11a</sup> CONSTANT, 1613.

<sup>12</sup> CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'Outre-Tombe*, 1951, t. I, 297; TOCQUEVILLE, 122, 129; CONSTANT, 884; MADELIN, 19.

El hielo cubría los ríos convertidos en una plancha de mármol. El Ródano se desbordó y más siembras se perdieron. Los campesinos ocultaban sus magras cosechas y se resistían a entregarlas. La flota inglesa no dejaba pasar los víveres. La "disette" se convirtió en una hambruna. Las poblaciones vagaban de una localidad a la otra en busca de socorro <sup>13</sup>.

El gobierno, inmóvil e hierático, a pesar de la intrincada red de los administradores locales, no supo elegir las medidas necesarias para auxiliar a los sectores atribulados con la distribución de víveres y la implantación de los graneros reales. Necker sólo atinó a prohibir la exportación de los granos.

El pan subió a 4 sous la libra, cuando los salarios no llegaban a 12. Los vecinos hambrientos asaltaron los graneros, las panaderías y los almacenes. Incitados por golfos, malandrines, vagabundos, desertores y algunos agentes extranjeros, saquearon los castillos, las abadías y los monasterios. Torturaron y asesinaron a los castellanos y a los alcaldes. Estallaron más de 300 motines en Normandía, la Vandée, la Bretaña, el Languedoc, la Provenza. Las ciudades de Cherburgo, Caen, Burdeos, Belfort, Toulon, Estrasburgo, Metz, Lyon y Amiens fueron saqueadas. Las poblaciones apremiadas por "la grande peur" se refugiaban en los bosques y en las canteras. Los alcaldes y los funcionarios sin fuerzas para defenderse eran perseguidos y apedreados, algunos degollados. El país estaba en llamas y cundía el caos. 120 mil indigentes abandonaron las poblaciones rurales y acamparon en los suburbios de París <sup>13a</sup>.

Bajo un régimen atáxico no sobrevivían ni intendentes, ni tribunales, ni las fuerzas de seguridad. En algunas aldeas los habitantes desesperados formaban guardias locales para defenderse <sup>14</sup>.

<sup>13</sup> TAINE, III, 6; GAXOTTE, 104; MADELIN, 125; MATHIÉZ, 161; DUBOIS-CRANCE, *Analyse de la Révolution Française*, 1885, 157.

<sup>13a</sup> MORNET, 369, 371.

<sup>14</sup> CHATEAUBRIAND, I, 166, 286; TAINE, III, 15, 85, 101, 107, IV, 112; MADELIN, 118, 120, 125; GAXOTTE, 118; MATHIÉZ, 168.

París se convirtió en el refugio de granujas, bellacos y activistas de todo origen. El clima era parecidamente malo, los nobles y los prelados eran insultados en las calles, los vecinos desvalijados y las casas asaltadas <sup>15</sup>.

El Palais-Royal, de propiedad del duque de Orleáns, se convirtió en el punto de reunión de unas bandas de energúmenos. Proferían tremendas arengas y prometían a los concurrentes repartirles las propiedades nobiliarias. Algunos comités de facciosos ordenaban detenciones, dictaban castigos y hasta sentencias de muerte <sup>16</sup>.

En el mes de enero el abate Sièyes (1748-1836) con un agudo sentido de la oportunidad publicó un panfleto *¿Qué es el Tercer Estado? Todo y hasta ahora nada. ¿Qué quiere? Ser algo*, tremendamente eficaz. El alegato tuvo una vasta repercusión y gravitó tanto como el *Contrato Social* de Rousseau sobre los espíritus desorientados <sup>16a</sup>.

Corrió el velo, descubrió la realidad social y ofreció a la burguesía los argumentos necesarios para intervenir en el gobierno. Señalaba que el Tercer Estado contaba con 25 millones frente a 200 mil miembros de la nobleza y del clero.

La nobleza inmóvil y envejecida no representaba a la población y consumía la mayor parte de las rentas. No desempeñaba ninguna función útil y carecía de títulos para usufructuar privilegios nocivos al interés general. Sólo por culpa de una organización injusta y contraria al derecho natural acaparaba todas las plazas lucrativas y honoríficas.

En cambio el Tercer Estado, la burguesía culta y capaz fomentaba la agricultura, las industrias y el comercio y ejercía las profesiones científicas y liberales, a pesar de lo cual se la había reducido a un humillante estado de subordina-

<sup>15</sup> CHATEAUBRIAND, I, 293; TAINE, III, 55, 126; MADELIN, 60, 65; GAXOTTE, 115; MATHIEZ, 127; AUBRY, I, 224, 360, las intrigas del gobierno inglés a favor de los revolucionarios como desquite por el apoyo que Luis XVI había dado a los insurrectos norteamericanos.

<sup>16</sup> TAINE, III, 48, 51, 75, 87, 144; AUBRY, I, 175; BERTAUT, *Les Parisiens sous la Révolution*, 1953, 10.

<sup>16a</sup> BASTID, *Sièyes et sa pensée*, 1939, 57; SIEYES, *¿Qué es el Tercer Estado?*, 1943.

ción. Oponía anticipadamente el país real del talento y del bienestar, a un reducido sector cortesano y parasitario.

El Tercer Estado encarnaba por consiguiente la voluntad de la Nación y los grandes intereses públicos. En ese carácter tenía el derecho de congregarse en una Asamblea Nacional, donde los diputados designados por la libre elección de los pueblos, votarían por cabeza y podrían substituir unas normas góticas por una Constitución moderna, parecida en algunos puntos a la inglesa. Fue intelectualmente el tiro de gracia.

En ese tormentoso clima era un absurdo convocar a los Estados Generales. Hubiera sido más sensato reunir una nueva Asamblea de Notables bien seleccionados. Sin embargo, con toda imprevisión, los Estados Generales se reunieron a las 8 de la mañana del 5 de mayo de 1789 en la Sala des Menus Plaisirs de Versalles <sup>17</sup>.

Los Estados Generales comprendían 1.139 diputados, 270 representaban a la Nobleza, entre los cuales se contaban 90 liberales, 291 del Clero y entre éstos había 205 sacerdotes de rango modesto y otros 578 diputados del Tiers Etat, donde aparecían eclesiásticos como Sièyes, 41 nobles como Mirabeau y 300 leguleyos, "gens de chicane", desconocidos y sin experiencia, ni antecedentes honorables. Todos, hasta los miembros de la Nobleza y del Clero se hallaban inficionados por la propaganda de la Ilustración <sup>18</sup>.

Los "cahiers de doléances" eran sintomáticamente iguales, porque habían sido redactados por la misma mano. Las reformas que se proponían eran razonables, el respeto por el derecho de propiedad y la igualdad impositiva ante todo, la libertad personal, la independencia de los jueces, la abolición de los derechos feudales, que sólo afectaban una pequeña minoría, la supresión de las Aduanas interiores y la multiplicación de las escuelas.

El conflicto surgió cuando la nobleza y el clero pretendieron sesionar por separado y el Tiers Etat, de acuerdo con

<sup>17</sup> CONSTANT, 880; MADELIN, 45; AUBRY, I, 45.

<sup>18</sup> BURKE, 313; TAINE, III, 194; MAUROIS, 248; BASTID, 17.

las indicaciones de Necker, sostuvo que debían sesionar juntos y votar por cabeza. Después de celosas gestiones, el Tiers Etat exigió el 10 de junio que la Nobleza y el Clero se le unieran para sesionar conjuntamente. Sabía que contaba con el apoyo del Clero bajo, de algunos nobles y que el 70 % de sus miembros se hallaban afiliados a "Las Nueve Hermanas", que manejaban la función <sup>19</sup>.

Así los miembros del Clero bajo, el duque de Orleans y otros miembros de la Nobleza se le plegaron y los diputados con una gran mayoría se proclamaron el 17 de junio Asamblea Nacional.

Luis XVI ofendido por la crisis y para evitar que empeorara, ordenó clausurar la Sala des Menus Plaisirs. Pero los diputados, concientes de su nueva fuerza, se congregaron el 20 de junio, en la vecina Sala del Jeu de Pomme y después de unos encendidos discursos, en una abierta rebeldía rusolina, juraron no separarse hasta sancionar una Constitución.

Estos desplantes eran superfluos, porque la nobleza había perdido el poder económico en manos de la burguesía y como consecuencia no tardaría en perder el poder político sin necesidad de mayores alharacas <sup>20</sup>.

El Rey carecía de carácter y de generales capaces y cominó a los diputados a que se disolvieran en vez de arrestarlos. Para peor prometió alejar de Versalles a las tropas flamencas y suizas, cuando debió detener desde sus comienzos la sedición y evitar que se derramara más sangre <sup>21</sup>.

Los diputados "inclinados a las posturas teatrales y ebrios de poder", al ver el camino abierto, el 9 de julio se proclamaron por su cuenta Asamblea Constituyente y dispusieron que ningún impuesto sería exigible sin su aprobación <sup>22</sup>.

<sup>19</sup> TOCQUEVILLE, 157; MADELIN, 32, 36, 39; MORNET, 304; CHEVALLIER, 59, DURANT, *Rousseau y la revolución*, 1977, 1123.

<sup>20</sup> MADELIN, 51, 53, 56; AUBRY, I, 60; BASTID, 66.

<sup>21</sup> MADELIN, 59.

<sup>22</sup> CONSTANT, 835; TAINE, IV, 51; MICHELET, *Histoire de la Révolution Française*, 1939, I, 111; MAUROIS, 260.

Se abrió el segundo ciclo, comenzaba la Revolución, el antiguo orden jurídico estaba quebrado, los representantes del Tiers Etat impusieron sus decisiones sobre el Rey, que quedó reducido a una figura de protocolo. Del manso absolutismo de Luis XVI se cayó en el furioso absolutismo de las Asambleas populares, la vida careció desde entonces de valor.

Se inició una de las tragedias más coloridas y sensuales de la historia moderna. Aparecían y desaparecían del escenario, en un ensangrentado carrusel, literatos infatuados, demagogos desbocados, brillantes militares, depredadores, asesinos y mártires, en un choque de pasiones delirantes, ambiciones infinitas y filosos rencores que estremecieron toda la Europa.

Constant enseñaba que si las luces tienen la ventaja de iluminar el camino recto, no dan a los gobernantes la fuerza para recorrerlo y añadía que el horizonte de los espíritus sectarios es siempre fragmentario y estéril <sup>22a</sup>.

Las turbas merodeaban en los pasillos de la Asamblea, vigilaban las deliberaciones y se mezclaban con los diputados para imponerles sus exigencias. Más que la Asamblea mandaban el Palais-Royal y el Café Foy. En medio del tumulto amenazaban con degollar a los diputados más cuerdos y así 30 exaltados dominaron pronto las deliberaciones <sup>22b</sup>.

El 11 de julio el Rey, irritado, expulsó a Necker, que había adquirido con previsión un castillo en Coppét. Se cerró la Bolsa y se extendió la inquietud de los buenos burgueses y de los tenedores de títulos <sup>23</sup>.

Las tropas, sin jefes válidos y con la orden de no tirar sobre los revoltosos, se desmoralizaban, desertaban o se rebelaban abiertamente y se dedicaban por su cuenta al saqueo, en defensa de la patria <sup>24</sup>.

Los clubes formados según el modelo inglés de los

<sup>22a</sup> CONSTANT, 840, 887; CHATEAUBRIAND, I, 179, 296.

<sup>22b</sup> TAINE, IV, 192.

<sup>23</sup> TAINE, III, 56, 61, 172; MADELIN, 59; GAXOTTE, 116, 128.

<sup>24</sup> TAINE, III, 58, 61, 137; MADELIN, 64, 95, 127; AUBRY, I, 166.

Feuillants, Cordeliers y Jacobinos, congregaban a los núcleos extremistas y los regimentaban para la lucha.

La tensión de estos acontecimientos y el calor del verano caldeaban las pasiones; fue otro exasperante accidente meteorológico. El 12 de julio se conoció en París el despido de Necker y, en el Palais-Royal, Camille Desmoulins, un atolondrado periodista del Club de los Cordeliers, se encaramó sobre una silla y arengaba a la concurrencia. Denunció maliciosamente que el Rey se proponía ejecutar una nueva Barthelemy para exterminar a los patriotas y prometió a los concurrentes distribuirles 40 mil castillos y palacios si los acompañaban. Formaron un estrepitoso candombe, despojaron a los paseantes, saquearon las bodegas, rompieron las barricadas y entre ríos de vino algunos se ahogaron. Eufóricos enarbolaron los bustos del duque de Orleans y de Necker, como los futuros salvadores del pueblo <sup>25</sup>.

Desvalijaron las armerías, el Hotel des Invalides donde se apoderaron de 20 mil fusiles. El 14 de julio a las 10 de la mañana, se dirigieron a la fortaleza de la Bastilla, en el Faubourg de Saint Antoine, para liberar a los presos. Era una horda de 800 ebrios, brigantes, ladrones y "poissardes", "de sac et de corde" acompañados por una multitud de curiosos y de damas de la nobleza atraídas por la fiesta.

La Bastilla se hallaba al mando del marqués de Lannay y la guarnición contaba con 30 suizos y 80 inválidos. La fortaleza con 40 pies de alto y 30 de espesor era inexpugnable. Pero el marqués obedeció las instrucciones del Rey, se abstuvo de hacer fuego y hasta hizo retirar los cañones de las troneras para apaciguar a los asaltantes <sup>26</sup>.

Sensible y cortés, llegó al punto de invitar a los cabezallas a recorrer la fortaleza y a almorzar. Los asaltantes menos educados amenazaron en cambio con prender fuego bajo los muros a una pobre muchacha, que habían sorprendido y creyeron que era la hija del marqués <sup>27</sup>.

<sup>25</sup> CHATEAUBRIAND, I, 301; TAINE, III, 77; MADELIN, 61, 83.

<sup>26</sup> TAINE, III, 142; MADELIN, 66, 69, 144, 202; CHATEAUBRIAND, I, 168.

<sup>27</sup> TAINE, III, 67.

Este en vez de detener a los delegados y frenar drásticamente el atentado, permitió que se bajaran los puentes levadizos y convino una cándida capitulación. Los asaltantes se apoderaron del marqués y de los oficiales, les cortaron las manos y los decapitaron. Los suizos se salvaron, porque se creyó, gracias a su uniforme azul, que eran prisioneros.

Fue "un festín de caníbales"; un cocinero hábil en el oficio de trozar la carne cortó la cabeza del marqués, la clavaron en la punta de una pica y la pasearon burlescamente por París <sup>28</sup>.

Los prisioneros eran apenas 7, 4 falsificadores, 2 alienados y un joven noble recluso, a pedido de su familia, a causa de sus vicios. ¡La Bastilla "no fue tomada, se entregó"! <sup>29</sup>

Civilización y barbarie, ni los primitivos habitantes de las orillas del Plata, en los rojos días de la mazorca, lograron emular tamañas atrocidades.

El terror comenzó según el testimonio de un contemporáneo ese funesto 14 de julio. Allí se inició el rito de exhibir las cabezas clavadas en las puntas de las picas y pasearlas como una demostración de amor ciudadano en unas festividades comparsas hasta el Palais-Royal. Poco después descubrieron que eran también útiles para jugar a los bolos.

Violín y violón, la lección no sería olvidada, fueron los maestros iniciales de algunos ariscos adalides de las lejanas llanuras sudamericanas, en el arte de hacer callar a los opositores.

Los "aristos" capturados eran colgados de la "lanterne". Muchos desconfiaban, Rousseau y Mably y luego Mirabeau, Talleyrand, Condorcet, La Fayette y Constant no creían posible organizar razonablemente el gobierno con una revuelta masa de analfabetos "incapables d'élever leur pensées au dessus de leur sens" <sup>30</sup>.

<sup>28</sup> CHATEAUBRIAND, I, 168; TAINE, III, 72, 141; AUBRY, I, 81.

<sup>29</sup> TAINE, III, 67.

<sup>30</sup> CONSTANT, 1057; TAINE, IV, 198; MADELIN, 335.



El Rey no supo emplear las tropas que le quedaban fieles y por bondad abrió paso a los alborotos y a un torrente de sangre. Napoleón le enseñaría el 28 de octubre de 1795 cómo debía procederse en esos casos. Los ricos turistas extranjeros que visitaban París y los grandes títulos, el conde de Artois, el príncipe de Conti, el duque de Borbón, la marquesa de Polignac y la duquesa del Infantado se ausentaron <sup>31</sup>.

La avalancha segó el viejo régimen, el 4 de agosto la Asamblea a propuesta del vizconde de Noailles, un noble tronado que nada tenía que ceder, abolió entre abrazos y lágrimas los derechos feudales, el diezmo y dispuso generosamente que todos los franceses serían iguales. El 16 de agosto, sancionó la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano <sup>31a</sup>, calcada sin mayores esfuerzos mentales de la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que el Club de los Jacobinos derogó ferozmente a los pocos días. El 19 de junio de 1790 suprimió para siempre los títulos de nobleza que volverían pronto a reaparecer <sup>32</sup>.

Se derrumbó un armazón social y de entre las ruinas, como sucede a menudo en estos casos, aparecieron toda clase de reptiles, movidos por los más crueles y rapaces estímulos.

La Asamblea obnubilada por un filosofismo hidrofóbico, debido en parte a la prédica de algunos de los viejos profetas de la Ilustración y en otra parte a la codicia, emprendió una sistemática campaña contra la Iglesia. El 2 de noviembre de 1789 confiscó prácticamente sus bienes, el 13 de febrero de 1790 prohibió los votos religiosos, el 9 de abril secularizó el clero, proscribió el uso de los hábitos, validó el matrimonio de los sacerdotes, hizo desmontar los badajos y prohibió tañer las campanas <sup>32a</sup>.

<sup>31</sup> CHATEAUBRIAND, I, 170; TAINE, III, 135.

<sup>31a</sup> Ver especialmente los Nos. 1989-1 y 1989-2 de la "Revue des Sciences Morales et Politiques" que trae unos excelentes y exhaustivos estudios sobre los orígenes y el sentido de las declaraciones de los derechos del hombre.

<sup>32</sup> MATHIÉZ, 49; RIBADEAU DUMAS, *La Fayette*. 191, 211.

<sup>32a</sup> TOCQUEVILLE, 158.

En pleno delirio afloraban los más atroces instintos. Masacraron sin piedad a los sacerdotes que no claudicaban. En Compiègne fueron guillotinas 16 carmelitas y en Orange 32 Hermanas para abolir las supersticiones. Otras Hermanas fueron muertas a latigazos. La guillotina fue elevada al rango de una institución docente<sup>33</sup>.

Con un espíritu ilustrado y una tonta imprudencia, clamaban "Viva el infierno". Las Iglesias fueron convertidas en Templos de la Verdad, después de despojarlas de la platería, y Nôtre Dame en el Templo de la Razón. Robespierre celebró el 20 Prairial (8 de junio) de 1791, la teatral fiesta del Ser Supremo<sup>33a</sup>.

La conjunción de los factores que produjeron la catástrofe son fácilmente discernibles. Aparte de la gravitación de los nuevos instrumentos técnicos, la pólvora y la caldera a vapor, las exigencias de la burguesía, el duque de Orleans, "Las Nueve Hermanas" y los agentes ingleses demolieron piedra tras piedra al régimen borbónico.

Por el impulso de las pasiones embravecidas, la dinámica interna de las revoluciones, las corrientes entraron en un remolino imprevisto y fatal para sus promotores. La burguesía había iniciado el movimiento con un elenco de literatos, "salonards" y empresarios, pero sin fuerzas militares o de masas que la respaldaran perdió pronto el control de los sucesos.

Así el poder político pasó a manos de las turbas de los albañales de París, aventureros, bandidos y malcontentos de toda la Europa, zafios y violentos, que tenían la fuerza del número y el dominio de los clubes, de las calles y propósitos más apetecibles<sup>34</sup>.

Rotas las compuertas, las corrientes turbulentas cambiaron el tono, de las atildadas enseñanzas de la Ilustración se pasó a la rapiña, de las reformas equilibradas se cayó en

<sup>33</sup> TAINÉ, VII, 327; TOCQUEVILLE, 198; MADELIN, 346, 416; ROBERTO GOROSTIAGA, *Los derechos del hombre*, "La Prensa", 19 de julio de 1989; BASTID, 110.

<sup>33a</sup> CHATEAUBRIAND, I, 301; MORNET, 103, 235.

<sup>34</sup> SCHMIDT, *Paris pendant la Révolution*, 20, 47; BERTAUT, 95.

una bacanal. La "lie" de los clubes se impuso sobre los ensueños de los literatos, el clima galante y metafísico de los salones fue sumergido por los vociferantes reclamos de verdugos y bufones. La lección fue severa y muchos los arrepentidos por su imprudencia.

Algunos de los nuevos funcionarios con más sentido práctico, dividieron París en 60 secciones y dispusieron que cada sección debía presentar 4 compañías de 200 soldados, con sus propios oficiales y la cocarda y así tomaron el mando de las fuerzas <sup>34a</sup>.

Un enjambre encrespado de 10 mil mujeres de audaces modales, arpías y meretrices, incitadas por Dantón, de acuerdo con el duque de Orleáns, avanzaron el 5 de octubre de 1789 sobre el Palacio de Versalles y después de matar a los guardias, obligaron al Rey Luis XVI, a su familia y a los miembros de la Asamblea a trasladarse con una macabra escolta de cabezas tronchadas, al Palacio de las Tullerías, donde quedaron a la merced de los clubes <sup>35</sup>.

Se había operado una vuelta de campana, las guarniciones se disolvían, los oficiales burgueses injustamente relegados, desplazaban de los mandos a los oficiales nobles en Rouen, Tarascón, Rennes, Nimes, Verdum, Perpignan y Nancy <sup>36</sup>.

Los soberanos extranjeros habían observado los inicios de la tragedia como un accidente local y con cierta satisfacción, puesto que debilitaba la gravitación de los reyes franceses en Europa, pero ante el espectáculo de escenas cada día más abominables, comenzaron a inquietarse <sup>37</sup>.

Luis XVI hondamente preocupado por las persecuciones que sufría la Iglesia, el 20 de junio de 1791 trató de dirigirse con su familia en una enorme berlina a Metz, donde se encontraban el marqués de Bouillé y unas tropas, pero emprendió el viaje con tanta parsimonia que fue recono-

<sup>34a</sup> BERTAUT, 61.

<sup>35</sup> CHATEAUBRIAND, I, 174; MADELIN, 240; GAXOTTE, 134; AUBRY, I, 118.

<sup>36</sup> MADELIN, 126, 212; MAUROIS, 271.

<sup>37</sup> MADELIN, 234; DUBOIS-CRANCE, 43. Las maquinaciones inglesas.

cido en Varennes y conducido de regreso a París, ya sin autoridad alguna <sup>38</sup>.

La Asamblea Constituyente manejada por Mirabeau, La Fayette, Talleyrand, Sièyes, Bailly y Barnave alcanzó a sancionar la Constitución del 16 de septiembre de 1791. Conservadora, mantenía la monarquía, adoptó la separación de los poderes, suprimió los títulos de nobleza, los privilegios hereditarios, las órdenes de caballería, el derecho de primogenitura, la venta de los cargos, las exenciones impositivas y los monopolios. Pudo ser una excelente solución si Luis XVI hubiera sido más clarividente y mejor político.

El panorama internacional se nublaba, el emperador de Austria José II intentaba rescatar a su hermana María Antonieta y por respuesta la Asamblea le declaró la guerra el 20 de abril de 1792 <sup>39</sup>.

Los actores que impulsaron y dieron un tono tan espectacular a este tormentoso proceso, formaban un curso de bandoleros y psicópatas. Unos pocos eran alucinados, otros se guiaban por teorías míticas y la mayoría de intérlope origen eran cínicos y cupidos, el resultado de esa mezcla tenía que ser afligente <sup>40</sup>.

El más importante inicialmente fue Mirabeau, conde de Riquetti (1749-1791), inescrupuloso y venal, de vida desorbitada, había sido confinado en una cárcel en su juventud por pedido de su padre. Rechazado por la Nobleza fue elegido diputado por el Tiers Etat. Poderoso orador, aunque "desacreditado por sus vicios y comprometido por sus tratos con la Corte", vio con claridad los peligros de la crisis. Ligado con el duque de Orleans y a la paga del Rey, su brusca muerte el 2 de abril de 1791 le impidió actuar en los años más rigurosos <sup>41</sup>.

<sup>38</sup> MADELIN, 144, 167; AUBRY, I, 240.

<sup>39</sup> MADELIN, 140.

<sup>40</sup> BURKE, 379; TAINE, VIII, 281.

<sup>41</sup> CHATEAUBRIAND, I, 175, 298; MADELIN, 101; AUBRY, I, 56, 171, 201; QUINET, I, 222; DUBOIS-CRANCE, 55; BASTID, 103; CHEVALLIER, 136.

Dantón (1759-1794), demagogo y sanguinario, hijo de un procurador y fundador del Club de los Cordeliers integró el Tribunal Revolucionario, la Commune y el Comité de Salud Pública. Acusado de haberse apropiado de los fondos secretos, la liquidación de la Compañía de Indias lo desacreditó irremediablemente. También a sueldo del duque de Orleans y del gobierno inglés, había prosperado y al ser guillotinado el 5 de octubre de 1794, dejó una considerable fortuna <sup>42</sup>.

Marat (1743-1793), falsificador y empleado subalterno en las caballerizas del conde de Artois, fue uno de los pilares del Club de los Cordeliers y director de *L'Ami du Peuple*. Maniático homicida, miembro del Comité de Vigilancia, dirigió las masacres de septiembre de 1792 y promovió la condena a muerte de Luis XVI. Fue otra víctima del complejo de inferioridad "la crueldad es un medio de satisfacer la vanidad". Sus desmanes concluyeron cuando fue apuñalado asépticamente por Charlotte Corday en su bañera el 3 de julio de 1793 <sup>43</sup>.

Robespierre (1758-1794) era un pulcro asesino. Dirigente del Club de los Jacobinos y abogado mediocre, fue el más virtuoso y el más sádico. Miembro del Comité de Salud Pública enviaba gélidamente sus rivales a la guillotina para cumplir con las enseñanzas de Rousseau. Contrario al ateísmo de algunos ricos, instituyó el funambulesco culto al Ser Supremo, hasta que fue a su vez guillotinado el 28 de julio de 1794 <sup>44</sup>.

Los jacobinos, dogmáticos y frenéticos, por amor a la humanidad, convirtieron la Francia "en un matadero digno del Dahomey" <sup>45</sup>.

Otros como Tallien, Barrás y Freron, filibusteros y

<sup>42</sup> CHATEAUBRIAND, I, 298; MATHIÉZ, *Les conspirations de l'étranger*, 1918, 129; TAINÉ, VI, 228, VIII, 216; MADELIN, 241, 247, 353.

<sup>43</sup> CHATEAUBRIAND, I, 297; TAINÉ, III, 142; VI, 215; VII, 197, 330; MADELIN, 269; AUBRY, II, 13; QUIMET, I, 456; DUBOIS-CRANCE, 120. Sujeto innoble.

<sup>44</sup> TAINÉ, VII, 252; MADELIN, 102, 339, 359; MAUROIS, 295; CHEVALLIER, 226.

<sup>45</sup> TAINÉ, IV, 3, 21.

acomodaticios, estaban dispuestos a sumarse a cualquier alboroto donde pudieran medrar. Sièyes los dividía entre pillos y energúmenos. Sólo el amable paso de algunas figuras femeninas aliviaba ese desfile de lunáticos <sup>46</sup>.

La Reina María Antonieta (1755-1793), superficial en su juventud, fiel compañera del Rey y devota madre en los malos días, encarcelada en la Conciergerie sufrió el martirio con una nobleza y una devoción ejemplares.

Theresa Cabarrus (1773-1835), la más seductora, hija del Director del Banco de San Carlos, marqués de Fontenay, luego madame Tallien y Nôtre Dame de Thermidor, sofocó la Revolución "entre ses cuisses" para concluir sus años como princesa de Caraman-Chimay. Barrás decía que "la démocratie c'est l'amour" <sup>47</sup>.

Juliette Recamier (1777-1849), la admirada belleza de la época, casada con un rico banquero que luego se arruinó, fue amiga de madame de Staël, Benjamin Constant y Chateaubriand. David le pintó un retrato que retiene su encanto en el Louvre <sup>48</sup>.

Charlotte Corday d'Armont (1768-1793), otra mártir también discípula de Rousseau y partidaria de los girondinos, creyó meritoriamente que al eliminar al verdugo, detendría la hemorragia que acongojaba a los corazones y volvería la paz.

El 3 de agosto de 1792 se conoció en París el admonitorio manifiesto del duque de Brunswick, general de los ejércitos austroprusianos, que avanzaban con el propósito de salvar a la Reina María Antonieta y a Luis XVI <sup>49</sup>.

El 10 de agosto las turbas azuzadas por la Commune, los más viles sujetos según Napoleón, asaltaron las Tullerías. El Rey ordenó a los guardias suizos que no dispararan para

46 CONSTANT, 965, MADELIN, 435, 539, 543.

47 MADELIN, 396, 488; BERTAUT, 206; CASTELNAU, *Madame Tallien*, 1938; Tallien era hijo del maître d'hotel del Marqués de Bercy.

48 CHATEAUBRIAND, II, 155; CONSTANT, 968, 1602; JORGE M. MAYER, *Benjamin Constant y el Río de la Plata*, "Anales" de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, t. XV, 1986; BERTAUT, 268.

49 MADELIN, 235; AUBRY, I, 335.

no derramar sangre. El resultado fue que los atacantes masacraron a los guardias y les cortaron la cabeza, operación que a esa fecha se había convertido en una meritoria diversión y el Rey con su familia buscó refugio en la Asamblea, para caer cautivo en el Temple <sup>50</sup>.

Napoleón contempló el espectáculo con desprecio "che coglione, como se permite entrar a esa canalla, con un cañón los barrería y todavía estarían corriendo" <sup>50a</sup>.

Se volcaban baños de sangre, la Commune por las órdenes de Marat y con el beneplácito de Dantón hizo masacrar a hachazos por una banda de facinerosos del 2 al 8 de septiembre, a más de 1.300 nobles y a los obispos de Arles, Saintes y Beauvais y a 29 sacerdotes de San Fermín, encerrados en los calabozos de la Abbaye, Chatelet, Conciergerie, San Bernard, Carmes y Bicetre, "en el más perfecto orden" <sup>51</sup>.

El 20 de septiembre de 1792 llegó a París la noticia de la parada de Dumouriez en Valmy, los oficiales relegados mostraron una sorprendente eficacia militar, fue el fin de la guerra de puntillas y del rococó <sup>52</sup>.

Al día siguiente, el 21 de septiembre, la Convención substituyó a la Asamblea y proclamó la República <sup>52a</sup>.

Los convencionales movidos por su sensible corazón, oficializaron la guillotina, el 3 de mayo de 1791, para evitar molestias a las víctimas. El degüello se industrializaba.

Establecieron el Comité de Salud Pública, formado por Robespierre, Carnot y Cambon, con facultades para condenar a muerte a los sospechosos sin pruebas, votaron la ley de precios máximos y el curso forzoso de los *assignats* <sup>52b</sup>.

Carrier (1756-1794), otro paranoico, improvisó en Nantes los matrimonios republicanos, para lo cual encadenaba

<sup>50</sup> LAS CASES, *Memorial de Saint Hélène*, 1935, I, 89; TAINE, V, 294, 303; AUBRY, I, 345; DUBOIS-CRANCE, 88.

<sup>50a</sup> CHATEAUBRIAND, I, 686.

<sup>51</sup> TAINE, VI, 38, 49; MADELIN, 256; AUBRY, I, 362; BERTAUT, 92; DUBOIS-CRANCÉ, 99; CHATEAUBRIAND, I, 298.

<sup>52</sup> AULARD, 144; MADELIN, 262; AUBRY, I, 379.

<sup>52a</sup> AULARD, 268.

<sup>52b</sup> LENOTRE, *La Guillotine*, 1918, 52, 246.

juntos a hombres y mujeres y los arrojaba en el río Loire y además inauguró las famosas "baignades" y así encerraba las víctimas en unas barcasas y luego las hundía, con mayor rapidez y eficacia que las futuras cámaras de gas.

No se debe caer en malsanas confusiones, si la eliminación de los privilegios era una medida justa y conveniente, cortarles la cabeza a los vecinos descontentos era una exageración.

La libertad y los derechos personales quedaron anodados, el terrorismo se convirtió en un planificado sistema de gobierno y muchas veces en un instrumento de venganzas personales y de rapiña, fue un ataque de locura colectiva con sus reflejos neronianos.

Los Comités de Salud Pública, los Comités Revolucionarios y los Comités de Seguridad General guillotinaban por tandas con el fraternal propósito de redimir las tierras francesas.

En Rennes, Aras y Lyon la guillotina permanecía continuamente erguida como una siniestra advertencia. Algunas mujeres eran violadas antes de ser decapitadas. En Brest el verdugo eligió 26 cabezas y las alineó en la tarima de la guillotina para la buena educación del pueblo <sup>52</sup>.

La Diosa Razón, empapada de sangre y maltrecha, aparecía rodeada de coribantes y mesalinas, los filósofos huían despavoridos ante el incendio que habían atizado, los principios rodaban por las calles entre los llantos y el estiércol.

En vez de aplicar las reformas concretas que reclamaban los cahiers, abolir los privilegios, reducir los gastos suntuosos de la Corte, liberar las industrias y el comercio, lanzaron una rabiosa campaña de exterminio físico contra la nobleza y el clero, fue un tornado que devastó al país <sup>53</sup>.

La inflación, la desvalorización de los *assignats*, la merma de las cosechas y la "disette" encendían el descontento, particularmente entre los artesanos <sup>54</sup>.

<sup>52</sup> LENOTRE, 68; MICHELET, II, 873.

<sup>53</sup> CHATEAUBRIAND, I, 697; MADELIN, 313.

<sup>54</sup> MATHIÉZ, *La vie chère*, 168; MADELIN, 394.



En un proceso fragoroso, la Convención se convirtió en una caldera de brujos y chacales y se dividió entre los girondinos de Vergniaud, Condorcet, Isner y Brissot, los jacobinos de Robespierre y los cordeliers de Danton, Marat, Santerre y Hebert, se disputaban el botín como una jauría de lobos a dentelladas. Posesos y truculentos, enloquecidos por el fanatismo, ebrios de poder y de riquezas, ejecutaban a nobles, militares, sacerdotes, monjas y comerciantes. Entre maldiciones calificaron de traidores a sus cómplices y se masacraron entre sí en una sórdida vorágine. Al revés de Saturno la Revolución devoraba a sus padres.

El Rey Luis XVI fue condenado a muerte en un proceso inicuo, por un solo voto, conminado por la punzante amenaza de las picas, a pesar de la admirable defensa de Malesherbes y guillotinado en medio de la consternación del pueblo el 20 de enero de 1793<sup>55</sup>.

Chirriaban las carretas desde la Conciergerie a la plaza Luis XV, con su carga de víctimas, entre el redoble de los tambores y las miradas insultantes de las tejedoras y contaban los escalones de la guillotina, con pasos de minué.

La Reina María Antonieta fue ejecutada el 16 de octubre de 1793, luego subieron a la guillotina madame Elizabeth, hermana del Rey, madame Roland, la sacerdotisa de los girondinos, "libertad, cuántos crímenes se cometen en tu nombre", el duque de Orleans que había votado por la muerte de su primo el Rey, la marquesa du Barry, vieja y pobre, los generales Custine, Brion, Beauharnais y después Malesherbes, André Chenier y Lavoissier "la República no necesita de sabios"<sup>56</sup>.

Se hundía la espiral, en el mes de octubre de 1793 subieron a la guillotina los girondinos Brissot, Vergniaud, Rabaud, Petion, Gensonné, Carrá y en noviembre Bailly y Barnave los más ilustrados y honestos "sin cumplir las for-

<sup>55</sup> MADELIN, 281; AUBRY, I, 407, 421; MAUROIS, 288; BASTID, 136, 361 votos condenatorios sobre un total de 721; también la influencia *inglesa* de la decapitación del Rey Carlos I, en 1649.

<sup>56</sup> MADELIN, 332.

mas que ahogan la conciencia e impiden la convicción”, era el triunfo de la Virtud <sup>56a</sup>.

Bajo la zarpa de Robespierre en el mes de marzo de 1794 fueron guillotinado los “enragés” discípulos de Marat, Hebert, Vincent, Momoro y Roussin y en el mes de abril Danton, Herault de Sechelle, Chabot y Fabre d’Eglantine y como justo castigo por su atolondramiento Camile Desmoulins <sup>57</sup>.

En medio de una zambra siniestra y carnavalesca Saint Just afirmaba que se necesitaba levantar montañas de cadáveres para regenerar al país, su meta parecía ser la Francia desierta y pura <sup>57a</sup>.

El 9 Thermidor (27 de julio) de 1794 la masa amorfa de los Convencionales engavillados por Tallien, Fouché, Carnot, Cambon y Billard-Varenes, en un arranque de pavor derribó a los jacobinos y llevó a la guillotina a los dos Robespierre, Saint Just, Couthon, Fouquier-Tinville y Carrier y 180 de sus partidarios. Tenían que guillotinar para no ser guillotinado. Madame Roland había prevenido que “el país quería más pan y menos cadáveres”. La Revolución iniciada ingenuamente el 20 de junio de 1789, expiró después de 5 años de atroces convulsiones <sup>58</sup>.

Los revolucionarios no habían sabido elevarse por encima de las declamaciones incendiarias, no supieron organizar el país, no propusieron ningún plan concreto para establecer un orden mejor, impulsar el bienestar y garantizar la libertad de los ciudadanos, sólo ensayaron una parodia de Grand Guignol.

Chateaubriand, Talleyrand, Dupont de Nemours y Benjamin Constant emigraron. Roland (1734-1793), Chamfort

<sup>56a</sup> QUINET, I, 309; II, 60.

<sup>57</sup> QUINET, II, 66; III, 252, 257; AUBRY, II, 83; III; BERTAUT, 165.

<sup>57a</sup> RENÉ SEDILLOT, en *Le coût de la Révolution Française* 1988, presenta un balance dramático de los frutos de la Revolución, 2 millones de franceses muertos, las catedrales, los castillos y los monumentos destruidos, las obras de arte desaparecidas, la cultura rebajada, las industrias y el comercio desquiciados, la libertad anonadada, la igualdad y la fraternidad convertidos en una burla.

<sup>58</sup> GONCOURT, 190; DUBOIS-CRANCE, 159; MADELIN, 376; AULARD, 494; AUBRY, II, 199.

(1741-1794), Condorcet (1743-1794), Clavier (1735-1793), Petion (1756-1794), Le Bas (1756-1794) y Buzot (1760-1794) se suicidaron.

Sièyes recordaba su filosófico mimetismo en esos bochornosos años, "J'ai vecu". Algunos más astutos, Talleyrand, Cambon, Cambaceres, Fouché y Merlin pasaron a las órdenes de Napoleón y luego del Rey Luis XVIII y fueron recompensados con grandes títulos nobiliarios.

Fue el reflujo, con un grito de júbilo se abría una nueva era de fiestas y bacarolas. Salían de un siniestro encierro, habían sentido el soplo de la muerte y nuevamente respiraban.

Se iniciaban los años del Termidor, de lujo y de frenesí. Pasada la tempestad volvía a imponerse la burguesía bien pensante. Los revolucionarios se habían incautado de los castillos y mostraban una particular inclinación por las grandes casas del Faubourg Saint Germain. Se habían vuelto conservadores y partidarios de los privilegios, los "sans culottes" se habían transformado en "culottes dorés" <sup>59</sup>.

Apareció el hipismo de los "incroyables" y de los "muscadins" y una desenfrenada corrupción. La Francia estaba harta de los discursos grandilocuentes y de las virtudes republicanas, desaparecieron las pelucas, fue la ruina de los peluqueros <sup>60</sup>.

En los estertores de la agonía el 26 de octubre de 1795 la Convención fue substituida por el Directorio, sin prestigio ni autoridad. Entre los desórdenes y la vocinglería Sièyes exclamaba "basta de charlatanes, se necesita una cabeza y una espada".

El 5 de octubre de 1795 estalló en París una sublevación realista, un cuerpo de guardias nacionales con 40 mil hombres, a las órdenes del General Danican y de Charles Lacretelles avanzó en dos columnas por la orilla del Sena sobre la Convención. Espantado Barrás buscó un oficial que

<sup>59</sup> CHATEAUBRIAND, I, 442, 945; MADELIN, 402; AUBRY, II, 230; BERTAUT, 191.

<sup>60</sup> MADELIN, 388, 410, 513.

asumiera la defensa y descubrió al General Napoleone Buona Parte, olvidado en un escritorio. Éste comprendió su tarea mejor que el marqués de Launay, reunió unos 5 mil hombres y unas baterías. Cuando el General Menou le objetó que no era posible hacer fuego contra el pueblo, le replicó: "Estáis equivocado General, cometéis un gran error, la moderación nada vale cuando la insurrección contra la ley es flagrante". Apostó los cañones y ametralló la primera columna en el Pont Neuf y la segunda cerca de la iglesia de Saint Roche, no quedó bicho viviente de pie <sup>61</sup>.

Como recompensa el 8 Ventose (marzo) de 1796, Barrás "depravado y crapuloso" nombró a Napoleón de 26 años General del Ejército de Italia, todo cambiaría.

Al son de las charangas, se iniciaba otro ciclo, el imperio deslumbrante. Bajo otros cielos el joven corso pulverizó un ejército tras otro. Se sucedían las victorias: Mondovi (22 de abril de 1796), Lodi (10 de mayo de 1796), Castiglione (5 de agosto de 1796), Arcole (15 de noviembre de 1796), Rivoli (14 de enero de 1797) y luego vendrían Marengo (4 de junio de 1800), Ulm (20 de octubre de 1805), Austerlitz (2 de diciembre de 1805), Iena (10 de octubre de 1806), Friedland (14 de julio de 1807), Wagram (5 de julio de 1809), Beethoven le dedicó la Sinfonía Heroica <sup>62</sup>.

La reacción era previsible y natural. En 1802 fue designado cónsul vitalicio, con manto de púrpura, por 3.600.000 votos contra 9.000, aplastó la anarquía y estableció un nuevo orden moderno, apoyado en las capacidades en vez de los nacimientos o de los votos. Eliminó el tuteo, el gorro frigio, la cocarda e impuso la costumbre del cabello corto.

Las Tullerías se convirtieron en una corte suntuosa y Napoleón fue coronado por el Papa Pío VII el 2 de diciembre de 1804. El 11 de marzo de 1810, casó con María Luisa de Habsburgo, archiduquesa de Austria, descendiente de Carlos V y Luis XIV y mostró a los sudamericanos aspiran-

<sup>61</sup> LAS CASES, I, 338; MADELIN, 427.

<sup>62</sup> MADELIN, 454.

tes a libertadores, cómo podía emprenderse una carrera de honores y gloria <sup>63</sup>.

Por una ley darwiniana un estamento envejecido fue reemplazado por otro estamento joven, dotado de mayor instinto vital, con más fe en sus valores.

Modernizó la Francia, celebró un concordato con la Santa Sede el 15 de julio de 1801, hizo sancionar el Código Civil, reorganizó la enseñanza secundaria, creó la Legión de Honor, el Banco de Francia, la Universidad de París, las Facultades, la Escuela Normal Superior y confió la enseñanza primaria a los hermanos de la Doctrina Cristiana.

El Código Civil transformó la sociedad y la economía, desbrozó la maleza de los derechos feudales, liberó las artesanías y al imponer la división forzosa de las tierras entre todos los hijos por igual, fraccionó los grandes dominios nobles y convirtió la Francia en un país de propietarios burgueses.

La repercusión de estos sucesos en la América virreinal fue posterior y desigual, las obras de los profetas de la Ilustración Voltaire, Rousseau, Montesquieu, Mably y Raynal circulaban por todo el virreinato y se deslizaban en las bibliotecas de los virreyes y de los grandes eclesiásticos. Al "Boltere" lo echaban al horno en los momentos de peligro.

La organización política, basada en el poder totémico de los reyes y en el regalismo colonial, con sus clases rígidas, perdió sus fundamentos y su poco prestigio.

Montesquieu, sereno y depurado, llegaba menos al gran público, pero Rousseau con sus paralogismos resumía magistralmente las ambiciones comunes. El *Contrato Social*, por el énfasis de su estilo fue una bomba y se convirtió en el breviario de los patriotas, alcanzaba a todos los círculos y se distribuía en las escuelas a 9 reales el ejemplar <sup>64</sup>.

El *Contrato Social* "meteoro que brilla en la noche de

<sup>63</sup> LAS CASES, I, 592; II, 406; MICHELÉT, *Du 18 Brumaire à Waterloo*, 132; CHATEAUBRIAND, I, 995.

<sup>64</sup> JEFFERSON REA SPELL, *Rousseau and the Spanish world before 1833*, 1938, 129, 217; TORRE REVELLO, *El libro, la imprenta y el periodismo en América*, 1940, 102; CONSTANT, 835, 1045, 1105, 1108, 1123.

la historia”, justificaba la pretensión de los criollos a gobernarse a sí mismos y el Raynal exponía vistosamente los cargos contra la administración peninsular, que soliviantaría las masas nativas.

Esto explica que Salvador de Alberdi difundiera el *Contrato Social* en el lejano Tucumán y Mariano Moreno lo hiciera imprimir en 1810, como primordial medida de gobierno en el Plata.

El juicio del Secretario de la Junta de Mayo es terminante: “Entre varias obras ofrezco a mis conciudadanos en primer lugar el *Contrato Social*, escrito por el ciudadano de Ginebra Juan Jacobo Rousseau. Este hombre inmortal, que concitó la admiración de su siglo y será el asombro de todas las edades, fue quizás el primero que disipando completamente las tinieblas con que el despotismo envolvía sus usurpaciones, puso en claro los derechos de los pueblos”<sup>65</sup>.

Más tarde los diputados a los Congresos de 1816 invocaban las enseñanzas del “célebre” y del “profundo político Montesquieu” o del “inmortal Montesquieu”<sup>66</sup>.

Los sermones del Presbítero Víctor de Arechaga del 25 de mayo de 1813, del Deán Gregorio Funes del 25 de mayo de 1814 y del Dr. Pedro Ignacio Castro Barros del mismo día son claramente rusolinos y Fray Pantaleón García recordaba otra vez a Montesquieu<sup>67</sup>.

Algunos más reacios desconfiaban de esos profetas, Tomás Manuel de Anchorena advertía que “el pacto de Rousseau sólo puede servir para formar grandes contingentes de locos furiosos y bribones”<sup>68</sup>.

La Revolución Francesa tuvo un menor eco porque habían pasado bastantes años de 1789 a 1810 y tanto su ciego ateísmo como sus horrendos sacrificios suscitaron el asombro y la repulsión.

<sup>65</sup> MARIANO MORENO, *Doctrina democrática*, 1915, 299; MORNET, 92, 200; BELLOCQ, 20, 30; DURANT, 211, 1062.

<sup>66</sup> *Asambleas Constituyentes*, I, 240, 710, 1245, 1285.

<sup>67</sup> Archivum, junio-diciembre, 1960, 721, 729, 751, 764.

<sup>68</sup> JORGE M. MAYER, *Luis José de la Peña y la ilustración en el Plata*, “Anales” de la Academia Nacional de Derecho, 23, 481; FURLONG, *Nacimiento y desarrollo de la filosofía en el Río de la Plata*, 1952, 525, el veneno francés.

Afortunadamente, en el Río de la Plata las instituciones norteamericanas, desde la declaración de la Independencia hasta la organización constitucional de 1787, lograron más prestigio que el totalitarismo jacobino y las figuras de Washington (1732-1799) y de Hamilton (1757-1804) tuvieron más gravitación que las torvas sombras de Danton y de Robespierre <sup>68a</sup>.

En cambio la figura de Napoleón se elevó deslumbrante hasta encandilar a los caudillos criollos, fue el ejemplo del General-gobernante y Bolívar su más celoso admirador <sup>69</sup>.

Dos episodios del ciclo napoleónico influyeron a su vez decisivamente en la independencia de los estados americanos. La batalla del Cabo de Trafalgar el 20 de octubre de 1805 cortó los puentes que unían la corona de los Borbones con América y la entrada del Mariscal Víctor en Sevilla, el 1º de febrero de 1810, encendió el fuego de la insurrección en todo el continente.

Después de discriminar los tres ciclos que se sucedieron separadamente, la Ilustración, la Revolución y el Imperio, es posible medir objetivamente las consecuencias del descalabro del 14 de julio. Esta medición, libre de sectarismos, es indispensable dado que el mérito de las instituciones se califica forzosamente por sus frutos, la paz y el bienestar o las congojas y las calamidades que conllevan a los pueblos.

Los gobiernos monárquicos, incluso el del infortunado Luis XVI, habían mejorado apreciablemente las normas sociales y el bienestar. Habían alentado la educación, impulsado las industrias y el comercio hasta las lejanas factorías de Oriente, Luisiana y el Canadá.

El cambio llegaba impuesto insensiblemente por la pólvora y la caldera a vapor y por eso la Revolución fue un contraproducente derroche de luchas, sacrificios y dolores. Cuando se había progresado tanto y mucho más podía conseguirse con moderación y tino; cuando se abrían las puer-

<sup>68a</sup> LEWIN, *La rebelión de Túpac Amaru*, 1957, 132.

<sup>69</sup> SALVADOR DE MADARIAGA, *Bolívar*, 1958, 543, 545, 592, 609, 1018, 1217, 1429.

tas de las legítimas ambiciones y se corregían los lunares del régimen monárquico, sin necesidad de cortarle la cabeza a nadie, se precipitó, por la obra de las neurosis, al país en un charco de sangre.

Lógicamente no entraremos a examinar las virtudes y las faltas de la Ilustración y del Imperio, porque son temas ajenos a esta autopsia. Pero es necesario analizar objetivamente si se cumplieron las metas jactanciosamente proclamadas por los coros revolucionarios.

Los tres principios básicos de la Revolución, enaltecidos con tanta elocuencia, la libertad, la igualdad y la fraternidad se sumieron en una amarga decepción.

La libertad, la libertad imperecedera, condición de todo gobierno civilizado y de todo programa de progreso, fue arrinconada por las picas y mecida en el fondo de los calabozos <sup>69a</sup>.

Los inmarcesibles derechos del hombre y del ciudadano eran anteriores y vastamente conocidos. Habían sido consagrados por la Carta Magna impuesta por los barones ingleses al Rey Juan el año 1215, la Carta Magna del Rey Enrique III de 1225, el Acta de Habeas Corpus de 1679 y la Declaración de los Derechos presentados por los lores y pares reunidos en el Congreso de Westminster al príncipe de Orange en 1688 y así la Declaración francesa no pasó de ser una copia casi literal de la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776.

Hubo más libertad bajo el cetro paternal de Luis XVI que bajo el ojo rencoroso de Robespierre y la mirada atenta de Fouché años después. Es cierto que el Rey podía expedir las *lettres de cachet* y recluir por razones políticas algunos nobles discolos o algunos literatos impertinentes en la Bastilla, como sucede en nuestros días bajo el estado de sitio. Esas medidas aisladas y excepcionales fueron cortesías comparadas con la truculenta aplicación de la guillotina a tantos vecinos poco entusiastas <sup>70</sup>.

69<sup>a</sup> TOCQUEVILLE, 188.

70 BURKE, 379, 397, 405; TOCQUEVILLE, 159.



Con un criterio analítico se debe admitir que el Rey Luis XVI fue un monarca liberal y en cambio los caudillos revolucionarios unos déspotas irascibles. Las ruinas comprobaron que el fanatismo y la violencia jamás son una política fecunda.

El pueblo francés era monárquico como lo muestran los escritos de los autores de la Ilustración y luego el advenimiento de Napoleón I, de los reyes Luis XVIII, Carlos X, Luis Felipe y del emperador Napoleón III y en nuestros días del general De Gaulle.

Tampoco la igualdad prosperó en esos años. Napoleón se elevó al rango de emperador, de sus hermanos Luis llegó a rey de Holanda, José a rey de Nápoles y de España, Luciano a príncipe de Canino y Gerónimo a rey de Westfalia, de sus hermanas Elisa fue gran duquesa de Toscana y princesa de Lucques y Piombino, Paulina duquesa de Guastala y princesa Borghese y Carolina reina de Nápoles.

Creó una nueva nobleza, la nobleza imperial, de militares, banqueros y legistas, de gente nueva, arrojados y capaces, tan afectos a las distinciones como sus predecesores y les prodigó títulos, castillos y fortunas: Murat, duque de Berg; Massena, príncipe de Esling; Berthier, príncipe de Wagram; Bernadotte, príncipe de Ponto-Corvo; Junot, duque de Abrantés; Lannes, duque de Montebello; Marmont, duque de Raguzza; Augereau, duque de Castiglione; Soult, duque de Dalmacia; Suchet, duque de Albufera; Ney, duque de la Moskowa; Duroc, duque de Frioul; Caulincourt, duque de Vicence; Kellerman, duque de Valmy; Savary, duque de Rovigo; Moncey, duque de Conegliano; Oudinot, duque de Raggio <sup>71</sup>.

Con un camaleónico desparpajo brotaron entre los feroces revolucionarios 1 príncipe, 13 condes, 5 barones, 7 senadores del Imperio, 6 consejeros del Estado, el duque de Otranto, 50 demócratas ennoblecidos que obtuvieron títulos, blasones, mayorazgos, carrozas y castillos, Fouché al morir dejó una fortuna de 15 millones. Todo se había redu-

<sup>71</sup> LAS CASES, I, 397; QUINET, II, 440, imitaban los escudos de la antigua nobleza.

cido a echar algunos nobles para ocupar su lugar, aspiración política bastante difundida.

Aparecieron entre los nuevos nobles el duque de Cambaceres, los condes Carnot, Dumas, Jourdan, Friant, Sièyes, Merlin y Roeder y los barones Louis, Pasquier y Malouet.

Cambió el contexto social, se operó una masiva transferencia de las riquezas de la antigua nobleza a una nueva plutocracia, más enérgica. Apareció otra clase pintoresca y atrevida "los malos ricos", saqueadores y especuladores que habían hecho fortuna con los despojos de los bienes del clero y de los nobles. Se formó una sociedad de generales, diputados, banqueros, proveedores de armas y pertrechos, comerciantes de la Compañía de Indias. Se especulaba con el azúcar, el café, las tierras y los *assignats*. Los nuevos potentados eran Ouvrad, dueño del castillo de Marly, Delessert, Seregaux, Seguin y los hermanos Enfantin <sup>72</sup>.

Las desigualdades del carácter, de la capacidad y de las devociones eran irreprimibles. Un moralista de esos fluctuantes años aseguraba que los hombres sólo eran iguales cuando empleaban el mismo sastre.

La esposa de Tallien pagaba 12 mil libras por un vestido de mínimas dimensiones, impuso el color de las pelucas, morenas o rubias, los turbantes y los cachemires. Aparecieron las "Merveilleuses", la princesa Visconti, las marquesas de Noailles y d'Agoult, lady Holland, Mrs. Grant, Hamelin y Krudner.

Tampoco sobrevivió la elogiabile virtud de la fraternidad. Los revolucionarios "pervertidos y empapados de sangre", guillotinaron, sablearon, aplastaron y ahogaron a millares de nobles, burgueses, campesinos, sacerdotes y monjas. La feroz guerra de la Vendée costó millares de vidas. El general corso devastó a cañonazos a media Europa, de Madrid a Roma y Moscú, cubrió de tumbas los camposantos para la mayor gloria de sus deslumbrados súbditos.

<sup>72</sup> GONCOURT, 486; CHATEAUBRIAND, I, 443; LAS CASES, I, 388; TAINE, VIII, 354; LHOMME, *La Grande Bourgeoisie au Pouvoir*, 1960, 13; AUBRY, II, 90, 305; los GONCOURTS y BALZAC han descrito la nueva sociedad.

La Revolución se desarrolló "entre el terror y el desprecio". El terror paralizó la vida intelectual y derramó sin justificativos torrentes de sangre inocente. Iniciada con el propósito de emprender una reforma del Estado, según el modelo inglés, que permitiera a la burguesía participar en la marcha del Estado, las Gorgonas que anidaban en el subsuelo de la sociedad cubrieron de llamas y de aullidos los pueblos y los campos.

Bajo un gobierno paternalista y moderado, las principales reformas que se proponían inicialmente eran la apertura de las carreras y la igualdad impositiva, que nada tenían de extraordinarias y se pudieron sancionar con un poco de cordura sin grandes resistencias <sup>73</sup>.

Es cierto que la nobleza se había esclerosado y muchas veces no comprendía los cambios que imponían las transformaciones económicas y trataba de defender débilmente sus caducas posiciones. Pero éste no era un motivo para exterminar bárbaramente a un sector de la población que conservaba apreciables dotes de cultura y buena educación.

El gobierno cayó en las manos de una banda de rufianes. "Vil rameau de braillards" los llamaba Chenier. Las viejas leyes que sirvieron de fuente al Código Civil fueron burladas, los tribunales subyugados por la amenaza de las picas, el tesoro fue saqueado, las iglesias y los conventos incendiados, los bienes del clero y de la nobleza repartidos entre los verdugos, las tierras devastadas y el país ensangrentado por las matanzas <sup>74</sup>.

Las sórdidas realidades trituraban las doctrinas literarias, los abusos de los nuevos gobernantes sobrepasaban por mucho la frivolidad del viejo régimen y suscitaban las decepciones y los disgustos cada día más severos.

En el plano económico en vez de mejorar el bienestar de los pueblos, los gobiernos revolucionarios agravaron las privaciones. Después de 1789, las consecuencias ocasionales de una mala cosecha se convirtieron en una plaga endé-

<sup>73</sup> TAINE, VIII, 120, 130.

<sup>74</sup> CHATEAUBRIAND, I, 437; TAINE, IX, 163; MADELIN, 444, 489, 514, 529.

mica. Se dobló el precio del pan, faltaba el aceite, las velas, el jabón y el pescado, el agua costaba más que el vino.

El bloqueo inglés impedía la circulación de los alimentos y de las mercaderías. Basta de bayonetas "queremos pan", era el clamor general. La "disette" afligía a la población, las colas se alargaban en las puertas de las panaderías. Crecía la inflación y la miseria, el número de los "ventres creux". Subían los precios de la harina, de los huevos, de los garbanzos, de la leña y del carbón. Los pueblos se alejaban cada día más de los furibundos oradores que predicaban el amor fraternal en París <sup>75</sup>.

Sin protección, los atropellos agravaban las angustias. Actuaron en esos terribles años 175 Tribunales de Seguridad Pública, de los cuales 40 acompañados de su guillotina, visitaban por turno las aldeas. Sólo "los muertos no regresan", enseñaba Barére.

El registro de las víctimas de la Revolución es horripilante. La fatigada guillotina de París hizo caer 60 mil cabezas en el "panier à salade". Los fusilados en Lyon, los ahogados en el Loire, los masacrados en Marsella y en la Vendée, los mártires inmolados a hacha y fuego en las calles y en los campos, los reclutas caídos en las campañas de 1792 y 1794 bajo el mando de los generales Dumouriez y Hoche llegan a varios centenares de miles <sup>76</sup>.

La Revolución de 1789 fue una catástrofe superflua y luctuosa, la libertad quedó anonadada, se pronunciaron las desigualdades, la fraternidad fue aventada por un odio cainesco. El pueblo desesperado se arrojó en los brazos del primer general afortunado que le ofreció paz y seguridad <sup>77</sup>.

La guillotina fue el más original aporte de esta Revolución a la cultura moderna.

<sup>75</sup> BURKE, 309, 312, 379, 526; TAINÉ, VIII, 115, 216; GONCOURT, 145; QUINET, II, 352; MADÉLIN, 287, 395, 409; GAXOTTE, 348, 392; AUBRY, 40, 102; BERTAUT, 85, 93, 191.

<sup>76</sup> CONSTANT, 851; AUBRY, II, 47, da cifras menores.

<sup>77</sup> CHEVALLIER, *La tranquillité est le premier besoin, la liberté politique n'est qu'un superflu*, 308.

## OBLIGACIONES EN DÓLARES

*Comunicación efectuada por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de diciembre de 1989*



## I

Han dicho Mosset Iturraspe y Lorenzetti, que:

“La función que cumple la moneda extranjera en las obligaciones y en la contratación, es de aquellos temas que, no obstante ser permanentes en el derecho, sobresalen o adquieren notoriedad en determinados momentos de la vida argentina, sea por razones políticas, sea por razones económicas o bien meramente por las ‘necesidades’ del tráfico”<sup>1</sup>.

El actual es sin duda uno de esos momentos, aunque siendo en esencia el problema de las obligaciones en moneda extranjera, de “convertibilidad” de la misma a nuestro signo monetario, según se verá, pareciera que el mismo se ha diluido o entrado en un cono de sombra, a partir del día 12 de diciembre de 1989; atento que por las Comunicaciones A-1583 y A-1584 del Banco Central, se ha dispuesto que opere un “Mercado libre de cambios”, en el cual “los tipos de cambio y de paso entre monedas resultarán del libre juego de la oferta y la demanda” (art. 2-1 Com. A-1583), siendo el mismo el que habrá de regir en general para “toda transacción no específicamente comprendida en el Merca-

<sup>1</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE-LUIS RICARDO LORENZETTI, *Derecho monetario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, p. 111.

do Oficial de Cambios' ” (art. 1-2 de la Com. A-1584). La vuelta a este sistema permite en efecto suponer que, cuando se deba convertir moneda extranjera a moneda del país, los tribunales habrán de tomar como tipo de cambio el “libre”, ahora nuevamente legal o lícito, que habrá de ser el que verdaderamente se ajuste mejor a la realidad de los valores en juego, y a través del cual, a la postre, podría después el acreedor adquirir a su vez con moneda nacional, la moneda extranjera de que se trate <sup>2</sup>.

Pero, como en nuestro país todo es impredecible —baste recordar vgr. que ya en las postrimerías del anterior gobierno, hubo una efímera experiencia de liberación cambiaria sin soporte en las arcas del Estado—; las presentes reflexiones han de valer por ahora, más que nada, como prevención ante un eventual retorno, poco probable por el momento, pero sin duda no imposible ni mucho menos, a algún nuevo régimen de controles cambiarios.

## II

La cuestión a considerar versa sobre si es posible y lícito en nuestro ordenamiento contratar en moneda extranjera, y por ende si, llegado el caso, puede una pretensión accionable expresada en moneda extranjera, hallar favorable acogida en los estrados judiciales. La respuesta es, *ab initio*, sin dubitaciones, que ello es efectivamente posible y lícito; lo cual no significa que las obligaciones en moneda extranjera estén a salvo de sobresaltos y riesgos en nuestro derecho positivo.

En nuestro país la validez de las obligaciones en moneda extranjera se rige por una parte por las disposiciones de las leyes monetarias, y por otra por las normas del derecho civil. La ley 1130, de creación del “argentino oro”, que es moneda aún con curso legal en el país, prohibió en sus arts. 7º y 8º la circulación legal de toda moneda extranjera

<sup>2</sup> Cám. Nac. Comercial, Sala D, 21-6-88, “Telecinema S. A. c/Producciones Argentinas de Televisión”, “L.L.” 1989-A-470, con nota coincidente de JORGE LUIS RIVA, *El tipo de cambio oficial*.



de oro y plata, a partir del momento en que se hubiesen acuñado 8 y 4 millones, respectivamente, de las correlativas monedas nacionales, lo cual habría de hacerse saber por decreto del Poder Ejecutivo. Ahora bien, el 5 de noviembre de 1890, habiéndose acuñado esa cantidad de "argentinos oro", se dictó el referido decreto del Poder Ejecutivo que ponía punto final a la circulación legal de las monedas extranjeras en el país; sin embargo, poco después, el 22 de enero de 1891, el mismo Poder Ejecutivo dictó otro decreto dejando sin efecto el anterior, en razón de que los argentinos oro acuñados fueron retirados del mercado, de forma tal que la prohibición contenida en el art. 7 de la ley 1130, dejó de aplicarse por haber desaparecido el presupuesto de hecho requerido para su vigencia; todo ello fue magníficamente estudiado por el Dr. Barraquero, en su voto en el fallo de la Cámara Civil 1ª de Capital Federal del 5 de octubre de 1940, recaído en los autos "Gómez Pombo c/ Banco Hipotecario Argentino"<sup>3</sup>. Empero, la mayoría de nuestra doctrina y de la jurisprudencia<sup>4</sup> entiende que nuestro Código Civil sienta como principio general la validez implícita de las obligaciones constituidas en moneda extranjera, las que son consideradas como obligaciones de dar cantidades de cosas; pudiendo ser pagadas en la misma moneda estipulada, o en moneda del país de curso legal —hoy "Austriales"—, según el cambio corriente en el lugar y día de vencimiento de la obligación —doctrina de los arts. 617, 607,

<sup>3</sup> "L.L.", 20-290 y "J.A.", 73-936.

<sup>4</sup> RAYMUNDO M. SALVAT, ENRIQUE V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Bs. As., TEA, 1952, t. I, ps. 407 y ss., nros. 464-466; HÉCTOR LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Ediar, 1950, t. II, p. 157, nº 1050; ALFREDO COLMO, *Obligaciones en general*, 3ª ed., Bs. As., Kraft, 1944, p. 282, nº 417 y p. 289, nº 427; EDUARDO B. BUSSO, *Código civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1951, t. IV, p. 260, nº 12; LUIS DE GASPERI, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Depalma, 1946, t. II, p. 280 y ss., nº 1046; LUIS MARÍA REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., Bs. As., Depalma, 1961, t. I, p. 440; Cám. Fed. Cap., 28-10-36, "Cía. Arg. Electricidad c/Y.P.F.", "J.A.", 56-53; Cám. Civ. 1ª, Cap. 26-12-39, "Banco Nación en Urquiza Anchorena c/Gigena Doncel de Oliveira César", "L.L.", 17-630 y "J.A.", 69-258; Cám. Civ. 2ª Cap., 25-3-36, "Cía. Mandatos, Préstamos y Agencias Río de la Plata c/ Duggan", "J.A.", 53-736; Cám. Com. Cap., 25-3-42, "Roth c/ Well y Cía.", "L.L.", 26-98; etc.

608, 2251 y concordantes del C. Civil—. Ello, claro está, siempre y cuando no medie alguna expresa prohibición legal al respecto; como sucede vgr. con relación al precio o alquiler en las locaciones urbanas, el que no puede ser pactado con otra cláusula de reajuste que no sea la de los índices de precios proporcionados por el Indec —art. 3 de la ley 23.091—, lo cual descarta la utilización de cualquier moneda extranjera.

A mayor abundamiento, cabe recordar que normas posteriores al Código Civil han venido a corroborar la validez de las obligaciones en moneda extranjera; tal como resulta por ejemplo de los arts. 44 y 103 del decreto-ley 5965/63 y 33 del decreto-ley 4776/63, referidos a letras de cambio, pagarés y cheques en moneda extranjera.

### III

Pero, obviamente, el problema no se agota, ni mucho menos, con la sola afirmación antecedente sobre la validez de las obligaciones en moneda extranjera; sino que hoy en día la cuestión apunta mucho más allá, por cuanto, si como se admite en general, el deudor puede pagar en moneda de curso legal en el país, esto da lugar por lo menos a dos cuestiones bastante engorrosas y controvertidas, sobre: 1) cuál es el momento para hacer la conversión, y 2) cuál el tipo de cambio a adoptarse.

Respecto de lo primero, se ha sostenido en principio que el tipo de cambio debe determinarse conforme al corriente el día en que se hace efectivo el pago<sup>5</sup>, tal como lo resolvieran distintos tribunales y lo ratificara la propia Corte Suprema Nacional en fallo del 22 de junio de 1976 recaído en los autos “Osswald c/ Pcia. de Buenos Aires”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> SALVAT-GALLI, ob. cit., t. I, p. 410, n° 466; BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 263, n° 32; JOSÉ OLEGARIO MACHADO, *Exposición y comentario del código civil argentino*, Bs. As., M. A. Rosas, 1915, t. II, p. 331, nota art. 619; GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 5ª ed., Bs. As., Perrot, 1983, t. I, p. 393 y ss., n° 481; implícitamente: REZZÓNICO, ob. cit., t. I, p. 440.

<sup>6</sup> “L.L.”, 1976-D-4. Ver asimismo: Cám. Nac. Comercial, sala A, 23-3-77,

Otra tendencia, sin embargo, aplicando literalmente lo dispuesto en los arts. 608 y 619 del C. Civil, opta por tomar en cuenta el cambio del día de vencimiento de la obligación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda en el caso de mora del deudor<sup>7</sup>. Y finalmente una tercer postura, quizá la más acertada en nuestro entender, prefiere la cotización que más favorezca al acreedor, de modo que si la del día del vencimiento lo beneficiara se le debería ésta, y si lo perjudicase se tomaría la del día del efectivo pago<sup>8</sup>; siendo ésta, precisamente, la solución acogida en los arts. 44 del decreto-ley 5965/63 y 33 del decreto-ley 4776/63 en punto a letras de cambio, pagarés y cheques en moneda extranjera; como así también en el art. 131 de la ley de concursos 19.551, aunque en éste la opción que se deja al acreedor versa entre el tipo de cambio del día del vencimiento o el correspondiente a la fecha de la declaración del concurso.

En cuanto al tipo de cambio a utilizarse puede generar dificultades aún mayores, si existe más de un tipo. Así, si hay un tipo de cambio libre y otro oficial, la elección de uno u otro puede ser trascendente desde el punto de vista práctico, ya que entre ambos suele existir casi siempre una apreciable diferencia. Y la cuestión puede complicarse aun más, si existen dos o más tipos de cambio "oficiales", además del libre, tal como ocurriera entre nos-

"Lustig c/ The Royal Bank of Canadá", "E.D.", 74-441; Cám. Fed. Cap., 27-4-42, "Shell Mex Arg.", "L.L." 26-625 y "J.A." 1942-II-579; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 13-7-59, "Puckine de Olazábal c/ Abeledo", "L.L.", 96-687; ídem Sala B, 9-8-61, "Tita c/ Cerámica Alassio S.A.", "L.L.", 106-398 y "J. A.", 1962-I-119; ídem Sala C, 24-7-61, "Atlas c/ Valentine", "E.D." 2-526; Cám. Fed. Cap., Sala Civ. Com., 12-3-58, "Turner", "L.L.", 92-332; Cám. Ap. Rosario, Sala II, C.C., 14-9-61, "Giménez Zapiola y Cía. c/ Astengo", "L.L.", 106-333.

<sup>7</sup> COLMO, ob. cit., p. 290, n° 427; LAFAILLE, ob. cit., t. II, p. 154, n° 1047; DE GASPERI, ob. cit., t. II, p. 282, n° 1046; Cám. Com. Cap., 28-9-28, "González Bosch, Darrasen y Cía. c/ Varreries des Hamendes S.A.", "J.A.", 28-473.

<sup>8</sup> BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 263, n° 29; FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, 2ª ed., La Plata, ed. Platense, 1978, p. 362; Cám. Nac. Fed., Sala Civ. Com., 31-5-62, "Averbaj c/Banco Nación", "E.D.", 4-712 y "L.L." 109-25; íd., 7-2-61, "Bulgaris c/ La Plata Cereal Co. S.A.", "J.A.", 1962-I, p. 5, sum. 29.

otros alguna vez. O si, como sucedía hasta hace pocos días atrás, sólo existe un mercado único "oficial", que no traduce la verdadera relación de cambio entre la moneda extranjera y la de curso legal en el país; con el agravante de estar además abolido el mercado libre, el que es denominado como "paralelo" o "marginal", cuando no "negro", aunque su cotización sea conocida por todos y publicada en diarios y difundida por noticieros radiales o de T.V., algunos incluso en manos del propio Estado. Esta carencia de un mercado libre lícito para adquirir moneda extranjera, crea además situaciones por demás singulares, como por ejemplo la de tener que convertirse en "cómplice" de un hecho ilícito, cual viene a ser la compra-venta de divisas en ese mercado "marginal", para quien necesite moneda extranjera y no se encuentre comprendido en alguno de los supuestos en que está autorizada su adquisición al tipo de cambio "oficial"; tal como ha sucedido concretamente con quienes necesitaban moneda extranjera para viajar al exterior del país, por cualquier motivo que fuese. Por lo demás, en lo que interesa concretamente a esta exposición, cabe señalar que parece muy poco probable, si no imposible, que la Justicia pueda hacerse eco de cotizaciones del mercado paralelo o marginal, en las conversiones judiciales, ya que el mencionado mercado realiza una actividad vedada y, por lo tanto, antijurídica; todo lo cual obliga, como contrapartida, a utilizar el tipo de cambio "oficial", que siempre está por debajo de aquél y de la realidad que él mismo refleja, con el consiguiente perjuicio para la parte acreedora.

Es más, para quienes piensan que la contratación en moneda extranjera no importa una efectiva obligación en tal moneda, sino solamente una cláusula de estabilización o garantía, en la cual la moneda extranjera se utiliza sólo como unidad o medida de cuenta para establecer una equivalencia de valor, cuyo pago habrá de hacerse a la postre en moneda de curso legal en el país; en los casos de devaluaciones sorpresivas de trascendencia de nuestro signo monetario, resultaría en principio factible el pedido de reajuste de tales

obligaciones, bajo la invocación de la "excesiva onerosidad sobreviniente" o "teoría de la imprevisión", receptada con la reforma del Código Civil por la ley 17.711, en los apartados segundo y siguientes de su art. 1198. Así ocurrió y se resolvió entre nosotros, con relación a obligaciones especialmente en dólares estadounidenses, contraídas en tiempos de la denominada "tablita" del ex-ministro Martínez de Hoz; las que se tornaron mucho más gravosas en su conversión a moneda del país, después de las devaluaciones producidas por actos de gobierno, durante los meses de febrero, abril y junio de 1981, que determinaron que el dólar de los Estados Unidos costara a fines de agosto de 1981 alrededor de \$ ley 7.500, en lugar de los \$ ley 2.757 preanunciados por la última "tablita" <sup>9</sup>.

Por todo ello es que hoy interesa más saber si puede contratarse libremente en moneda extranjera, *pero como moneda esencial o de pago*; en cuyo caso el acreedor tendría derecho al pago en esa misma moneda y a rechazar cualquier pretensión de su convertibilidad o sustitución por su equivalente en moneda nacional —Austerales—; amén de que, por ser la misma "moneda de pago" o *in solutione*, estaría asimismo exenta de toda eventual revisión con base en la excesiva onerosidad sobreviniente.

#### IV

La contratación en dólares (u otros signos monetarios extranjeros) como moneda de pago, no se discute en los contratos internacionales, en los cuales ese pago constituye un requisito esencial del acuerdo de las partes, y está en la intención común de ambas y en la economía general del propio negocio; y así lo viene considerando nuestra doctrina <sup>10</sup>.

<sup>9</sup> PEDRO N. CAZEAUX, FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, ed. Platense, 3ª ed., 1987, t. I, pp. 695 y ss., n° 518.

<sup>10</sup> JUAN JOSÉ CASIELLO, *Compraventa en dólares e interpretación de la voluntad contractual*, en "L.L.", 1983-D, p. 100, n° V; JOSÉ MARÍA GASTALDI, *Cláusula dólar y revisión del contrato*, en "E.D.", 115, p. 256, n° 2.3.;

Dentro de esa línea de pensamiento, se entendió ante todo inaplicable la teoría de la imprevisión, cuando se trataba de operaciones genuinas en moneda extranjera; como ser en el caso de mutuos en los que el Banco acreedor sólo había cumplido una mera función de intermediación en el crédito con relación al Banco extranjero proveedor de los fondos, y al cual se los debía restituir <sup>11</sup>, o también tratándose del saldo pendiente de pago del precio de una mercadería importada del exterior y lógicamente pagadera en la moneda del país de su importación <sup>12</sup>.

Se mantiene sin embargo el interrogante en relación con los restantes supuestos de contrataciones en moneda extranjera, cuando el contrato sea interno o de ámbito nacional; con relación a los cuales el Dr. Mosset Iturraspe ha encarado una postura de franca oposición, en dos recientes trabajos de indudable valía <sup>13</sup>.

Pero en cambio se ha insinuado una postura favorable a la validez de las contrataciones en moneda extranjera, como moneda esencial o de pago, sostenida, por separado y con distintas fundamentaciones, por los doctores Antonio Boggiano y Jorge Horacio Alterini, seguido ya este último por José María R. Orelle y Jorge R. Causse <sup>14</sup>.

---

Idem, *La doctrina, legislación y jurisprudencia argentinas en torno al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales y de la regulación de éstos*, en "E.D.", 123, pp. 889 y ss.; LUIS MOISSET DE ESPANÉS, RAMÓN D. PIZARRO, CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS, *Inflación y actualización monetaria*, Bs. As., ed. Universidad, 1981, pp. 364 y ss., § 2-a); AUGUSTO M. MORELLO, ANTONIO A. TROCCOLI, *Imprevisión cambiaria y revisión del contrato*, en "J.A.", 1981-III-777 y ss.

<sup>11</sup> Cám. Nac. Comercial, Sala A, 8-5-84, "Menning c/ Banco Arg. Sudameris", "E.D.", 109-690 y "L.L.", 1984-C-103; ídem, Sala D, 8-3-84, "Beltramino c/ Banco Arg. de Inversión", "L.L.", 1984-B-446 y "J.A.", 1984-III-190; íd., 8-3-84, "Vallejo c/ Banco Español del Río de la Plata" "L.L.", 1984-B-444 y "J.A.", 1984-III-188; íd., 15-5-84, "El Cano 2723 S.R.L. c/ Sugar S.C.A.", "L.L.", 1984-C-106; etc.

<sup>12</sup> Cám. Nac. Comercial, Sala B, 24-5-84, "Quetzal Eléctrica c/ IBM Arg.", "L.L.", 1984-C-178 y "E.D.", 109-603; ídem, Sala D, 9-3-84, "Unicorn S.R.L. c/ Agterberg", "L.L." 1984-B-448 y "J.A." 1984-III-185.

<sup>13</sup> MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, ob. cit., ps. 111 y ss. y 334 y ss.; JORGE MOSSET ITURRASPE, *Obligaciones en dólares*, Bs. As., ed. La Rocca, 1989.

<sup>14</sup> ANTONIO BOGGIANO, *Obligaciones en moneda extranjera*, Bs. As.,

En nuestra jurisprudencia, aunque pocos todavía, se han registrado algunos pronunciamientos que también importan la aceptación de esta nueva tendencia. Así, la Cámara Nacional Civil, Sala F, el 9 de marzo de 1984, en los autos "Sciumbre c/ Dibar"<sup>15</sup>, al declarar la resolución de un boleto de compra-venta por culpa del promitente-vendedor, dispuso que el mismo debía reintegrar la cantidad de "dólares" que había recibido del comprador, y en cuanto al resto percibido en moneda del país, debía restituirlo debidamente actualizado. La Sala G de la misma Cámara Nacional en lo Civil, en sentencia del 25 de setiembre de 1985, en los autos "Oks Silverman c/ Achaval y Cía."<sup>16</sup>, decidió que al frustrarse una reserva de compra de un departamento, porque la razón social ofertante había actuado sin la autorización del dueño, correspondía que dicha firma restituyese a los compradores los "dólares" anticipados por éstos con motivo de la reserva; correspondiendo señalar que en este caso se entendió que los "dólares" no eran dinero, sino "cantidades de cosas fungibles" —arts. 606, 607 y conc. del C. Civil—, que imponen al deudor la devolución de una cantidad igual de cosas de la misma especie y calidad de las recibidas, y que sólo por decisión del acreedor podía optarse por su valor en dinero del país —art. 608 del C. Civil—. A su turno la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, con fecha 11 de agosto de 1988 in re "Santamarina, Miguel A."<sup>17</sup>, ordenó la inscripción en el Registro de la Propiedad de una hipoteca constituida en garantía de un crédito en dólares estadounidenses; lo cual significó el reconocimiento de esa moneda extranjera como dinero (art. 3108 del C. Civil). Y algo similar habría ocurrido en un pronunciamiento del

---

Depalma, 1987; ídem, *¿Australes o dólares?*, en "L.L.", 1986-E-952; JORGE HORACIO ALTERINI, *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*, en "L.L.", 1987-B, ps. 873 y ss.; JOSÉ MARÍA R. ORELLE, *Junio 1989: contratación en dólares*, en "E.D." 132, ps. 920 y ss.; JORGE R. CAUSSE, *Mutuo en moneda extranjera (Especialidad crediticia y registración)*, en "L.L.", 1988-E, ps. 492 y ss., nº II.

15 Citado por Alterini, ob. cit., en "L.L.", 1987-B, p. 875, nº IV.

16 "E.D.", 117-483.

17 "L.L.", 1988-E-491.

Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional en lo Civil, del 24 de octubre de 1986, en autos "Salomone, Alberto: cobro de pesos s/competencia", en el cual, con los votos de los doctores Jorge H. Alterini, Alberto J. Bueres y Mario P. Calatayud, se resolvió, con motivo de un mutuo en dólares de los Estados Unidos, que al legislar el art. 617 del C. Civil sobre las obligaciones en moneda que carece de curso legal en el país, dentro de las "obligaciones de dar sumas de dinero", les ha atribuido la condición de "dinerarias" <sup>18</sup>.

Pero quizá el caso más trascendente lo sea el resuelto por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, el 26 de noviembre de 1985, en autos "Vignola c/ Colombo de Marchi" <sup>19</sup>, en el que se condenó a la promitente de una compra, reconvenida, a abonar el saldo de precio en la cantidad de dólares prevista en el contrato, por entenderse que esa había sido la voluntad contractual de las partes.

## V

En nuestra doctrina Antonio Boggiano ha sostenido que el art. 617 de nuestro Código Civil —que en su entender trata a las obligaciones en moneda extranjera no como de sumas de dinero, sino de dar cantidades de cosas—, se encontraría tácitamente derogado en virtud de distintas leyes nacionales que tratan a las obligaciones en moneda extranjera como dinerarias, a las que ya aludiéramos con anterioridad.

Jorge Horacio Alterini ha expuesto, en cambio, que la ubicación del art. 617 del C. Civil, en el Capítulo IV (del Título VII, Sección I del Libro II), dedicado a las "obligaciones de dar sumas de dinero", da sustento al tratamiento de las obligaciones en moneda extranjera entre las "dinerarias", aunque el mismo sólo se ocupe de las contraídas en

<sup>18</sup> Cit. por Alterini, ob. cit., en "L.L.", 1987-E, p. 876.

<sup>19</sup> "L.L.", 1986-B-301 y "J.A.", 1986-IV-126.



monedas que no sean de curso legal en el país, en tanto que a su vez el art. 619 trata de las que consisten en la entrega de sumas de moneda corriente nacional; de lo que resultaría que ambas son obligaciones dinerarias, aunque de distinto tipo. Agrega este autor que, además, la consideración del art. 617 del C. C. de las obligaciones en moneda extranjera como de dar cantidades de cosas, no provoca ninguna diferencia esencial entre aquéllas y las obligaciones concertadas en moneda corriente en el país, del art. 619; ya que a su vez el art. 616, que declara aplicable a las obligaciones dinerarias lo dispuesto con relación a las obligaciones de dar cantidades de cosas, es una norma general aplicable en subsidio, también, al supuesto del art. 619 del C. Civil; y que, aun más, esa correspondencia de todas las obligaciones de dar sumas de dinero con las de dar cantidades de cosas, es explicada por Vélez Sarsfield en la nota al art. 616, donde expresa que:

“El dinero pertenece a las cantidades. Hay entre cada pieza de una determinada especie de moneda, una diferencia tan poco sensible como en cada grano de un montón de trigo, y las piezas de moneda tomadas aisladamente no son susceptibles de ser distinguidas”.

Y el pensamiento de este autor se completa al afirmar el acierto en haber hecho regir las obligaciones en moneda extranjera, por la remisión del art. 617, por el régimen de las obligaciones de cantidad; por cuanto, si hubiesen quedado encuadradas en el art. 619 del mismo Código, una obligación en dólares, por ejemplo, podría ser pagada por su equivalente en moneda del país, en tanto que el sistema del art. 607 para las obligaciones de dar cantidades de cosas, es el de que: “el deudor debe dar, en lugar y tiempo propio, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad”, norma que es, en suma, coincidente con el principio de la identidad del objeto del pago del art. 740 del mismo texto legal. En cuanto al art. 608 del C. Civil, la única opción que contempla lo es a favor del acreedor, tal

como lo resolviera la Sala G de la Cámara Nacional en lo Civil en su precitado fallo del 25 de setiembre de 1985.

En esta postura, aunque no aparece dicho expresamente en ningún momento, quizá lo más trascendente sea que, siendo obligaciones dinerarias también las de dar moneda extranjera, con respecto a las mismas, al igual que ocurre con todas las obligaciones de dar sumas de dinero, conceptualmente *no habrá mutación jurídica alguna entre lo que se debe y lo que se pague*, o sea que no habrá que comenzar por elegir o individualizar la cosa con que haya de pagarse, convirtiéndola así al momento del pago en una cosa "cierta" <sup>20</sup>; y por ello, consecuentemente, es que nunca podría haber imposibilidad de cumplimiento de una obligación dineraria, y que los daños y perjuicios por su incumplimiento sólo habrían de ser, en principio, moratorios, consistiendo en los intereses <sup>21</sup>.

## VI

Coincidimos con Jorge Horacio Alterini, en que las obligaciones en moneda extranjera pueden y deben ser consideradas, entre nosotros, como obligaciones dinerarias; aunque entendemos que, aunque se las tuviese como obligaciones de dar cantidades de cosas, igualmente se llega a la misma conclusión sobre la validez de la contratación en moneda extranjera como moneda de pago o esencial.

El propio Alterini ya se encargó de destacar la aplicabilidad subsidiaria del régimen de las obligaciones de cantidad, a todas las obligaciones de dar sumas de dinero; como así la inexistencia de diferencias esenciales entre las obligaciones en moneda extranjera y las de dar moneda corriente en el país, y ello refuerza nuestro precedente aserto. Tam-

<sup>20</sup> JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Código Civil anotado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1979, t. II-A, p. 342, n° 10.

<sup>21</sup> BUSSO, *ob. cit.*, t. IV, p. 294, n° 32; SALVAT-GALLI, *ob. cit.*, t. I, p. 429, nros. 487-88; CASEAUX-TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, t. II (1989), p. 286, n° 791.

bién destaca Alterini que con su entendimiento se prioriza el cumplimiento específico de lo debido con el alcance previsto en el art. 505 del C. Civil; ya que, en efecto —dice—, el acreedor puede ante todo emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que se obligó, y en este sentido sería perfectamente factible la ejecución forzada, si por ejemplo el deudor de dólares tuviese depositada esa moneda extranjera a interés en una entidad bancaria nacional; como igualmente, si fuese factible que un tercero allegase los dólares que el deudor no desembolsó, ello encuadraría en la hipótesis del inc. 2º del art. 505 del C. C., de hacerse procurar lo debido por otro, a costa del obligado. Pero es obvio que todo ello es factible, tanto si la obligación en moneda extranjera se considera como obligación dineraria, como si se la tiene como obligación de dar cantidades de cosas.

Y sólo quedaría por ver qué sucede en la hipótesis de imposibilidad absoluta de cumplimiento en especie, lo cual es factible jurídicamente, cuando sólo existe un tipo de cambio oficial único, válido nada más que para cierto tipo de operaciones en moneda extranjera, ya que entonces para todos los demás casos no comprendidos, existirá imposibilidad de obtener la misma, salvo recurriendo al mercado marginal o paralelo, que no constituye una actividad permitida, y no es, por lo tanto, lícito. Ahora bien, en este supuesto, el art. 505, inc. 3º del C. Civil, da derecho al acreedor para obtener las “indemnizaciones correspondientes”; aunque prima facie, salvo que puedan configurarse otros daños y perjuicios, el daño compensatorio se traducirá entonces, a tenor de lo establecido en el art. 608, en el “valor” de los dólares o moneda extranjera adeudados, “según el valor corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación”.

Volvemos pues al planteo inicial, cuando señalábamos que el problema era de convertibilidad de la moneda extranjera a moneda de nuestro país, y fundamentalmente del tipo de cambio a utilizar a ese fin. Pero obsérvese que si de lo que se trata es de establecer el monto de una indemnización de daños y perjuicios, ya no estamos frente a una mera opera-

ción cambiaria o de conversión de una moneda por otra, como lo es verbigracia la contemplada en el art. 619 del C. Civil. Él o los tipos de cambio, *sólo constituirán una pauta*, aunque sin duda muy importante, *para establecer el monto o "quantum" de la indemnización pecuniaria* a que tendrá derecho el acreedor, por el no cumplimiento en especie de la obligación a cargo de la otra parte. Y en esta materia, el sistema de nuestro Código Civil en punto a indemnización de daños y perjuicios por hechos ilícitos, aplicable igualmente por analogía (art. 16 del C. Civil) y también en función de las preceptivas de los arts. 519 a 522 del C. Civil, a la responsabilidad contractual, es en principio el de la reparación en especie, y en subsidio la indemnización pecuniaria (art. 1083 del C. Civil), *que debe ser integral*, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1068, 1069, 1077, 1078, 1079, 1109 y concordantes del mismo Código<sup>22</sup>. Conforme a dicho principio la finalidad del resarcimiento es la de procurar restablecer tan exactamente como fuese posible, el equilibrio destruido por el hecho ilícito (y el incumplimiento contractual también lo es), para así colocar al damnificado, a expensas del responsable, en idéntica o lo

<sup>22</sup> RAYMUNDO M. SALVAT, ARTURO ACUÑA ANZORENA, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., Bs. As., TEA, 1958, t. IV, p. 76 y ss., nº 2738, nota 23 y p. 106, nº 2752; AUGUSTO M. MORELLO, *Posibilidad de resarcir a la víctima de un hecho ilícito, los gastos realizados por ésta con el designio de asegurarse el máximo de garantía asistencial o técnica*, en "J.A.", 1968-V, p. 724, nº III; BORDA, ob. cit., t. II, p. 433, nº 1629; ALFREDO ORGAZ, *El daño resarcible*, 2ª ed., Bs. As., Ed. Bibliográfica Omeba, 1960, ps. 153 y ss., nº 39; ANTONIO CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual (Hechos y actos ilícitos)*, Bs. As., Depalma, 1947, t. I, ps. 395 y ss., nº 276; CS, 8-11-73, "La Primera en Pereyra c/ Gutiérrez", "L.L.", 152-421; íd., 16-6-61, "Bertolino de Bustamante c/ Gob. Nac.", "J.A.", 1961-VI-399; Cám. Nac. Civil, Sala A, 8-2-73, "Gerino de Speroni c/ Tamborini", "J.A.", 20-1973-259; ídem, Sala C, 20-2-64, "Lippi Bertini c/ Expreso Cañuelas", "J.A.", 1964-III-568; ídem, Sala D, 5-7-63, "Forrester, Stagnaro y Cía. c/Paz y Vitale", "J.A.", 1963-IV-523 y "L.L.", 111-849; ídem, Sala E, 21-10-69, "El Comercio de Córdoba c/ Rubio", "L.L.", 137-798 (23.065-\$); ídem, Sala F, 21-8-73; "Gómez c/ Gob. Nac.", "L.L.", 152-167; Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. Com., 15-5-73; "Vuotto de Brigante c/ Gob. Nac.", "L.L.", 151-12; SCBA, 11-7-67, "Lucas c/ Valva", "E.D.", 21-396; Cám. 1ª La Plata, Sala III, 25-9-73, "Peralta c/ Ganelli", "E.D.", 51-412; S. T. La Pampa, 13-5-64, "Capdeville c/ Urquiza", "J.A.", 1964-V-305; Cám. Fed. Tucumán, 15-12-65, "Banco Nación c/ Ávila", "J.A.", 1966-IV-545; etc.

más parecida situación, a la que se hubiese hallado de no haber sucedido el hecho dañoso <sup>23</sup>.

Siendo ello así, parece obvio que la indemnización a acordar al acreedor debe posibilitarle la adquisición de la misma cantidad de moneda extranjera que se le adeudaba; para lo cual podrá ocurrirse a las pautas que puedan resultar de tipos de cambio que, aunque vedados como tales —el marginal, o el turístico ya descalificado en algún fallo <sup>24</sup>—, traducen sin embargo con fidelidad la verdadera relación existente entre ambas monedas, al punto que coinciden en general, también, con la cotización de nuestra moneda en mercados del exterior, como ser vgr. el del Uruguay. Con esa utilización a título de simples pautas, de esos tipos de cambio, para mejor ilustrar el criterio del Juzgador, se podrá pues obtener, sin antijuridicidad alguna, una adecuada valoración del perjuicio indemnizable, por cierto mejor que la que podría brindar la simple conversión de la moneda extranjera a dinero del país, con ajuste a un tipo único de cambio oficial, habitualmente por debajo de la realidad, cuya utilización sólo conduciría a un resarcimiento menguado, insuficiente y alejado del ideal de la reparación integral, que por lo tanto, a la postre, no constituiría una verdadera indemnización.

<sup>23</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, París, 1951, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 2ª ed., t. II, p. 177, nº 601; Cám. Nac. Civil, Sala D, 30-6-78, "Jacomelli c/ Trumky de Frydemberg", "J.A.", 1980-II-380.

<sup>24</sup> Cám. Nac. Comercial, Sala B, 15-3-89, "Mejone c/ La Meridional, Cía. Arg. de Seguros", en diario "E.D." del 13-7-1989, p. 6, fallo 41.705.



**III**

**VIII REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS  
NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES**





## PROGRAMA

Tema: *Derecho y Realidad* \*

Miércoles 4  
15 horas

Palabras de apertura de los señores Presidentes doctores Federico Videla Escalada y Pedro J. Frías.

Doctor Julio César Cueto Rúa: *Introducción a la relación entre derecho y realidad social.*

Doctor Víctor Martínez: *Deuda externa y realidad.*

Jueves 5  
10 horas

Doctor José Domingo Ray: *La formación del derecho.*

Doctor Héctor Cámara: *Derecho comercial y realidad.*

16 horas

Doctor Roberto Martínez Ruiz: *La realidad en la interpretación de la Constitución Nacional.*

Doctor Pedro J. Frías: *Democracia y realidad.*

Viernes 6  
10 horas

Doctor Lino E. Palacio: *La realidad y la proyectada integración de los tribunales penales.*

Doctor Olsen A. Ghirardi: *El Proyecto de Constitución de Alberdi.*

16 horas

Doctor Augusto Mario Morello: *Proceso y realidad.*

Doctor Efraín H. Richard: *Bancos.*

Las reuniones programadas se desarrollaron en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Avenida Alvear 1711, primer piso.

\* Los trabajos que se mencionan y las intervenciones de los señores académicos fueron publicados en la Serie II, *Obras*, Nº 22, con el título: *Derecho y realidad.*



**IV.**  
**HOMENAJES**

VI

CONTENTS

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

*Homenaje a los ex académicos de número doctores Carlos  
Alberto Acevedo, Rafael Bielsa, Pablo Calatayud, Agustín  
N. Matienzo y Juan Silva Riestra, en ocasión del centenario  
de sus nacimientos, en la sesión pública  
del 24 de agosto de 1989*



*Palabras de apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Federico Videla Escalada*

*Para la Academia este acto reviste particular significación, ya que está dedicado a rendir homenaje a cinco ilustres juristas que la integraron y de cuyo nacimiento se cumple un siglo en el curso de este año 1989.*

*Honrar a quienes han trazado un derrotero apto para guiar a nuestro país a través del tiempo constituye no sólo un deber, sino también un motivo de profunda satisfacción.*

*Carlos Alberto Acevedo, Rafael Bielsa, Pablo Calata-yud, Agustín Nicolás Matienzo y Juan Silva Riestra, a quienes se han de referir en breves exposiciones cinco de los actuales académicos, forman parte de esa élite que debe inspirar y orientar nuestros esfuerzos para contribuir a que nuestro país alcance cada vez niveles más elevados en el terreno de la justicia, con el consiguiente avance en favor del bien común, del orden y de la paz.*

*Tiene la palabra el señor académico, Dr. Alberto Rodríguez Galán, quien tendrá a su cargo las palabras de homenaje al Dr. Carlos Alberto Acevedo.*





## DOCTOR CARLOS ALBERTO ACEVEDO

*Por el académico Dr. Alberto Rodríguez Galán*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales evoca hoy el centenario del nacimiento de cinco de sus ilustres miembros, que pasaron por sus sitios y dejaron en ellos la huella indeleble de espíritus superiores. Hombres que sirvieron a su país, desde la cátedra o desde la función pública, desde el diario batallar que es el ejercicio de la profesión, al silencio, el estudio y la meditación sobre normas y conductas, permanente accionar del abogado en la obtención de ese valor que es la Justicia.

En ese marco me ha correspondido, por decisión del señor Presidente, la recordación del académico doctor Carlos Alberto Acevedo, cometido que agradezco, como miembro de número de la Corporación y por haber sido su alumno en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Era el doctor Acevedo una personalidad singular.

Unía a su prestancia, una distinción natural que disimulaba la reciedumbre de un carácter puesto a prueba en más de una ocasión en la defensa apasionada de intereses superiores.

Sus obras concretas desde la cátedra o cuando le cupo el ejercicio de la función pública le confirieron un prestigio que no provenía del brillo circunstancial de un discurso ni se originaba en una modalidad polémica ingeniosa —con-

tingencia ésta que muchas veces disimula la falta de idoneidad— sino del acierto, la oportunidad, y la inteligencia con que las acometió. Pronto daremos cuenta de alguna de ellas.

Recibido de abogado en 1913, presenta su tesis *Ensayo histórico sobre la legislación comercial argentina*, que merece el premio Facultad. A poco comienza su carrera docente que culmina en 1947 como Profesor Titular de Finanzas. Hasta ese año y desde 1920 se había desempeñado como Profesor Extraordinario de la Cámara de Legislación del Trabajo de la que era titular el Dr. Carlos Saavedra Lamas. Las clases eran modelo de fondo y forma. La precisión de sus conceptos, que trasuntaban una formación intelectual superior, y un conocimiento de la materia —entonces en formación— que exigía ser jurista y economista, conferían a sus exposiciones un interés permanentemente renovado.

Nunca se sustrajo al cumplimiento de sus obligaciones docentes.

En la tarea por momentos agobiante de las mesas examinadoras, la presencia del Profesor Acevedo aseguraba a los alumnos una nota de templanza y comprensión que contrastaba con la actitud impaciente de alguno de sus colegas ante preguntas contestadas insuficientemente por los examinados.

Para entonces la designación del Dr. Saavedra Lamas como Rector de la Universidad de Buenos Aires, y las urgencias de ese cargo, motivaron que el Dr. Acevedo asumiera mayores responsabilidades en la cátedra y renovó así, una vez más, su autoridad como Profesor eminente. Y lo era también en los órganos directivos de la Universidad de Buenos Aires, de cuyo Consejo Superior formó parte entre 1931 y 1936, y en nuestra Facultad de Derecho al integrar su Consejo en 1923-1925.

Quizás por ello, nada más oportuno y grato a su memoria en este campo de su acción universitaria que atribuirle, a él mismo, las palabras que pronunció Manuel Quintana en homenaje de su antepasado el codificador Eduardo Acevedo

al sostener en el Congreso de la Nación: "Como abogado, el Dr. Acevedo siempre ha levantado la voz en obsequio de la verdad y el derecho, era una inteligencia y una sensibilidad mucho más arriba de la escala común... Todos los abogados que se han formado en este país de algunos años a esta parte y que ocupan un asiento distinguido en el Foro y en la Magistratura de la República, aún en este mismo Congreso han escuchado de sus labios sanas y muy sabias doctrinas".

Los hombres de mi generación podemos decir lo propio del Dr. Carlos Alberto Acevedo. Y no es poco.

Sus trabajos de investigación y sus publicaciones guardaban el nivel de perfección que perseguía en todo su obrar. Desde *Hipotecas a oro*, en colaboración, publicada en 1917; *Instituciones políticas de los países anglosajones*; *Consejo de Familia*; *Interpretación de los contratos*; hasta su memorable conferencia sobre el *Centenario del Código de Comercio* publicada en nuestros "Anales", para citar sólo alguno de los títulos con que enriqueció nuestra nomenclatura jurídica y económica, demuestran cabalmente que su inquietud intelectual no se agotaba en el quehacer estrictamente docente, y adviértase que todo era llevado a cabo sin mengua, por momentos, de una intensa vida pública.

Ahora me referiré a ella.

El Dr. Acevedo fue miembro del Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires —1922-1926—, Subsecretario del Ministerio de Hacienda de la Nación y miembro del Directorio del Banco de la Nación Argentina del que fue Vicepresidente en 1936. Interin integró la Comisión Redactora del Código del Trabajo —1927-1928— y fue Delegado a la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra en 1928.

En dos oportunidades ocupó el Ministerio de Hacienda de la Nación, y en las dos deja la impronta de un hombre público, capaz de actuar con *sindéresis* en momentos de mayor complejidad.

Al promediar 1937, renuncia al Ministerio de Hacen-

da para presentar su candidatura presidencial su titular el Dr. Roberto M. Ortiz. El Presidente, General Agustín P. Justo, nombra en su reemplazo al Dr. Carlos Alberto Acevedo. Va a ser una gestión breve. El período presidencial finaliza el 20 de febrero de 1938. La gestión de Acevedo será corta pero brillante y fecunda.

En poco tiempo acomete una acción y adopta medidas trascendentales.

La totalidad de la deuda consolidada argentina se convierte a menores tipos de interés. Se practica un severo ajuste del gasto público que sólo alcanza a 983 millones de pesos moneda nacional para 1937. Ese año la moneda nacional se valoriza en 0,3 % con relación al oro. Se rebajan los impuestos y el gravamen de la nafta —el litro cuesta 0,23 centavos m/n—, permite construir en pocos años una red de caminos superior en extensión y valor a todos los existentes en 1930. El Ministro Acevedo advertirá que al 31 de diciembre de 1937 no existía en la Tesorería General de la Nación ni una sola orden que no hubiese sido cumplida, ni una sola cuenta que no hubiese sido pagada<sup>1</sup>, y que el equilibrio del ejercicio 1937 estaba asegurado.

Su labor ministerial no culmina sin antes presentar el presupuesto para 1938. El 20 de enero, a treinta días de finalizar el mandato presidencial, el Congreso comienza su tratamiento. Es el debut parlamentario del Ministro. Los diarios del 21 dan cuenta así: "Habló el Dr. Acevedo, como hombre hecho a las lides parlamentarias y conocedor avezado en esos debates en que es preciso salvar con ingenio las dificultades opuestas por el temor. Su preocupación por la precisión de las cifras, el tono convincente de sus afirmaciones, la severidad con que vertió argumentos destinados a levantar cargos dieron a su exposición el debido realce... Daba la sensación absoluta del dominio de la materia y de la justeza de sus conocimientos. A todo lo largo de su dis-

<sup>1</sup> "La Nación", 6 de enero de 1938.

curso se veía la preocupación del método. Expositor eficaz, logró la mejor impresión de todos los sectores”<sup>2</sup>.

Acevedo, como Ministro, acreditó ante el Congreso, por la claridad de sus conceptos y la hondura de su exposición, que era también un avezado orador parlamentario y un profundo conocedor de las necesidades económicas del Estado.

El 8 de febrero el Poder Ejecutivo promulgaba la ley 12.360 del Presupuesto de la Nación para 1938...

El Dr. Acevedo acrecentó aún más su prestigio y pronto es llamado para otras importantes funciones.

Designado por el Poder Ejecutivo su representante ante la Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires, preside este controvertido organismo con la prudencia que puso siempre en la función de gobierno. Su gestión merece en el Congreso de la Nación —ante una aseveración del Diputado Santiago Fassi sobre lo feliz de aquel nombramiento— el siguiente juicio del Diputado Américo Ghioldi: “Lo acepto. Es un hombre competente y honesto”.

Este juicio de un Diputado opositor convalida toda una difícil gestión.

Y ahora, permítaseme una digresión. Cuando el Bachiller Sansón Carrasco le comenta a don Quijote que algunas personas piensan que nunca segundas partes fueron buenas, cabe a nuestro recordado maestro demostrar que no siempre fue así al ser nominado por segunda vez Ministro de Hacienda.

En efecto, a comienzo de 1941 el Vicepresidente en ejercicio del Poder Ejecutivo Dr. Ramón S. Castillo modifica su gabinete y Carlos Alberto Acevedo sucede al Dr. Federico Pinedo en esa cartera.

Si uno revisa los diarios de la época y la correspondencia del Dr. Acevedo —a la que he tenido acceso por gentileza del Dr. José Alfredo Martínez de Hoz—, advierte la aquiescencia que originan en todos los sectores las medidas que propicia el Ministro, y el entusiasmo que despiertan en

<sup>2</sup> “La Razón”, 21 de enero de 1938.

las entidades profesionales y empresarias los proyectos que el Poder Ejecutivo eleva al Congreso así como los decretos que son dictados en su órbita.

Alejandro E. Bunge —el reputado economista— señala la "...honda satisfacción de ciudadano y economista, por la dirección del Poder Ejecutivo en el orden de la economía nacional, de la moneda y de las finanzas"<sup>3</sup>. Y mientras el Colegio de Doctores de Ciencias Económicas y la Corporación de Rematadores aplauden sus proyectos de ley que versan sobre la unificación de los impuestos y tasas que gravan a la propiedad raíz en la Capital Federal, y sobre la creación de la Dirección General de Suministros del Estado, la Unión Industrial declara su reconocimiento y satisfacción por los proyectos —sometidos al Congreso— originados en Hacienda referentes al draw-back, al crédito industrial y anti-dumping por su trascendental importancia para el fomento y la seguridad de la industria.

Pero, quizás, la más audaz operación financiera para la época es la que realiza el Ministro Acevedo el 5 de noviembre de 1941 cuando refrenda el decreto sobre la conversión de los títulos de la deuda pública interna y de las cédulas del Banco Hipotecario Nacional reduciendo el interés de los mismos al 4 %. La conmoción que produce cuando lo anuncia por radio a todo el país el 6 de noviembre de 1941 es seguida de una total aprobación. Prueba de ello es la nota del Centro Argentino de Ingenieros que califica esa medida de "...nuevo acierto que se suma a la brillante obra realizada en su difícil gestión ministerial".

Miguel Ángel Cárcano a la sazón Embajador en Francia le escribe desde Vichy el 13 de enero de 1942. La entrañable amistad que los une no nubla por lo certero el juicio que le formula:

"La conversión —dice Cárcano— que acabas de realizar es la obra más importante del Gobierno. Ha sido hecha con elegancia y eficacia. Aquí se valora en todos sus detalles.

<sup>3</sup> Carta del Dr. Alejandro E. Bunge del 8 de junio de 1942.

Es un acto de gobierno limpio, claro, grande, útil, sin precedentes en nuestra historia. Los beneficios se sienten ya y cada día que pasa serán mayores. Has creado una escuela aventando magos y nigromantes, de ciencia infusa y oscura, demostrando que cuando se estudian a fondo los asuntos con capacidad y honestidad, no es necesario presionar ni engañar y que el mejor negocio para el Estado es también el mejor negocio para los individuos”.

Y así sin estridencias, pero con una competencia e idoneidad sobresalientes, finaliza su gestión cuando se interrumpe el orden constitucional el 4 de junio de 1943.

Vuelve a la vida privada. A la Cátedra, a sus libros.

Era un bibliófilo entusiasta.

Pasaba largas horas en la biblioteca de su residencia de Barrio Parque, la que trasuntaba el señorío de sus dueños y que hoy constituye una cita obligada para los conocedores del arte y la arquitectura.

También fue el Dr. Acevedo miembro fundador de la Asociación Amigos del Arte de Buenos Aires, que tanta influencia cultural alcanzó en nuestro medio.

El 20 de diciembre de 1944 es designado Académico de Número de nuestra Corporación.

Ocupa el sitial cuyo patrono es el Dr. Eduardo Acevedo, el codificador. Se posibilitó así la circunstancia de que los nombres de dos descendientes directos del Fiscal de la Audiencia de Charcas D. Tomás Álvarez de Acevedo, que inició el expediente de creación del Virreinato del Río de la Plata, quedaran desde entonces unidos en una de las instituciones del quehacer jurídico de mayor prestigio de la Nación.

Carlos Alberto Acevedo había acreditado méritos propios para acceder a tan alto honor con servicios tan señalados como los prestados por sus antecesores al país.

Se fue el 5 de octubre de 1965. Abrigó hasta el final los ideales que alentaron su juventud, aquellos que lo llevaron a afiliarse al Partido Demócrata Progresista y que mantuvo toda su vida, ajeno ya a la política militante pero

sostenidos por una conducta que tenía como valor supremo la virtud y la prudencia, valores que para Montesquieu son la esencia misma de la República.

Así pasó por la vida este auténtico republicano y así lo recordamos hoy a cien años de su nacimiento sus pares de esta Corporación.



## DOCTOR RAFAEL BIELSA

*Por el académico Dr. Miguel S. Marienhoff*

Voy a recordar a un gran jurista que perteneció a esta Academia Nacional de Derecho y a cuyo respecto próximamente se cumplirán cien años de su nacimiento.

Me refiero al Dr. Rafael Bielsa, nacido en Santa Fe el 19 de noviembre de 1889.

Se graduó en la Facultad de Derecho de esta ciudad de Buenos Aires. Presentó su tesis doctoral en septiembre de 1918, y no obstante que después resultó un esclarecido juspublicista, dicha tesis versó sobre un tema de derecho privado: *La culpa en los accidentes del trabajo*. Se la dedicó a los doctores Carlos Ibarguren y Marcial R. Candiotti. Fue publicada en esta Capital Federal en 1919, editada por J. Lajouane y Cía. Trátase de un serio y razonado estudio, cuyo contenido ya anuncia al notable jurisconsulto de años próximos.

El hecho de que, para doctorarse, Bielsa eligiera un tema de derecho privado, y la circunstancia de que luego dedicara su vida al derecho público —en cuyo tratamiento sobresalió—, pone de manifiesto una actitud no común que ya particulariza a dicho jurista, pues en la generalidad de los casos la tesis doctoral es un anticipo de la específica vocación científica del novel graduado. Bielsa se apartó de esa modalidad, brillando luego con luz propia durante el res-

to de su vida a través de investigaciones y publicaciones en el campo del derecho público (administrativo y constitucional). En ese orden de ideas, sus trabajos son innumerables, de abrumadora cantidad. Pero desde un principio, al apartarse de lleno y definitivamente del derecho privado ubicándose en el derecho público, Bielsa se alejó de la común forma de actuar, dándole así una nota “particularizada y original” a su modo de ser.

\* \* \*

Cualesquiera hayan sido los resultados y el acierto de sus afirmaciones y conclusiones, lo exacto es que Bielsa en nuestro país fue un creador y un organizador en la disciplina jurídica de su predilección.

Cuando él prácticamente se dedicó a los estudios y publicaciones sobre derecho administrativo —lo que ocurrió en 1921, con la aparición de la primera edición de su *Derecho Administrativo y Legislación Administrativa Argentina*, de la que se hicieron seis ediciones—, en nuestro país esta disciplina aún se mantenía inorgánica y superficial: hasta ese momento, con muy rarísimas excepciones —entre las cuales cuadra mencionar el noble trabajo de Bullrich, titulado *La Responsabilidad del Estado*, aparecido en 1920—, hasta ese momento, decía, el tratamiento o estudio de esa rama del derecho respondía al desprestigiado método exegetico, hallándose ausente toda expresión del método jurídico, dogmático o lógico. Bielsa orientó sus estudios en base a este último método. Se le dio, así, preferencia a los “principios” antes que a la mera letra de la ley. Se comenzó a sustituir el culto de la “ley” por el culto del “derecho”. Fue un nuevo enfoque de los problemas juspublicísticos.

\* \* \*

Personalmente le estoy profundamente reconocido al doctor Bielsa por el honor que entonces me dispensó al aceptar prologar mi tesis doctoral, sin todavía conocerme per-

sonalmente y sin conocer aún el contenido de ese trabajo mío.

Cuando originariamente le escribí pidiéndole ese prólogo, antes de contestarme si aceptaba o no me preguntó por qué lo elegí a él como prologuista; luego, después que conversamos personalmente un rato sobre esto y cambiamos algunas ideas, me dijo que, en principio, estaba conforme en prologar mi tesis doctoral, pero que antes de contestarme definitivamente deseaba examinarla.

Le dije que lo elegí a él porque a través de sus publicaciones sobre derecho administrativo yo consideraba que él era quien mejor podía opinar en nuestro país sobre los temas de mi estudio. Tan pronto como examinó mi trabajo, me dio su conformidad para prologarlo.

La redacción de ese prólogo requirió más o menos seis o siete meses durante los cuales hablamos mucho sobre diversos aspectos de su contenido y sobre cuestiones de derecho en general: fue un útil intercambio de opiniones, especialmente para mí que, por estar viviendo desde muchos años en el sur del país, hallábame sediento por escuchar en forma personal y directa a maestros del derecho. El prólogo en sí trata importantes y novedosos temas jurídicos, que posteriormente dieron lugar a debates más amplios, incluso entre Bielsa y yo, y con intervención de otros juristas, como Benjamín Villegas Basavilbaso y los maestros uruguayos de derecho administrativo Aparicio Méndez y Enrique Sayagués Laso. A raíz de cierto tema considerado en ese prólogo, el jurisconsulto uruguayo Aparicio Méndez—que después fue Presidente de Uruguay— escribió un interesante opúsculo, uno de cuyos ejemplares me hizo llegar con amable dedicatoria manuscrita.

Como dije en aquella época yo aún estaba radicado en la Patagonia, en Río Gallegos, trabajando como abogado en los Territorios o Gobernaciones Nacionales de Santa Cruz y Tierra del Fuego, oportunidad en que fundé el primer Colegio de Abogados y Procuradores de dichos Territorios, del que fui designado presidente. Ante mi propuesta,

en el acto de la fundación nombramos miembros honorarios de nuestro Colegio a tres jurisconsultos de Buenos Aires de gran influencia entre los profesionales que entonces actuábamos en el lejano Sur: esos jurisconsultos fueron Raymundo M. Salvat, Juan Carlos Rébora y Rafael Bielsa. Los tres aceptaron generosa y bondadosamente el modesto nombramiento, y nos mandaron de regalo algunos libros para la incipiente biblioteca. Esos tres esclarecidos juristas, por su producción científica y nombradía eran admirados por quienes trabajábamos en la Patagonia austral: sus obras eran constantemente utilizadas en nuestra labor diaria. Yo diría que tanto Salvat, como Rébora y Bielsa —y posiblemente también Tomás Jofré—, a través del uso que hacíamos de sus obras, contribuyeron en gran parte a la juridización del ambiente forense patagónico, que hasta entonces era muy rudimentario. Bielsa, pues, fue uno de nuestros elegidos. Pero nunca me imaginé que algún día yo llenaría en esta Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires el sitial vacante por fallecimiento del doctor Juan Carlos Rébora, uno de los miembros honorarios que designamos al fundar el lejano y modesto Colegio de Abogados y Procuradores de Santa Cruz y Tierra del Fuego.

\* \* \*

El progreso de la teoría del derecho administrativo fue concretándose a través de la solución de diversos e importantes problemas que constituyeron y representan otros tantos hitos en el desarrollo de esa disciplina. El estudio o la solución de esos problemas dieron lugar a verdaderas querellas doctrinarias, donde casi siempre es dable advertir la presencia de Bielsa, quien nunca eludió la expresión de sus puntos de vista. Es éste uno de sus grandes méritos.

Para poder luego sentar conclusiones precisas, nuestra disciplina requería aclarar diversas y fundamentales cuestiones, cuya solución aún hallábase en la penumbra. Entre tales cuestiones estaban las siguientes: quién es el sujeto o titular de las cosas o bienes integrantes del dominio públi-

co; cuál es en nuestro país el fundamento positivo de la responsabilidad extracontractual del Estado; qué debía entenderse por caducidad y qué por revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y cuándo procede cada una de ellas y cuáles eran sus respectivas consecuencias; cuál es, en nuestro país, el fundamento positivo de la teoría de la imprevisión en el campo del derecho público; a qué Poder le corresponde en nuestro país, en el orden nacional, la creación de entidades autárquicas institucionales ¿al Legislativo o al Ejecutivo?; cuál es la estructura del acto administrativo, tanto en su formación como en sus efectos, es decir si dicho acto —como lo pretendía la doctrina ampliamente mayoritaria— es siempre unilateral o si por el contrario, como lo sosteníamos unos pocos —Bielsa entre éstos—, también es posible la existencia de actos administrativos bilaterales, tanto en su formación como en sus efectos. Todas esas trascendentales cuestiones hallábanse sin una respuesta definitiva, dificultando así la estructuración integral de la teoría del derecho administrativo.

Pero esos fundamentales problemas fueron planteados y resueltos entre nosotros; y después de delicadas discusiones y controversias —a veces llenas de calor y entusiasmo— recibieron la solución propuesta por los estudiosos y requerida por la técnica jurídica. En esas lides científicas el intérprete casi invariablemente hallará la opinión de Bielsa, cuyo parecer es y fue siempre respetado y respetable. También yo intervine en la mayor parte de esas polémicas.

En el tratamiento de esos temas frecuentemente hemos disentido entre nosotros, oponiendo nuestras respectivas opiniones. Pero en todas esas divergencias científicas, en ese afán desinteresado por alcanzar la verdad, no hubo ni hay estudioso alguno que pueda considerarse vencedor o ganancioso, ni vencido o perdedor: el triunfo fue de todos, porque el éxito logrado descansa sobre los aciertos y los errores de todos los que expusieron sus opiniones, lo cual permitió a cada uno meditar y ordenar las soluciones definitivas. El verdadero triunfador o vencedor fue el interés

público o general —la comunidad organizada—, que en lo sucesivo tendría bases sólidas para sus conclusiones. Corroborando esto, es fácil comprobar que los tribunales de justicia muchas veces fundamentan sus decisiones en la opinión de los juristas que, silenciosamente, se dedicaron al estudio y solución de los respectivos problemas.

\* \* \*

En cierta época traté mucho al doctor Bielsa. Generalmente nos reuníamos a cenar en compañía del doctor Benjamín Villegas Basavilbaso. Siempre hablábamos sobre cuestiones de derecho, y a veces discutíamos entre los tres acerca de algún problema. Recuerdo que en cierta oportunidad Villegas Basavilbaso preguntó si existe algún caso en que el Presidente de la República puede emitir válida y eficazmente un acto sin el refrendo ministerial. La discusión de ese tema fue larga y a mí me satisfacía escuchar las afirmaciones y recíprocas objeciones que se formulaban esos maestros eminentes. Llegamos a la conclusión de que el caso planteado existe, y se concreta en el cúmplase que el Presidente le dé a una decisión del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.

\* \* \*

Bielsa era un gran hombre, y como todos los grandes hombres tenía una personalidad inquieta, a veces con aristas. Sólo los mediocres gozan de una personalidad plácida, tranquila, sin alternativas.

La inquietud de Bielsa a veces lo hacía aparecer como agresivo. Pero no era agresivo: era espontáneo y de fácil reacción. Estaba en constante actividad mental. No quería perder tiempo. Consideraba menester utilizar todos los instantes. Diríase que no deseaba dejar espacios temporales vacíos de una labor útil. De ahí su extraordinaria producción jurídica. Según él me dijo, para escribir también utilizaba la

duración del viaje en ferrocarril desde Buenos Aires hasta Rosario, donde él se domiciliaba.

Recordemos al doctor Rafael Bielsa como a uno de los grandes maestros del derecho que tuvo nuestro país, y como uno de los pilares del derecho administrativo argentino. Nuestro derecho público —administrativo y constitucional— le debe mucho, y con toda justicia podemos tener a Bielsa como ejemplo del jurista que dedicó su vida al perfeccionamiento del derecho y al mantenimiento de la pureza de nuestras instituciones.





## DOCTOR PABLO CALATAYUD

*Por el académico Dr. Elías P. Guastavino*

Por determinación del señor Presidente me corresponde la alta misión de evocar al académico Dr. Pablo Calatayud, prestigiosa figura del foro, de la universidad y de la política.

Groussac en *Los que pasaban* advirtió que “recordar es vivir”. Es eso y es más: rememorar a quienes nos precedieron con honor es suscitar en nosotros las mejores fuerzas por la reminiscencia de sus calidades.

Pablo Calatayud, que había nacido en Montevideo el 11 de marzo de 1889, obtuvo con diploma de honor el doctorado en jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, donde comenzó la docencia en carácter de profesor adjunto de derecho civil en 1917 y accedió a la titularidad en 1924. Fue también consejero de la Universidad hacia 1923 y poco después optó por la ciudadanía argentina.

La hombría de bien, la versación en derecho civil e industrial y la irreprochable conducta ciudadana lo destinaron a elevados desempeños profesionales. No fue ajeno a los requerimientos públicos. Encabezó la intervención federal en Catamarca y tuvo a su cargo el Ministerio de Obras Públicas de la Nación.

Alumno de Héctor Lafaille en el primer curso de derecho civil, como buen profesor supo asimismo formar

excelentes discípulos, entre los que debe recordarse a la doctora Margarita Argúas que fue la primera integrante femenina de la Corte Suprema de la Nación y se sumó con brillo a la Academia.

Distinguido por los gobiernos de Suecia e Italia con sendas condecoraciones, el Dr. Calatayud fue miembro de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, asesor y síndico de importantes empresas, socio honorario del Colegio de Abogados de Buenos Aires, y en 1942 designado miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Por largos y lúcidos años, hasta su deceso en 1979, aportó a la corporación el prestigio de su personalidad, y el estímulo de su infatigable laboriosidad.

Conformaron su producción jurídica múltiples y serios estudios entre los que se destacan los de derecho sucesorio, marcario y de la ley de moratoria hipotecaria.

El curso de *Sucesiones*, cuya versión taquigráfica se publicó en 1933, revela una visión integral de la materia, el dominio de la doctrina romanística y germana, y el profundo estudio del anteproyecto de Bibiloni.

La disertación sobre *Régimen jurídico de la sociedad conyugal* del 24 de noviembre de 1967 en la Academia, plena de la sagacidad que es resultado de una intensa experiencia forense, lo coloca como precursor inmediato de la reforma del año siguiente en cuanto a otorgar a la sentencia de divorcio efecto disolutorio de la sociedad conyugal (art. 1306 del código civil, según ley 17.711), e igualmente como mediato guía de innovaciones que recibirán sanción legal varios años más tarde, en 1987, al establecerse que el abandono de hecho, aun sin divorcio, es causa legítima de disolución de dicha sociedad conyugal (art. 1294 del mismo código, según ley 23.515). En aquella conferencia de 1967 subrayó la importancia del art. 1262 por el que Vélez Sarsfield, apartándose de Freitas, confirió relevante función integradora del régimen de la sociedad conyugal a las normas de la sociedad civil.

Un ilustre jurista en su libro *La fe en el derecho*, al analizar la galería de distinguidos letrados observaba que los hay que prefieren simplificar sus escritos, reduciendo sus defensas o ataques a los puntos esenciales en litigio y confiando en la fuerza de un argumento básico, como quien juega todo a una sola carta, y agregaba que la mayor parte de quienes así proceden lo hacen por pereza intelectual y por no entender cabalmente los deberes del abogado.

No fue ése el carácter del Dr. Calatayud según el testimonio de los que conocieron su tarea de abogado, que jamás cedió en la defensa de los problemas que había aceptado patrocinar.

Si fuera necesaria una prueba documentada de ello, bastaría traer a la memoria la comunicación que, próximo a cumplirse sesenta años de su primera clase en la Facultad, dirigiera en 1976 a esta Academia el Dr. Calatayud, como fruto del rol de abogado triunfante respecto del pago en pesos oro del premio de un seguro de vida.

Para justificar la especie de homenaje que se le rinde tal vez sea oportuno concluir repitiendo el pensamiento de otro maestro del derecho sucesorio, oriundo como Calatayud del Uruguay, el Dr. Irureta Goyena: "Un país que corta sus amarras con el pasado, es un país que muere en cada generación, que empieza y no continúa, que se olvida de lo que iba diciendo, que vive sólo en el presente, que es una manera de no haber vivido nunca y de no llegar a vivir jamás".



## DOCTOR AGUSTÍN N. MATIENZO

*Por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ha resuelto, justicieramente, evocar a cinco de sus antiguos miembros de número de quienes, en este año, se cumple el centenario de su nacimiento.

Me corresponde tomar a mi cargo el homenaje al doctor Agustín Nicolás Matienzo, por decisión de la Corporación que estimo altamente honrosa para mí, pues tuve oportunidad de ser su alumno en el curso de Derecho Comercial de quiebras y letra de cambio en la Facultad de Buenos Aires, más tarde, como representante de los estudiantes integré el Consejo Directivo durante su decanato y además, ulteriormente, lo que es motivo de mi particular reconocimiento, fue poco antes de terminar su gestión en el gobierno de la Facultad que obtuve mi primera designación como docente en ella, en el carácter de subencargado del curso de Historia y Constitución Nacional que exigía el plan entonces vigente para el ingreso a la Facultad.

El doctor Agustín Matienzo provenía de una estirpe de juristas eminentes.

Ya en el siglo XVI, su directo antepasado, el licenciado Juan de Matienzo fue relator de la audiencia de Valladolid, y en 1560 pasó a desempeñarse en América, como oidor en la Audiencia de Charcas, centro cultural que con el

andar de los tiempos tanto gravitó en los hombres y acontecimientos de la época de fines del virreinato y comienzo de la vida independiente de nuestra Patria. Juan de Matienzo escribió obras jurídicas de importancia muy grande como *Gobierno del Perú* y varios comentarios a las leyes españolas.

Uno de sus descendientes fue el bisabuelo del doctor Agustín Matienzo, que fue rector de la Universidad de Chuquisaca en la que abrevaron varios de nuestros próceres de Mayo; y uno de sus hijos, que se llamó Agustín, fue Ministro Plenipotenciario de Bolivia en nuestro país y casado con una distinguida dama tucumana, Honorata Alurralde, se arraigó precisamente en Tucumán, y allí nació en 1860 el padre de quien hoy recordamos, don José Nicolás Matienzo, a cuya importantísima actuación en la Corte Suprema, en la Universidad y en el Congreso Nacional omito referirme por ser de todos conocida.

El doctor Agustín Nicolás Matienzo formó su ejemplar hogar con doña Josefina de la Torre, de una tradicional familia cordobesa, con ascendientes de destacada actuación y que prestaron valiosos servicios a la República. Del matrimonio nacieron tres hijos: Agustín, José Nicolás, ambos abogados, y Josefina, que le dieron numerosos nietos.

Luego de obtenido su título de abogado a los 21 años, y de doctor en Jurisprudencia, inició su carrera en la Magistratura donde se desempeñó como secretario de Juzgado en lo Comercial durante nueve años con jueces de la talla de Ricardo Cranwell, Alberto Estrada y Félix Martín y Herrera. En 1923 fue designado Juez Federal en La Plata, al año siguiente Juez de Comercio en Buenos Aires, y en 1925 pasó a integrar la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital hasta octubre de 1933. En varias oportunidades fue Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al terminar su actuación judicial, además del ejercicio de la profesión, tuvo funciones de responsabilidad en importantes empresas.

Tuvo también una acendrada vocación por la docencia,

que comenzó en cátedras de enseñanza secundaria y luego en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde llegó a profesor titular de Derecho Comercial y Director del Instituto de Derecho Comercial.

Representó a la Facultad en Congresos y Conferencias de Abogados, y en 1936 fue elegido Decano de la Facultad y como integrante del Consejo Superior de la Universidad, fue vicerrector, e interinamente rector por enfermedad del titular doctor Vicente C. Gallo.

Su decanato se destacó por la prudencia y eficacia con que ejerció sus funciones de gobierno de la Facultad, lo que aseguró un período de provechosa actividad docente y estímulo a profesores y cursos de seminarios, que eran obligatorios para todos los estudiantes y en los que se produjeron valiosos trabajos, publicados entonces y que aún se consultan con provecho por los estudiosos.

Fue mérito suyo el impulso que dio a la construcción del actual edificio de la Facultad de Derecho, orgullo de nuestra Universidad, para cuya realización coadyuvaron varios profesores que en aquella época desempeñaban funciones de gobierno, debiendo mencionarse al ministro Dr. Jorge Coll, luego al Presidente Dr. Castillo, al Secretario de la Presidencia Dr. José María Paz Anchorena y principalmente por su tesonero empeño en la realización de las obras al Dr. Agustín N. Matienzo.

La actuación académica de éste se desarrolló en nuestra Corporación a la que ingresó en 1936, y llegó a presidir desde 1967 hasta 1970, y posteriormente fue incorporado a las Academias de Ciencias y a la de Ciencias Morales y Políticas, así como, en el extranjero, a la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid.

Dejó trabajos jurídicos de mérito como su obra de *Quiebras y Convocatoria de acreedores*, estudios sobre las leyes inglesas y norteamericanas de bancarrotas, sobre la expropiación en el derecho argentino, estudios sobre patentes de invención y marcas de fábrica, sobre títulos de crédito y numerosos otros.

Puso especial énfasis en asegurar la libertad de enseñanza. Así, dijo en uno de sus discursos académicos:

“La influencia de la Universidad no podría imponerse, si el profesorado no estuviere respaldado por la libertad de enseñar. El Estatuto universitario reconoce esta garantía: el profesor tiene la responsabilidad científica y legal de las enseñanzas y doctrinas expuestas en la clase; le comprende también la propiedad científica, intelectual o literaria de su enseñanza. Pero al mismo tiempo confiere a los consejos directivos la facultad de adoptar las medidas que consideren necesarias, si compromete el decoro o la seriedad de los estudios, o la reputación de la Universidad o de las Facultades.”

Por ello recordaba un elevado concepto de Goyena, que decía: “Las Facultades de Derecho son el baluarte de la libertad... Todo lo que se estudie en ellas reposa en el concepto de que el hombre es un ser libre”. Es que tuvo siempre una profunda preocupación por la necesidad de asegurar la plena vigencia del sistema republicano que consagra nuestra Constitución, con la consiguiente limitación de las facultades de quienes ejercen los poderes de gobierno y deben someterse al imperio de la ley. Así, repitió palabras de José Manuel Estrada, cuando éste sostenía que “El despotismo es esencialmente malo, porque una experiencia jamás desmentida comprueba que las presiones morales y las presiones legales están en razón inversa. Para ser moral es necesario ser libre”, y por su parte añadía el doctor Matienzo “La libertad no es el abuso ni la licencia; es el efecto de una educación y de una cultura reguladora de los sentimientos sanos y nobles. Es la libertad que se necesita para la democracia ideal, que no debe confundirse con una realidad viciada por el sensualismo y los apetitos egoístas”.

Pero además de su profusa actuación debo señalar como rasgo fundamental de su personalidad, su honda preocupación por la supremacía de los valores morales. En un discurso que pronunció en abril de 1940 en ocasión de un homenaje de la Facultad a profesores que habían llegado a cumplir veinticinco años de consagración a la cátedra universitaria dijo:



“La ciencia y el carácter hacen libres a los hombres. El derecho es patrimonio de los hombres libres. La cultura no es compatible con quienes se doblegan ante la tiranía”. E insistió en esa misma oportunidad en que “el sentido ético debe corresponder a la enseñanza, y obvio es declarar que toda la libertad de enseñar debe tender, además de formar las bases de nuestra nacionalidad y de las instituciones que nos rigen, a formar el carácter de la juventud que será dirigida y encauzada desde la cátedra, cuanto que no es suficiente para el ciudadano el solo cultivo de la inteligencia, por la exclusiva aprehensión de los principios de la ciencia del derecho”.

Por haber ajustado su vida y su conducta a estas elevadas pautas, es que mantendremos siempre el imborrable recuerdo del doctor Agustín Nicolás Matienzo.



## DOCTOR JUAN SILVA RIESTRA

*Por el académico Dr. Jorge M. Mayer*

Cien años, dilatados y fugaces, han pasado desde el nacimiento del Dr. Juan Silva Riestra el 10 de abril de 1889.

De su formación correntina trafa la altivez y la cortesía, el carácter pronto y el abrazo generoso. Ejemplo de jurista, como gran hombre de leyes reaccionaba instintivamente con ardor contra toda injusticia, se indignaba con candor inagotable ante las pequeñeces humanas.

El recuerdo de su prestancia y de su voz pervive entre nosotros. Aún escuchamos sus coloquios con Mariano Drago, Felipe Espil y Alberto Padilla, su defensa de los grandes principios institucionales y de la libertad.

Su *cursus honorum* es excepcional, eximio profesor de Derecho Penal y miembro de la Asociación Argentina de Criminología, fue designado también miembro de la Comisión encargada de proyectar el Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires y luego del Código de Procedimiento Criminal para la Capital.

Consejero de la Facultad de Derecho, miembro de esta Academia y de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, fue también miembro del Instituto de la Universidad de París en Buenos Aires y del instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano. Presidente del Centro Corren-

tino General San Martín, fue Asesor de Gobierno y Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires, abogado jefe del Banco de la Provincia, Director de la Fundación del gobierno argentino en la ciudad universitaria de París y Asesor Legal del Ministerio de Justicia en las presidencias de los doctores Ortiz y Castillo. Director jurídico de la Universidad de Buenos Aires hasta su fallecimiento.

Hombre de letras y hombre de bien, profundamente religioso, sostuvo importantes obras de beneficencia y costó la edificación de la Capilla del Hospital San Juan de Dios en Ramos Mejía.

Con un infatigable espíritu catequista, creía en la buena palabra y en los generosos sentimientos. Ha dejado valiosos estudios sobre los temas de su vocación que publicó en distintas revistas.

Descolló en los últimos años como un notable conferenciante. Tenía la postura intelectual, el noble gesto, las inflexiones de voz, la magia de los grandes conferenciantes que cautivan al público con una palabra sabia y armoniosa.

Esta Academia ha reunido en un volumen, con el título de *Académicos de Derecho y Hombres de Gobierno*, sus conferencias sobre Roque Sáenz Peña, Luis María Drago, Manuel Quintana, Victorino de la Plaza, Carlos Octavio Bunge, Domingo Faustino Sarmiento, el General Julio A. Roca y Fray Mamerto Esquiú, entre otros.

Estas conferencias son una magistral lección de derecho vivo, que remozan lúcidamente el trasfondo humano y los resortes de nuestra evolución institucional, los dolores y los júbilos que han bordeado el camino de la Patria y las razones del acierto de sus grandes gobernantes.

Es su mayor, su legado perenne. El tiempo y los recuerdos que evoca con tanto donaire no pasarán y merecen leerse y meditarse con una detenida devoción en estos años de crisis, porque son una brújula en medio de la tormenta.

Según sus palabras, las obras de los próceres son como las señales que pusieron en las cartas marinas los primeros navegantes, que hicieron la travesía por los mares descono-

cidos y marcan los escollos que deben evitar los bajeles para llegar al buen puerto de la paz y las doradas mieses.

Falleció en la ciudad de Corrientes, en sus viejos lares, hacia donde había viajado unos días antes, movido por una extraña premonición, el 8 de junio de 1968. Fue un jurista, un caballero y un patriota.



V

**OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS**





## EMERGENCIA ECONÓMICA Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A.  
García Belsunce, en el Rotary Club de Buenos Aires,  
el 22 de noviembre de 1989*



La ley 23.697 que declara la emergencia económica implica poner en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado “con el fin de superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece”.

La única emergencia que explícitamente reconoce la Constitución Nacional es la proveniente de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella, que permite declarar en estado de sitio la provincia o territorio donde exista la perturbación del orden, quedando suspendidas allí las garantías constitucionales (art. 23). Puede haber otras emergencias que, no previstas en la Constitución, se vinculan con el llamado estado de necesidad y que han dado lugar a medidas de seguridad o legislaciones de emergencia. Bielsa decía que el estado de necesidad es legitimado frente a un hecho extraño a la voluntad directa del Estado, hecho que entraña para la conservación de éste o de la colectividad a él referida un peligro grave e inminente, ya sea respecto del orden público interno, ya cuando esté amenazada su integridad política e institucional u orden internacional.

Joaquín V. González ya preveía la existencia de reglamentos de necesidad o urgencia, casos en los que el poder ejecutivo podía invadir a su criterio la esfera legislativa y

aun creer necesario anticiparse a la sanción de una ley a condición de la ulterior aprobación de los decretos por el Congreso. Pero, en nuestro caso, la emergencia ha sido declarada por ley y lo que cabe considerar es la validez de las medidas de emergencia que en mérito a la ley se adopten cuando ellas de algún modo, mayor o menor, lesionen garantías constitucionales, en particular, derechos adquiridos.

La emergencia económica y social no es una novedad en la Argentina. En 1922 la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la ley de alquileres 11.157 que fijaba precios a las locaciones, sosteniendo que si bien, en principio, la determinación del precio es facultad privativa del propietario, un atributo del derecho de usar y disponer de sus bienes y un aspecto de su libertad civil, en circunstancias especiales en que por dedicación de la propiedad privada a objetos de interés público o por las condiciones en que ella es explotada, se justifica y hace necesaria la intervención del Estado en los precios, en defensa de intereses vitales de la comunidad (caso "Ercolano vs. Lanteri de Renshaw"). En notable disidencia el presidente de aquella Corte Suprema, doctor Antonio Bermejo, sostuvo que la escasez de vivienda en un momento dado puede ser sobreabundancia en otro y la misma razón de Estado llevaría a disponer autoritariamente el aumento del alquiler, lo que en definitiva significaría la desaparición de propietarios e inquilinos reemplazados por el Estado, concluyendo que se alteran las garantías constitucionales al fijar por ley el precio de ese uso sin la voluntad del dueño y para beneficiar a otro, privándole de un elemento esencial de la propiedad sin sentencia que lo autorice y sin previa indemnización.

Pocos meses después, en la causa "Horta vs. Harguindeguy", sostuvo la tesis contraria alegando que en las leyes de policía o de interés público, el poder para dictarlas era siempre sometido a la restricción que importa la garantía constitucional, de suerte que no es permitido aplicarlas o interpretarlas de tal manera que destruyan el derecho adquirido, o que produzcan el efecto de privar de algo que

constituya una propiedad. Sin embargo, al discutirse la constitucionalidad de la ley 11.741, de moratoria hipotecaria (caso "Avico, Oscar vs. de la Pesa, Saúl") volvió a la primera jurisprudencia señalada, declarando constitucional la ley de moratoria, tanto en las disposiciones que acordaban una extensión de plazo para los deudores hipotecarios como en las que modificaban la tasa de interés. En este fallo se registró también la disidencia del entonces presidente del Tribunal, doctor Roberto Repetto, quien sostuvo, defendiendo la constitucionalidad de los derechos adquiridos, que la emergencia no crea el poder ni tampoco aumenta o disminuye la extensión acordada a una facultad; sólo da causa al ejercicio de los poderes que expresa o implícitamente se hallen acordados en el instrumento constitucional.

En 1957 señaló el Alto Tribunal que el gobierno está facultado para establecer la legislación que considere conveniente, tanto en las situaciones ordinarias como en las de emergencia, cuando el límite de tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la misma Constitución contiene en salvaguarda de las instituciones libres (caso "Perón, Juan Domingo").

Es en la causa "Russo, Ángel vs. Delle Donne" donde la Corte con más precisión señala las características y límites del estado de emergencia. En primer lugar, destaca y esto debo resaltarlo, que las garantías constitucionales *no se encuentran suspendidas* en el estado de emergencia como en el estado de sitio, de lo que me cabe concluir que sólo pueden ser *limitadas*. El fallo señala cuatro recaudos que debe cumplir la situación de emergencia para que ella pueda prevalecer sobre los derechos constitucionales y que son los siguientes: a) que la emergencia sea declarada por *ley*; b) que ella sea *transitoria* y por ende transitorias las medidas excepcionales que se adopten; c) que persiga *un fin público* que contemple los intereses superiores del país y d) que sea *razonable* el medio elegido por el legislador, en el sentido de que haya una adecuación lógica de tal medio al fin público perseguido o una debida equivalencia en-

tre el fin público perseguido y los efectos derivados de la medida de excepción.

Las limitaciones de tiempo me imponen poner fin al análisis teórico del tema de la emergencia general y los efectos sobre las garantías constitucionales y, en particular, sobre los derechos adquiridos. Para un análisis más amplio me remito a mi libro *Garantías Constitucionales* (ps. 49 a 104) y al reciente trabajo del Dr. Augusto Mario Morello ("Jurisprudencia Argentina", 11 de octubre de 1989).

En resumen, siendo los derechos constitucionales relativos, pero atento a que la relatividad en que se fundamentan las leyes que los regulen o reglamenten no puede llegar a alterarlos (art. 28), resulta que la razonabilidad es el límite de la relatividad de los derechos constitucionales. La razonabilidad es el parámetro de justicia de toda norma jurídica. Lo que es razonable es constitucional y lo que es irrazonable es inconstitucional. Como lo hemos visto, determinar cuándo hay o no razonabilidad es una cuestión de hecho derivada al criterio del juzgador.

De lo que antecede puedo concluir que la limitación (no suspensión) de los derechos o garantías constitucionales como consecuencia de una ley de emergencia económica y social es constitucional en tanto y cuanto esa limitación sea transitoria y razonable. Sólo y únicamente así puede considerarse que la limitación no cercena el derecho que garantiza el art. 28 de la Constitución Nacional.

Para ser más ilustrativo cabría citar algunos ejemplos que derivan de la aplicación de la ley 23.697. Por ello me pregunto:

a) ¿Es razonable o no la suspensión por ciento ochenta días que se dispone de los beneficios acordados por las leyes de promoción industrial a las empresas promovidas, reconociéndoles que como compensación podrán completar el uso de la franquicia suspendida a la finalización del período, recibir certificados de crédito fiscal por el monto equivalente a los tributos abonados con motivo de la suspensión y recibir un reintegro equivalente al monto de salarios y cargas

sociales que pagaren, según los casos? Respondo que sí, en función de la misma compensación que se les acuerda; b) ¿Es razonable o no el congelamiento de alquileres dispuesto por la ley 23.747 que hace aplicable al mes de octubre de 1989 el mismo monto de alquiler que el anterior mes de septiembre, desconociendo las cláusulas contractuales de actualización? Respondo que no, porque si las razones de emergencia dadas por la aplicación del índice inflacionario de agosto (37,5 %) exigían contemplar la situación de los inquilinos de menores recursos, para ello era suficiente prorrogar por un mes la emergencia locativa de la anterior ley 23.680 que redujo en el 50 %, 30 % y 25 %, los montos de actualización para locaciones menores y dio una compensación (vía la creación de un gravamen) a los locadores y no extender ahora el congelamiento a toda clase de locaciones (también las no comprendidas en la ley 23.680, o sea las locaciones suntuarias, grandes establecimientos comerciales y financieros, casas de recreo o de fin de semana, etc.). Parecería que en estos casos no hay una real y efectiva "emergencia".

Para terminar, es indispensable insistir y remarcar que en estos casos se ponen en juego valores jurídicos que aparecen en colisión: el bien común que se busca proteger con las medidas de emergencia, por un lado, y los derechos constitucionales cuya tutela hace al orden jurídico o estado de derecho, por el otro. No es posible en abstracto dar prioridad a un valor sobre el otro. El conflicto jurídico hay que resolverlo sobre la base de armonizar el orden social, que en una emergencia necesita más protección, con la flexibilidad en el ejercicio de los derechos constitucionales, que pueden ser transitoria y razonablemente limitados pero no desconocidos o conculcados, porque sacrificar una garantía individual expresa conduce inexorablemente a la violación de la garantía implícita del orden social y con ello, a negar el bienestar general como fin último de la Constitución Nacional.





## CONDICIONAMIENTO ECONÓMICO JURÍDICO DE UN ORDEN MONETARIO

*Trabajo sobre cuya base el académico Dr. José D. Ray expuso en las Jornadas organizadas por la Comisión Económico-Financiera del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el 1 y 2 de agosto de 1989*



## I. EL TEMA

### 1. *La convocatoria*

Celebramos la iniciativa del Colegio de Abogados de realizar estas Jornadas y nos honra participar en ellas, con los distinguidos colegas de las Academias Nacionales de Ciencias Económicas y de Derecho y Ciencias Sociales de la Ciudad de Buenos Aires \*.

Celebramos la convocatoria porque en estos momentos debe encararse la recomposición del signo monetario ya que puede decirse, sin eufemismos, ni exageración alguna, que la moneda argentina de curso legal no cumple ninguna de sus funciones tradicionales.

El premio Nobel de Economía, Friedrich Hayek, decía que la moneda tiene como funciones servir de unidad de cómputo para la compra de objetos y servicios y conservar reservas a fin de llenar necesidades futuras <sup>1</sup>.

Desgraciadamente, hoy día no tenemos moneda en el sentido de instrumento eficaz para cumplir esas finalidades, y esta falencia crea un gran problema moral y social porque destruye las bases en que se asienta la vida de relación.

\* Las Jornadas fueron organizadas por la Comisión del Colegio que preside el Dr. Enrique Loncan y participaron los Dres. Luis García Martínez, Julio H. Olivera y Juan Carlos Cassagne.

<sup>1</sup> FRIEDRICH HAYEK, *Desnacionalización de la moneda*, Ed. Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires, p. 113.

Es conocida la frase, tantas veces citada y atribuida a Lenin, de que el mejor procedimiento para trastornar las bases de la sociedad es envilecer la moneda.

## 2. *Moneda y derecho*

Y me parece feliz la iniciativa de convocar a economistas y juristas, en razón del lazo estrecho que existe entre "Moneda" y "Derecho".

La moneda es un elemento fundamental para el juego de las relaciones patrimoniales, y las soluciones que deben proponer los economistas con respecto a la estabilidad o recomposición del signo de cambio deben ser instrumentadas o concretadas en normas jurídicas<sup>2</sup>.

## 3. *La depreciación monetaria*

El problema de la regulación y depreciación de la moneda no es nuevo ni propio de Latinoamérica ni de la Argentina.

En la antigüedad era conocida la conducta de los falsos monederos. Desde la época de los romanos y hasta el siglo XVII —dice Hayek— la acuñación de la moneda metálica es la historia del envilecimiento monetario y de la reducción continua del contenido en metal de aquélla<sup>3</sup>. A su vez, la generalización de la inflación en los últimos tiempos y en la mayoría de los países le ha permitido afirmar a Jacques Rueff que vivimos en "la era de la inflación".

Muchos países desarrollados afrontaron crisis graves, quizás la más seria fue la de Alemania después de la primera guerra mundial, pero la inflación que carcome los fundamentos de nuestra vida de relación, desde hace años, ha llegado a extremos tales que, sin exageración, podemos decir que hoy estamos al borde de una conmoción social.

<sup>2</sup> J. D. RAY, *Economía y Derecho*, "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXIII, N° 26, 1ª parte, p. 289.

<sup>3</sup> HAYEK, op. cit., ps. 47 y 48.

Dentro del límite de tiempo impuesto para un tema de la magnitud del que nos ocupa, nos proponemos señalar, en primer lugar, algunas normas de nuestro ordenamiento que condicionan el sistema monetario y, en segundo lugar, delinear los períodos en que se puede dividir la historia de la inflación en la Argentina, sobre la base de cómo encararon las autoridades la compensación por la depreciación monetaria.

## II. LAS NORMAS SOBRE MONEDA

### 1. *La Constitución*

La Constitución Nacional, en su art. 67, establece entre las facultades del Congreso, en el inc. 5), la de establecer y reglamentar un Banco Nacional en la Capital y sus sucursales en las Provincias, con facultad de emitir billetes y en el inc. 10) la de hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras.

Sólo este último inciso está tomado del Proyecto de Alberdi, con el que corona sus célebres *Bases*<sup>4</sup>. Alberdi era partidario del patrón oro y contrario al establecimiento de un banco oficial<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> JUAN B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, 1980, p. 296. Ver art. 67, 68 y 69, inc. 6º.

<sup>5</sup> Ver nota 18 y J. B. ALBERDI, *Estudios Económicos* (Interpretación económica de la historia política argentina y sud-americana), Buenos Aires, 1886 (Cap. VI "Bancos" en que hace interesantes referencias sobre la moneda y los Bancos de Estado). Transcribimos algunos párrafos de Alberdi: Donde no hay moneda, no hay seguridad en los cambios (p. 243). El Banco de Estado no tiene de *banco* sino el nombre y el aparato exterior. Si tiene el privilegio de emitir billetes inconvertibles y que extinguen legalmente las deudas, no es más que una oficina de la tesorería del Estado (p. 247). La reforma de un Banco de Estado de ese tipo es imposible. No hay más que un medio de reformarlo: es suprimirlo (p. 248). Emitir billetes es tomar prestado (p. 254). Toda moneda deriva su valor de dos causas: de la materia de que es hecha, verbigracia: plata u oro; y el uso para que sirve, verbigracia: para extinguir las deudas, pagar los impuestos (p. 255). Nada puede ser estable donde la medida de todos los valores carece de estabilidad. La moneda, el Gobierno y el país viven oscilando como la superficie del mar (p. 258). Ver también notas 9 y 10.

## 2. La legislación

Ahora bien, de acuerdo con esas normas constitucionales, las leyes principales dictadas por el Congreso son la ley 1130, la 3871 y la legislación sobre bancos, en especial, la que reguló la creación y funcionamiento del Banco Central.

## 3. Ley 1130

La ley 1130, del 5 de noviembre de 1881, es la que instituyó como unidad el peso oro de un gramo, con 6129 diez milésimos de oro novecientos.

El art. 2º crea el "argentino oro" que equivale a 5 pesos argentinos oro y el medio argentino a dos y medio pesos argentinos oro.

De acuerdo con el art. 5 de esa ley, las monedas metálicas que se crearían tendrían curso forzoso y cancelatorio, si no se hubiera convenido el pago en otra clase de moneda nacional.

Esta ley reviste suma importancia porque hasta esa fecha circulaban monedas metálicas, como el *peso fuerte* de la ley 733 de 1875 (con algo más de un gramo y medio de oro) y monedas extranjeras, como las águilas norteamericanas, cóndores chilenos y doblones españoles, entre otras, que eran las que tuvo en cuenta Dalmacio Vélez Sársfield al consagrar las normas sobre obligaciones en moneda extranjera y sobre las obligaciones dinerarias, respectivamente, los arts. 617 y 619 del Código Civil.

Ese artículo 619 dispone que si la obligación del deudor es de entregar determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la misma dando esa moneda u otra corriente, al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación.

En 1870 —como hemos dicho— circulaban monedas extranjeras y la nacional era de carácter metálico y por esta razón un eximio jurista decía que el art. 619 brindaba la posibilidad de una interpretación "valorista" y de desechar

el "nominalismo" que muchos consideran es la doctrina que inspira este artículo 619 <sup>6</sup>.

#### 4. Ley 3871

Al fin del siglo pasado, en noviembre de 1899, se dictó la ley 3871 que establece la emisión fiduciaria de un peso moneda nacional de curso legal, por 44 centavos de peso moneda nacional oro sellado, creando un "Fondo de Conversión" para efectuar el canje de una a otra moneda, con el compromiso de que el oro que recibiera la Caja de Conversión no podría ser destinado, en ningún caso, ni bajo orden alguna, a otra cosa que a la conversión establecida.

En síntesis, esa ley se limitó a establecer una paridad al solo efecto de la conversión, y cabe la aclaración de que acabado el oro la entrega en metálico cesaría y sólo funcionaría la entrega del oro por el particular para recibir el billete a la paridad indicada precedentemente.

En el debate parlamentario se explicaron los fundamentos de la medida: la alta cotización del peso nacional en el mercado internacional que perjudicaba a los productores, quienes, a cambio de los giros en oro obtenidos por sus ventas, no conseguían en el país pesos papel en la medida suficiente para cubrir sus costos.

#### 5. Ley 9478

En 1914 se dictó una ley de emergencia, la 9478, instituyendo una moratoria para el pago de las obligaciones en oro, salvo que se aceptase la paridad de 2,27 en pesos papel, que a los efectos de la conversión había establecido la ley 3871 <sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Ver nota 14.

<sup>7</sup> El art. 2º de la ley 9478 textualmente decía: Vencido el plazo del artículo anterior, las obligaciones de cumplimiento en oro quedarán prorrogadas mientras se encuentren suspendidos los efectos del art. 7º de la ley 3871, salvo que el acreedor aceptare el pago en moneda papel al tipo de conversión que establece el art. 1º de la misma ley (2,27 por cada peso oro).

## 6. *Leyes bancarias*

En 1935 se sancionaron las leyes 12.155, 12.160 y 12.156 que respectivamente crearon el Banco Central de la República, la Comisión organizadora del mismo y la ley de Bancos.

De esa ley 12.155 y de las posteriores 13.571 y 20.539 que regularon el funcionamiento del Banco Central sólo me referiré a unos pocos artículos, porque este tema se considerará en las exposiciones del día de mañana.

El artículo 34 de la ley 12.155 prohibía otorgar préstamos al Gobierno y numerosas operaciones que podían distorsionar las finalidades que se tuvieron en miras al crear el Banco Central.

El art. 35 de la ley 12.155 consagró el monopolio en la emisión de billetes y el art. 38 dispuso que "los billetes del Banco tendrán curso legal en todo el territorio de la República Argentina por el importe expresado en los mismos".

Las leyes posteriores mantuvieron siempre esos principios de los arts. 35 y 38 de la ley 12.155 que tienen suma importancia para el tratamiento de nuestro tema, porque son los que algunos calificados juristas han sostenido que traducen la tesis nominalista<sup>8</sup>. (Ver en especial art. 25 de la ley 13.571 de 1949; art. 21 del decreto-ley 13.126 y art. 21 de la ley 20.539 de 1973, equivalentes al 38 de la ley 12.155).

## 7. *Otras modificaciones*

Pero también se introdujeron otras modificaciones que alteraron la finalidad que orientó la creación del Banco Central. Más aun, en 1949, la ley 13.571 modificó la estructura bancaria del país, dejando en suspenso la obli-

<sup>8</sup> Ver trabajos citados en la nota 19 y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Las deudas dinerarias y de intereses en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial*, separata de "Anales", año XXX, 2ª época, N° 26, ps. 9, 10 y 11.



gación de mantener la reserva de oro o en divisas que servía de garantía a la emisión de los billetes papel.

## 8. *Código Aeronáutico y Ley de la Navegación*

Por último, no debemos omitir en esta referencia a las normas de nuestro ordenamiento, las del Código Aeronáutico y de la Ley de la Navegación, que tienden a mantener el valor de los límites de las indemnizaciones con referencia al del oro. En efecto, en el Código Aeronáutico de 1967 y en la Ley de la Navegación, sancionada en 1973, se establece para determinar los límites de las indemnizaciones que deben afrontar el explotador, el armador o el transportador una referencia a una moneda que está fuera de circulación en la República, el "peso argentino oro".

Por sugerencia nuestra la Secretaría de Estado de Justicia convocó a los miembros de las Comisiones que proyectaron el Código Aeronáutico y la revisión de la ley general de la Navegación redactada por Atilio Malvagni y por unanimidad se decidió formular una referencia al peso argentino oro de la ley 1130.

El criterio seguido por ambas leyes, la de la navegación y la aeronáutica, coincide con la orientación de las convenciones internacionales que desde 1924 habían establecido los límites en relación a la libra oro y, posteriormente, a una moneda ideal conocida con el nombre de "Franco Poincaré".

En razón de las fluctuaciones del oro y de la suba de su valor, en la década de 1970, se cambió el sistema y se adoptó el promedio de un conjunto de monedas consideradas fuertes. Nacen así los derechos especiales de giro que, periódicamente, tendrán que ser actualizados por la depreciación que con el tiempo se produce, aun en ese tipo calificado de monedas fuertes.

Cabe también puntualizar que la Ley de la Navegación dispone que el órgano competente debe establecer la cotización oficial del "peso argentino oro" en relación con el bille-

te de moneda corriente y que si ello no se hace debe tomarse en cuenta el valor del "peso argentino oro" por su contenido metálico y no por el valor numismático.

### III. LA EMISION MONETARIA

#### 1. *El Banco Central*

Sin perjuicio de las reflexiones y del juicio que emitirán los distinguidos colegas que se referirán a la función del Banco Central y sus límites, no podemos dejar de señalar que, según resulta de la legislación dictada entre 1946 y 1955, se le asignaron al Banco Central otras funciones de carácter político-económico que las que determinaron su creación: el control de la moneda y de los medios de pago. Es decir, que se cambió la mira fundamental que debía orientar a la entidad, lo que a su vez se vio agravado por las modificaciones introducidas en la estructura bancaria y por la nacionalización de los depósitos de los particulares en los bancos privados.

#### 2. *Opiniones de Alberdi y de Hayek*

Nos limitaremos a recordar las opiniones de Alberdi y de Hayek sin entrar al análisis de la emisión de moneda sin el correspondiente respaldo y a los controles que deben establecerse para evitar las emisiones desmedidas, con todas las consecuencias que las mismas importan.

Alberdi decía, en su *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*, que era una ventaja positiva la impotencia en que se hallaba la Confederación de emitir un papel moneda sin más valor ni garantía que el producto de sus contribuciones<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> ALBERDI, *Obras Completas*, Buenos Aires, 1886, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*, p. 377.

La Confederación tiene la ventaja inapreciable de no poder ejercer, aunque quiera, ese terrible medio de arruinar la libertad política, la moralidad de

Mientras el Gobierno tenga el poder de fabricar moneda con simples tiras de papel que nada prometen ni obligan a reembolso alguno, "el poder omnímodo" vivirá inalterable como gusano roedor en el corazón de la Constitución misma <sup>10</sup>.

Así también es conocida la opinión de Hayek contraria al monopolio oficial, cuando el dinero emitido es predominantemente metálico. Agrega el laureado economista que ese monopolio pasa a ser una calamidad sin atenuantes, cuando el papel moneda o cualquier otra moneda simbólica se encuentra bajo el control político. Una moneda cuya emisión depende de un organismo cuyo interés le obliga a satisfacer los deseos de los usuarios puede ser la mejor y la que es regulada para satisfacer la demanda interesada de un grupo, no hay duda de que será la peor <sup>11</sup>.

---

la industria y la hacienda del Estado. Es una ventaja positiva para las rentas de la Confederación la *impotencia en que se halla de hacer admitir como valor efectivo un papel, sin más valor ni garantía que el producto de sus contribuciones.*

<sup>10</sup> Ver op. cit., nota 9, p. 197. Alberdi critica al Estado comerciante. Dice textualmente: "En efecto, la ley que da al Estado el poder exclusivo o no exclusivo de fundar casas de seguros marítimos o terrestres, de negociar en compras y ventas de especies metálicas, en descuentos, depósitos, cambios de plaza a plaza, de explotar empresas de valor terrestres o marítimas, convierte al Gobierno del Estado en comerciante. El Gobierno toma el rol de simple comerciante; sus oficinas financieras son casas de comercio en que sus agentes o funcionarios compran y venden, cambian y descuentan, con la mira de procurar alguna ganancia a su patrón, que es el Gobierno.

Tal sistema desnaturaliza y falsea por sus bases el del gobierno de la Constitución sancionada y el de la ciencia, pues lo saca de su destino primordial, que se reduce a dar leyes (poder legislativo), a interpretarlas (judicial) y a ejecutarlas (ejecutivo). Para esto ha sido creado el gobierno del Estado, no para explotar industrias con la mira de obtener un lucro, que es todo el fin de las operaciones industriales".

En la nota a ese párrafo transcripto, criticando al Banco Oficial de Buenos Aires, dice textualmente: "Buenos Aires ofrece el ejemplo más sobresaliente que se conozca de este desorden. Allí el Banco es una oficina del Gobierno. No es como los Bancos de Londres, de Francia, de Nueva York, que, como se sabe, pertenecen a particulares. En Buenos Aires el banquero es el Gobierno de la Provincia; hace todas las funciones de un comerciante, y además hace la moneda que sirve de instrumento obligatorio de los cambios. Ese Banco es un barreno perpetuo abierto a sus libertades públicas. En vano se darán constituciones escritas; en vano repetirá sus «revoluciones de libertad».

<sup>11</sup> HAYEK, op. cit., ps. 42 y 43.

## IV. LA MONEDA Y LA INFLACION DESDE 1946 A LA ACTUALIDAD

### 1. *La inflación. Sus períodos*

No he resistido la tentación de recordar las opiniones del Padre de nuestra Constitución y del Profesor Hayek porque pueden ser esclarecedoras en estos momentos.

Tengo presente la evolución de la sociedad y no me coloco en sus posiciones de doctrina que pueden considerarse extremas, pero no deben dejarse de lado las lecciones que nos dan la ciencia y la historia.

Dentro de mi experiencia vital la inflación se desata a partir de 1946, y, desde entonces hasta hoy, con un criterio personal se pueden señalar tres períodos, si nos atenemos a la forma como se ha presentado la depreciación monetaria y cómo las autoridades encararon el cumplimiento de las obligaciones.

Durante estos períodos el tema de la depreciación de la moneda y su compensación despertó la atención de los más distinguidos civilistas y a partir de 1959 fue el tema que más comentarios y fallos motivó en la Argentina. A solo título de ejemplo recuerdo la Conferencia que Marco Aurelio Risolía pronunció en el Colegio de Abogados de Buenos Aires en 1959, así como su posterior monografía y la exposición de años atrás en la Academia de Derecho de Córdoba.

### 2. *Primer período*

En el primer período que podríamos decir que corre desde 1946 hasta 1975, los Tribunales no se hicieron cargo en forma expresa del problema de la depreciación monetaria<sup>12</sup>. Se utilizaban recursos técnicos, cláusulas de estabi-

<sup>12</sup> J. D. RAY, *La determinación de la indemnización por daños y perjuicios en los casos de abordaje*, Revista "La Ley" 10-5-58. Entonces textual-

lidad y una célebre distinción en las obligaciones, entre las de "valor" y de "dinero".

a) *Expropiación*. En materia de expropiación no se reconoció la depreciación monetaria hasta el célebre fallo de la Corte Suprema, en los autos: "Provincia de Santa Fe c/ Carlos A. Nicchi", dictado al promediar el año 1967.

Es interesante el análisis de la jurisprudencia anterior y posterior a ese fallo y la evolución que se produjo en la admisión de la compensación monetaria para poner en evidencia cómo la realidad y la exigencia de hacer justicia impusieron soluciones que hasta entonces se rechazaban <sup>13</sup>.

---

mente decíamos: Desvalorización de la moneda. En aquellos casos en que sensiblemente existe una desvalorización de la moneda en que se ha de fijar la indemnización, el tribunal prudente y razonablemente puede conceder una compensación proporcional, tomando en cuenta que en ciertos casos tanto el responsable como el damnificado deben soportar las consecuencias de la desvalorización, si no existe ninguna razón que justifique la imputación a uno solo de ellos.

En ese entonces remitamos a un trabajo de LEOPOLDO DOR, titulado: *Cambio y moneda. Determinación de la moneda de pago. Fijación de la tasa de cambio para los pagos y consecuencias jurídicas de la depreciación de la moneda. Determinación de la indemnización por reparaciones y demora debidas al buque abordado de nacionalidad extranjera*, en "Revue de Droit Maritime Comparé", t. 23, enero/julio de 1931, p. 91.

<sup>13</sup> *La indemnización en los juicios de expropiación y la compensación por desvalorización monetaria*, Revista "La Ley", 19-9-72, Nº 178. El criterio del Tribunal acerca del momento en que debía introducirse el pedido de compensación cambió en razón de las consecuencias que derivaban de la adopción de uno u otro criterio y así se sostuvo en unos primeros casos que ello debía hacerse al trabarse la litis; y en otros al alegarse sobre el mérito de la prueba o al expresar agravios y, por último, en un caso iniciado en 1937 y resuelto por la Corte Suprema en diciembre de 1971 se dijo que no correspondía exigir el requisito de que se hubiera reclamado la compensación por desvalorización monetaria, en atención a las muy especiales circunstancias del caso y teniendo en cuenta que la indemnización que la Constitución establece debe atender al valor objetivo del bien.

Se trataba de una expropiación en que la desposesión se había efectuado en el año 1937, la litis se había trabado en 1944 y el expropiado no podía haber previsto la desvalorización de la moneda, que recién reclamó en 1968.

Con acierto, el Tribunal Supremo destacó que tuvo muy en cuenta las circunstancias particulares del caso, y que al tiempo de la desposesión, de la demanda y de la contestación, era imposible prever el proceso inflacionario, que luego se convirtió en una realidad notoria. Por otra parte, también señaló que hasta 1969 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires no exigía

b) *Obligaciones oro. Cláusulas de estabilización.* Con respecto a las obligaciones y a las cláusulas contractuales para subsanar la depreciación monetaria o de estabilización de las prestaciones en dinero, la jurisprudencia fue vacilante hasta que la Corte Suprema en el caso "Bustillo S. C. Pacheco Santamarina de c/Café Paulista (S.R.L.)", el 5 de marzo de 1953, declaró la invalidez de la cláusula que preveía la depreciación monetaria en un contrato de alquiler. Se invocó la nueva doctrina económica elaborada por el pensamiento argentino sobre la moneda como servicio público, asimilando éste al concepto de moneda como expresión política. En muchos casos se discutió el valor de las cláusulas de estabilización para contemplar la depreciación monetaria que cada vez fue más sensible.

Acertadamente, el 3 de agosto de 1956, la Corte Suprema, en su composición posterior a septiembre de 1955, en el caso "Bianco, María Bertaina de c/La Inmobiliaria (Cía. de Seguros)", cambió la doctrina sosteniendo que el deudor debía entregar la cantidad de pesos papel que correspondía al cambio vigente en el lugar y en el día del vencimiento de la obligación.

Excelentes son los comentarios de López Olaciregui a estos dos fallos y a uno anterior de la Cámara Civil, destacando *el orden público monetario que debe ser entendido en forma tal que la moneda cumpla su función social y que ésta no debe confundirse lisa y llanamente con el interés fiscal o estatal*<sup>14</sup>.

---

el requisito que desde entonces estableció para ajustar sus decisiones a la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación.

Se explica —dijo el Tribunal Supremo— que hasta 1968 no se reclamara la compensación por desvalorización y que de no hacerse lugar a la misma se estaría privando al particular de un bien, sin abonarle la indemnización que la Constitución establece.

<sup>14</sup> Ver JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, *Obligaciones en pesos oro: Validez y efectos*, "Jurisprudencia Argentina", 1951, t. IV, p. 281. LÓPEZ OLACIREGUI, *Validez de las cláusulas convencionales que prevén la desvalorización de la moneda*, "Jurisprudencia Argentina", 1953, t. III, p. 89. LÓPEZ OLACIREGUI, *Justicia Conmutativa y Derecho Monetario*, "Jurisprudencia Argentina", 1956, t. IV, p. 389.

c) *Obligaciones de "valor" y de "dinero"*. Durante este período de 1946 a 1975 se consagró definitivamente una distinción entre obligaciones de "valor" y de "dinero". Las primeras son aquéllas que no nacen con el número puesto y que se cumplen y se extinguen entregando el número de piezas necesarias para cumplir la prestación. Las segundas son aquéllas que nacen con el número puesto y que se cumplen y se extinguen entregando el deudor el número de piezas convenido.

Durante este primer período se admitía contemplar la depreciación monetaria en las obligaciones de "valor", pero no en las "dinerarias", salvo que se hubiera pactado una cláusula de compensación o estabilizadora del valor de la moneda. Y asimismo, con anterioridad a 1956, no había una jurisprudencia firme con respecto a las cláusulas sobre estabilización en algunos sectores, como por ejemplo, en los casos de locación de inmuebles para vivienda.

### 3. *Segundo período*

La distinción entre obligaciones de dinero y obligaciones de valor cumplió una función importante durante este período, pero lo grave es que se pretendió identificar esta distinción, creada por la doctrina extranjera y recogida en la Argentina, con las normas del Código Civil sobre obligaciones dinerarias, olvidando el carácter relativo de la misma, el sistema del Código de Vélez y que el jurista no debe desentenderse de las consecuencias que derivan de las tesis que sustenta <sup>15</sup>.

En 1970 nos referimos al tema en un Seminario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y en 1975 en un trabajo en el que analizamos la evolución de la jurisprudencia que se había producido acerca de la naturaleza de algunas obligaciones que de dinerarias se

<sup>15</sup> Ver autores citados en las notas 8 y 16.

transformaban en obligaciones de valor y a la necesidad de reconsiderar el tema <sup>16</sup>.

Expresamente señalamos que la distinción era de carácter relativo y que no debía olvidarse que las obligaciones de valor se cumplen normalmente en dinero y que la moneda en que se expresan las obligaciones dinerarias es un valor y que éste es el que las partes toman en cuenta al celebrar la relación contractual.

Pocos días después de la publicación de nuestro trabajo se produjo un hecho importante denominado el "Rodrigazo" que determinó un replanteo del tema.

Comienza así el segundo período y los problemas que se habían planteado durante el primero y que se habían resuelto, parcial y progresivamente, se presentaron en forma agravada y en algunos casos en forma grotesca.

a) *Fallos de la Corte Suprema*. En este período cabe destacar que la Corte Suprema, el 23 de septiembre de 1976, dictó tres fallos fundamentales que orientaron la jurisprudencia. Me refiero a las sentencias de la Corte Suprema en los casos "Vieytes de Fernández, Juana c/Pcia. de Buenos Aires", "Jurgens, Jorge A. y Otros c/La Franco Argentina Cía. de Seguros" y "Valdez, J. R. c/Gobierno Nacional" en los que se sentó como doctrina la revaluación de la prestación cuando ésta se daba por cumplida con una suma irrisoria en moneda de escaso poder de compra, frustrando de tal modo el objetivo del contrato y llegándose a soluciones notoriamente injustas e irrazonables.

La Corte Suprema, en uno de esos fallos, sentó como doctrina que uno de los *principios fundamentales del derecho patrimonial* es el de la equivalencia de las prestaciones que no es otra cosa que la materialización de la justicia conmutativa.

Textualmente dijo: "en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa ha de estarse a la igual-

<sup>16</sup> JOSÉ D. RAY, *Obligaciones de valor y de dinero*, Revista "La Ley", 14-4-75 (t. 1975-B).



dad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso y no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo, sino un medio que, como denominador común, permite commensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y la finalidad de cada una de ellas" 17.

b) *Conferencias en la Academia de Derecho*. En el curso del año 1977 compartimos con los Dres. López Olaciregui y Luis Negri Pisano un ciclo de exposiciones en la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires sobre los efectos jurídicos de la depreciación monetaria, culminando la tarea con una Conferencia de este último titulada *Contribuciones al Estudio del Nominalismo Monetario*.

En setiembre de ese año dijimos que "en la actual coyuntura económica no es conveniente dictar una ley sobre indexación de las obligaciones dinerarias, sin previamente conocer las pautas y el pronóstico del desenvolvimiento de la política económica y sin contemplar un conjunto de factores y circunstancias que necesariamente deben tenerse en cuenta para formular la regulación legal" 18.

c) *El nominalismo y el pensamiento de Vélez Sarsfield*.

De la valiosa conferencia del Dr. Negri Pisano, destacamos su demostración sobre nuestra opinión acerca del pensamiento de Vélez Sársfield contrario al nominalismo y que éste sólo podía tener apoyo en las normas del Banco Central que hemos mencionado sobre el curso legal del papel moneda 19.

17 JOSÉ D. RAY, *Depreciación Monetaria y Arbitrariedad*, en Revista "La Ley", 30-11-76, en especial nota 9.

18 JOSÉ D. RAY, *Obligaciones de valor y de dinero*, "La Ley", 14-5-79.

19 LUIS NEGRI PISANO, *Contribuciones al Estudio del Nominalismo Monetario*, 1977, "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Serie I, Número 16.

Ver también el trabajo citado en nota 18 (Nº 6 y 7).

Cabe interpretar el art. 21 de la ley 20.539, coincidente con los artículos de las leyes anteriores referentes a la carta orgánica del Banco Central, como

En cuanto a la norma de la ley sobre Banco Central debe tenerse bien en cuenta la distinción entre el valor liberatorio de la moneda y el valor de cambio y que una cosa es el funcionamiento de la moneda en las operaciones de mercado diario y otra en las que son de cumplimiento diferido, a lo largo del tiempo.

Frente al juego de las dos tesis, la del "nominalismo" y la del "valorismo", se desarrollaron las teorías del cambio de circunstancias, de la imprevisión y las tesis fundadas en las opiniones de Windscheid, Oertmann y Larenz, entre otros autores que podríamos recordar <sup>20</sup>.

d) *El riesgo del "valorismo matemático"*. En este segundo período llamamos la atención sobre el riesgo de fijar la compensación por la depreciación monetaria en forma matemática. Cabe también recordar las leyes 21.391 y 21.392 de 1976 sobre actualización de los precios pactados en la contratación para la provisión de servicios y suministros y en la ejecución de los contratos de locación de obra.

Tanto el Poder Administrador como el Poder Judicial consagraron la tesis de la actualización en relación con el costo de vida.

---

regulando el nominalismo de circulación, en las obligaciones de cumplimiento más o menos inmediato.

Esa disposición no significa otra cosa que el acreedor debe recibir la moneda de curso legal, pero en lo que respecta al número de piezas que debe entregar el deudor, éste se libera en las llamadas obligaciones dinerarias entregando lo pactado, a menos que esa cantidad implique una alteración esencial del negocio jurídico y no respete el principio de equivalencia de las prestaciones. En esta hipótesis el acreedor, si no soluciona el problema con el deudor, recurrirá al Poder Judicial para que fije el importe que corresponde y en esta oportunidad se deberán valorar todas las circunstancias, especialmente cuándo y cómo se contrajeron las obligaciones y si se justifica o no la revalorización pedida.

Es evidente que en algunos casos la revalorización puede ser improcedente porque, en atención al momento en que se contrajo la obligación y las características del negocio, el acreedor o el deudor podían y debían conocer las circunstancias económicas reinantes al momento de contratar o de reclamarse por el incumplimiento.

<sup>20</sup> JOSÉ D. RAY y FEDERICO VIDELA ESCALADA, *La frustración del contrato y la teoría de la causa*, Buenos Aires 1985, comunicación en la Academia de Derecho de Buenos Aires, Separata, p. 37, punto 4 y p. 38.

En el derecho laboral algunos tribunales llegaron al extremo de sostener que el obrero o empleado debía cobrar una compensación por depreciación monetaria mayor por vía judicial a la del salario que le correspondería si siguiera desempeñándose en el puesto <sup>21</sup>.

En ese entonces reiteramos el concepto sobre la inflación (ver nota 12) que es un fenómeno que afecta tanto al deudor como al acreedor, y que reviste importancia la actitud que uno y otro hayan seguido hasta el momento en que la comunidad impone el cumplimiento de la prestación reclamada por el acreedor.

La determinación de la compensación en forma matemática hace incidir el fenómeno de la inflación exclusivamente en la parte que resulta deudora y prescinde de las circunstancias del caso y de la conducta de las partes, que pueden ser relevantes para determinar en qué forma deben absorberse las consecuencias de ese fenómeno.

Así como se piensa la regulación de la responsabilidad como una imputación de las consecuencias de hechos o actos jurídicos o como una distribución de los daños, las consecuencias de la inflación deben ser distribuidas entre las partes de la relación jurídica, cuando no se justifique la imputación a una sola de ellas.

Esto presenta un doble aspecto, establecer, primero, quién debe soportarla o en qué proporción y, el segundo, cómo debe determinarse la compensación. Bajo uno u otro punto de vista, y conjugando ambos, que se encuentran vinculados, lo importante es que no se prescinda del factor "inflación", que incide en la relación jurídica, pero que tampoco se haga exclusivo responsable a quien no lo es, sino se benefició por un fenómeno que le resultó ajeno.

Si el acreedor recibiera el importe matemáticamente revaluado se encontraría excluido de las consecuencias que quizás habría sufrido de haber recibido la indemnización en su momento. A su vez, el deudor tendría que soportar

<sup>21</sup> Ver trabajo citado en la nota 18 (Nº 4).

la compensación por depreciación en todo su alcance, cuando quizás ha sufrido negativamente las consecuencias del fenómeno inflacionario en su patrimonio.

No todos los bienes siguen el mismo curso valorativo frente a la inflación.

La revalorización judicial no puede funcionar como una "regla" aplicable de manera mecánica y como si fuera una fórmula matemática, prescindiendo de la naturaleza de los distintos problemas y muchas veces de las circunstancias del caso concreto.

En la formulación del derecho se plantea siempre un dilema entre la conveniencia de establecer reglas que limitan la facultad del órgano judicial o administrativo y dejar librada la individualización de la solución, en mayor o menor grado, a la discreción del mismo.

El órgano judicial siempre tiene un margen de discrecionalidad, pero el mismo depende de la mayor o menor amplitud que el ordenamiento le otorga y la alternativa se presenta entre limitar la esfera de sus facultades innecesariamente discrecionales, así como controlar el ejercicio del poder que necesariamente debe ser discrecional.

Mediante la limitación de las facultades discrecionales, se garantiza a los súbditos cierta certeza y se eliminan las posibilidades de un ejercicio indebido de la discrecionalidad, pero se reducen las facultades necesarias para la mejor solución del caso individual <sup>22</sup>.

#### 4. Tercer período

Prescindiendo de los meses en que funcionó el plan Austral y las normas sobre desagio, nos encontramos en el tercer período que se caracteriza por la hiperinflación y los economistas son quienes deben presentar un plan para desacelerar la inflación.

<sup>22</sup> JOSÉ D. RAY, *Determinación de la compensación por depreciación monetaria*, "La Ley", 29-6-79.

En este tercer período utiliza "el dólar" como forma de evaluar los objetos y los servicios.

Con esto quiero decir que como los precios cambian semanalmente, por no decir de un día a otro, para determinar el valor de un servicio o de un objeto se hace necesario referirlo a una medida que reemplace a la moneda que no cumple su función.

En los últimos meses la situación ha sido cada vez más grave y para señalar el peligro recuerdo que en Alemania llegó a un extremo tal que fue uno de los factores que facilitó que Hitler accediera al poder.

Hoy día, en algunos casos, el deudor en un juicio debe perseguir al acreedor para efectuar los pagos, cuando se está próximo al momento de una actualización de los créditos, en razón de la aparición de los índices que mensualmente brinda el Instituto Nacional de Estadística y Censos.

Desde 1958 venimos sosteniendo que no se justifica prescindir de la valorización de los créditos, pero tampoco puede admitirse la valorización matemática porque es una de las formas de estimular y acelerar la inflación. Con la finalidad de facilitar la tarea de revaluación y resguardar el valor "orden" se llega a soluciones injustas en el caso concreto y desfavorables para la comunidad. (Ver nota 12).

Lo que ha ocurrido desde 1946 hasta la fecha y las soluciones que se han dado y hemos mencionado a lo largo de este trabajo deben ser considerados detenidamente.

No debemos partir de posiciones teóricas o doctrinarias extremas, pero sí recoger el fruto de la experiencia y no insistir en errores que han sido nefastos para la República.

Es absolutamente necesario restablecer el valor de la moneda que emite el Estado, para que cumpla la función que le corresponde y en esta tarea deben colaborar economistas y juristas. Como dijimos al comienzo, a éstos les corresponde instrumentar las soluciones que aquellos nos presenten previendo, fundamentalmente, las consecuencias que derivarán de las normas que se dicten a ese efecto.

No se debe legislar de espaldas a la realidad, porque

los intereses económicos reaccionan espontáneamente frente a las normas que consagran soluciones al margen de ellos.

Es necesario poner la mira en la función originaria del Banco Central y consagrar normas que aseguren una política monetaria correcta.

Si se restablecen las funciones y el valor de la moneda como elemento de cambio se normalizará el intercambio de bienes y servicios y en esa tarea consideramos que le cabe un rol de primer plano al Banco Central de la República Argentina, a cuya función deben referirse nuestros distinguidos colegas de la Academia de Derecho.

EL DERECHO A LA SALUD DESDE  
EL PLANO CONSTITUCIONAL

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Augusto Mario Morello, en el II Seminario sobre Calidad y Costo de la Atención Médica, en la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, el 4 de octubre de 1989*





## I. *Introducción.*

a) Dentro del marco temporal que me ha sido asignado, en torno de un tema enorme, procuraré reflejar algunas líneas viscerales desde la óptica constitucional, a partir del derecho a la vida, en lo que concierne al *derecho a la salud*.

Importa señalar que, en estas horas, cuando una problemática se aloja en la órbita constitucional, supone un convergente registro:

A) *Ambito nacional y transnacional.* El que a su vez muestra dos velocidades, como señalaría Raymond Aron, a impulso de la dinámica de la estructura social y los recientes movimientos reformadores de las leyes fundamentales locales, en el contexto de diversas provincias. O lo que es igual, un tratamiento expreso e implícito en la sabia Constitución Nacional de 1853-1860 y otro de punta, de avanzada, más moderno. Recoge las conquistas del pensamiento jurídico de las nuevas tendencias y trayectorias, que se desenvuelven desde el fin de la Segunda Guerra Mundial en distintas Constituciones occidentales. Las que en una tarea de *armonización* regional o comunitaria, influyen en una avenida de ida y vuelta. Las Constituciones nuevas (Italia, 1948, Francia, 1946 y 1958, Alemania, la Ley Fundamental de 1949, hasta las más recientes de Portugal, 1976 y España, 1978), apuntalan en la Comunidad Económica Europea, un movimiento de *aggiornamento*, que no se detiene. Y que cuenta con un polo de racionalidad y balanceo de equilibrio

en el accionar del Tribunal de los Derechos del Hombre, que funciona en Estrasburgo (Francia.)

Paralelamente, si bien desde una vertiente económica, propia de la dimensión de un mercado como el que refleja el Tratado de Roma de 1956, se van conjugando las influencias de los derechos constitucionales correspondientes a cada uno de los doce países que actualmente lo integran. Los cuales se precipitan, además, en un derecho constitucional *transnacional de síntesis*, en la densa y creativa jurisprudencia de la Corte o Tribunal de Justicia de la Comunidad (Luxemburgo.)

Esa influencia interactuante es notable y realmente el ciudadano de cada país es *ciudadano de una Europa* que en 1992 se descuenta única y unida.

Desde este vértice, los Tratados vinculatorios *incorporados* al derecho nacional de cada uno de esos países, han originado superestructuras transnacionales, a las cuales se han endosado partes de la soberanía de cada país miembro —Parlamento Europeo, Comisión, Consejo de Ministros y los referidos órganos de justicia supranacionales—.

Estos últimos con facultad de controles muchas veces preventivos, como es el que contempla el art. 177 del recordado Tratado de la Comunidad Económica, al establecer un *recurso prejudicial*, de suerte que cuando en uno de esos países se sustancia una controversia cuyo núcleo concierne a alguna de las Libertades Fundamentales —de la persona o del mercado— y a la efectividad útil de la forma en que habrá de interpretarse y aplicarse la garantía para ser cierta esa tutela, el juez nacional se subordina al Tribunal de la Comunidad, el que conciliando los propios principios comunitarios en un orden prevaleciente a los respectivos nacionales, contribuye a fijar, con seguridad, las guías o pautas de hermenéutica que orienten el cometido global de todos ellos.

B) *Ambito interior*. Desde esta perspectiva, nuestra Constitución, a diferencia de las modernas, no menciona

específicamente la tutela preventiva (y *a posteriori de la salud*) de lo que se denomina el *derecho a la vida* o para algunos, mejor, el *derecho a vivir*, que, como más adelante precisaremos, es el derecho personalísimo esencial en donde se radican los demás; que lo presumen, pues de faltar aquél los restantes quedarían como expresiones abstractas, declaraciones utópicas o, al cabo, carentes de consistencia en la experiencia concreta de la aventura humana.

No obstante ello y a partir de la interpretación de nuestro máximo operador jurídico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expresa e implícitamente en los arts. 14, 14 bis, 18, 19 y 33 de nuestra Constitución, su conceptualización y andamiaje amparador, de máxima y con principal envergadura, *están supuestos*.

De manera que sus garantías protegen al ciudadano, o, mejor aún, al *habitante* sin más, tal como omnicomprendidamente está mentado en los textos recordados. El Preámbulo promueve el bienestar general y asegura los beneficios de la libertad para todos los hombres, no sólo los nacidos en la Argentina, sino del mundo; a su vez el art. 14 comienza con la proclama de que todos los habitantes de la nación gozan de los derechos que allí se enumeran, que no son *número clausus* sino que en mayor escala reverberan irrestrictamente en el pivote decisivo del art. 19, que alude a la esfera privada de los hombres, *latu sensu*.

No menos abarcador es el art. 14 nuevo, incorporado por la Reforma de 1957 cuando se refiere a los derechos del trabajador, de los gremios; al reconocimiento y al deber del Estado a los beneficios de la seguridad social, a la protección integral de la familia y al acceso a una vivienda digna. El grifo de apertura, abierto a los sucesivos tiempos, lo contempla el art. 33 en cuanto a que los derechos y garantías enunciadas, al igual que las declaraciones que postula la Constitución, nunca serán entendidos como la no contención de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Es que no se cuenta con una campana de tutela más óptima e idónea para otorgar carta de ciudadanía al derecho a la vida y al derecho a la salud (que se expanden en las ondas comprensivas del derecho a la *calidad de vida* y a la *dignidad del hombre*) que los que democrática y republicanamente se alimentan en los criterios de libertad, igualdad, fraternidad, solidaridad y responsabilidad.

De allí que la titularidad de esas prerrogativas y el ejercicio de las mismas con más el consecuente deber de asumir aquellas cargas o prestaciones compensatorias para que el interés general gobierne la marcha del conjunto se conjuguen, sin embargo, en el espacio intransferible e inconquistable de la libertad de cada cual.

## II. *Caracterización de los derechos a la vida y a la salud.*

Una teoría general de los derechos personalísimos, con enclave en el derecho privado pero reforzada con las peculiaridades del derecho público, muestra que al intenso laboreo de su consolidación concurren espléndidas contribuciones de constitucionalistas, civilistas, internacionalistas, administrativistas y procesalistas. Su base operativa se fusiona hoy en dos andariveles por cierto elocuentes.

Es el primero, el encasillamiento de los derechos que estamos examinando como vinculados a un núcleo definido por sus similitudes o afinidades, más o menos estrechas y caracterizantes, desde el meridiano del derecho privado, aunque no se excluyen los matices que suministra el derecho público. En tal sentido, se ha propuesto una categorización así compuesta:

- a) La integridad física.
- b) La integridad espiritual.

En punto al primer agrupamiento —la integridad física— van incluidos los derechos que permiten a la persona ejercitar facultades sobre su cuerpo: desarrollarlo, aprovechar-

lo, rehabilitarlo, recomponerlo. Comprende a la misma *vida* que se identifica con la existencia vital del cuerpo, éste y sus partes. La *salud* y los medios de preservarla u obtenerla, así como inclusive el destino del *cadáver*.

En lo que hace al segundo —la integridad espiritual—, abarca el *honor*, la *imagen*, la *intimidad* y el *secreto*<sup>1</sup>.

No hay tampoco en estas horas resistencia al reconocimiento indiscutido de que el derecho a la vida y el derecho a la salud constituyen plenos y esenciales derechos personalísimos, aunque en dos registros de dispar significación; el segundo tributario del primero, más trascendente.

Múltiples son, asimismo, las razones de esa importancia, que, siguiendo a uno de nuestros más respetados cultores de esta problemática, resumo así:

a) Categoría elemental de la materia, habida cuenta de los bienes de que se trata.

b) Que es pertinente e inevitable el quehacer jurídico sobre ellos, como lo demuestra la preocupación de estas puntuales Jornadas interdisciplinarias.

c) Las circunstancias de la hora del mundo que hacen más visible y conocida la necesidad de su estudio y, al decir ruborizado de Mauro Cappelletti, produce para Europa la reconciliación con el legado que históricamente le incumbe a Occidente, incumplido por los horrores, genocidios, torturas y destrucción de la base moral y física del hombre en la segunda gran guerra<sup>2</sup>, y la porfía por el perfeccionamiento de su íntegra defensa.

<sup>1</sup> Tomamos parcialmente esta programación de SANTOS CIFUENTES, *Los derechos personalísimos*, Lerner, Buenos Aires, 1974, p. 177.

En la síntesis última, respecto a la esencia de todos estos derechos que respetan la esfera de la vida: un derecho de la personalidad, un derecho del hombre, una libertad (derecho subjetivo público), véase ANDRÉ ROUX, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'état et les particuliers*, Ed. Economica, Paris, 1983, ps. 12 a 23.

<sup>2</sup> MAURO CAPPELLETTI, *Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad*, discurso de clausura del VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Utrecht, Holanda, 27 de agosto de 1987, traduc-

d) Equilibrar los intereses individuales o particulares con los que conciernen al interés común o general, ayudando a fin de impedir la supremacía de unos sobre otros.

e) Forman la base común de la igualdad, porque nivelan a todos sobre bienes primarios —subrayo, esenciales— que no admiten diferencia o grado.

f) Porque permite oír los cada vez más constantes llamados internacionales de la comunidad de las naciones y consejos o conclusiones que se alcancen en las reuniones de congresos de especialistas.

g) Al fin, suscitan y estimulan a enseñar al pueblo cuáles son sus derechos más caros para que aprenda a defenderlos en toda superficie del ataque <sup>3</sup>.

### III. *El horizonte constitucional*

a) El giro del derecho constitucional también coadyuva al propósito de estas meditaciones. Habida cuenta de que hay que delimitar *razonablemente* ciertas libertades. Queremos decir, circunscribir, adaptar, conjugar los derechos de algunos, para ampliar la capacidad de ejercicio de los derechos de los otros. Cualquiera sea la ideología o el ansia de un repliegue del Estado para acordar un rol mayor a la soberanía de la persona, en la visión de un neoliberalismo progresista, socialmente sensible, habrá de coincidirse en que “el derecho constitucional no puede escatimar una moderada y justa intervención del Estado para atenuar las desigualdades de mayor calibre que impiden a muchas personas acceder realmente al efectivo disfrute de los derechos. Se tiende a liberarlas de los óbices que las discapacitan o las postergan o les cancelan su gozo. En otras palabras, a

---

ción de Patricia Bermejo, JUS, La Plata, nº 39 (1988), p. 3; en particular, ps. 19 a 21.

<sup>3</sup> SANTOS CIFUENTES, *Los derechos personalísimos*, cit. p. 96.

facilitar libertades igualitarias en concreto. Expresado de otro modo: se tiene por cierto que ya no es suficiente lo que los filósofos políticos llaman la 'libertad de', que nos exonera de limitaciones e impedimentos (libertad negativa) sino que se hace menester añadir la 'libertad para' que promueve, estimula y facilita el ejercicio verdadero del elenco de derechos contenidos en la Carta Fundamental (libertad positiva). No interesa tanto en el presente la obligación de abstenerse u omisión sino el deber o la obligación de dar o de hacer para que la persona singular de carne y hueso satisfaga lo que la Ley Fundamental enuncia, describe o programa" 4.

b) La Convención Europea de los Derechos del Hombre, suscripta en noviembre de 1950, terminó por consagrar al filo de la mitad de nuestra centuria el derecho a la vida. El art. 2º afirma la protección del derecho a la vida. La muerte no puede ser infringida a nadie intencional (o arbitrariamente) 5.

c) En un inventario no exhaustivo, la declaración de la independencia de los EE. UU. del 4 de julio de 1776, habla del derecho a la vida. Lo reconocen, entre nosotros, el Estatuto de 1815, el Reglamento de 1817 y las Constituciones de 1819 y 1826.

Las constituciones de la República Federal Alemana, Venezuela, Perú y España, entre otras, lo insertan en sus textos. Lo mismo ocurre con los documentos internacionales: la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de Bogotá de 1949; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

4 Véase GERMAN J. BIDART CAMPOS, *Horizontes filosóficos, sociológicos y culturales de la persona en el derecho constitucional*, en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", Año XXXI, 1987, nº 24, la cita corresponde a la p. 10 de la separata.

5 Véase PABLO A. RAMELLA, *Convención Europea de los derechos del Hombre*, "La Ley", 1983-A, p. 746; ídem, *El derecho a la vida*, "La Ley", 1976-D, p. 851.

Políticos del mismo Organismo del 16 de diciembre de 1966; y la Convención Europea para la protección de los derechos humanos del 4 de noviembre de 1950 <sup>6</sup>.

d) El derecho a la vida se orquesta con temas tan ríspidos como el aborto —“crimen abominable” lo llama el Concilio Vaticano II— el genocidio, la pena de muerte, la eutanasia, el nacimiento en probeta, la guerra, las torturas, el trasplante de órganos. Todo cuanto ahora se va a abordar auspiciado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, en un análisis profundo multi e interdisciplinario en Bariloche, en la XI Conferencia Nacional de Abogados <sup>7</sup>.

Desafío frontal, que atrapa por igual el más acuciente interés del médico y del jurista <sup>8</sup>.

<sup>6</sup> PABLO A. RAMELLA, *Derecho Constitucional*, Depalma, 2ª ed., 1982, p. 321, n° 307 con sus referencias.

En este sentido, es de acotar que la Constitución española de 1978, Sección primera, “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, *discrimina*. Por el art. 15, “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (primera parte). En cambio se *desplaza el derecho a la salud* al marco de lo que en el capítulo III del referido Título Primero, se involucra bajo el acápite “De los principios rectores de la política social y económica”, estableciendo el art. 43.1 que “se reconoce el derecho a la protección de la salud”. Las diferencias son sustanciales, el derecho a la vida es protegido con garantías o mecanismos técnicos de la mayor potencia. En efecto, las libertades reconocidas en el art. 14 y en la Sección primera (que recordamos comienza con el art. 15, que edicta el derecho a la vida, hasta el art. 29) y además la objeción de conciencia establecida en el art. 30, cuentan ante los tribunales ordinarios con el amparo, es decir un procedimiento basado en los principios de *preferencia y sumariedad*. Y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2). En cambio, los principios de política social (art. 39 a 52) entre los que se incluyen las gulas o directivas referidas a la protección de la salud, carecen de mecanismos *específicos* de protección.

<sup>7</sup> *El derecho y la abogacía argentina en proyección al siglo XXI*, San Carlos de Bariloche, 14 al 22 de octubre de 1989. Dentro de la Comisión primera de Derecho Civil, el temario apunta a: a) El problema de la fecundación in vitro y del llamado alquiler de vientres. Manipulación de embriones; b) Bancos genéticos; c) Repercusiones del SIDA en el campo jurídico; narcotráfico y bancos de sangre; d) Transplante de órganos.

<sup>8</sup> Véase, MARCO AURELIO RISOLIA, *El médico ante la muerte y el enfermo incurable*, conferencia en el Primer Congreso Internacional de Medicina Interna del Hospital de Clínicas, 12 de junio de 1986, en “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, año XXXI, 1987, n° 24; JORGE A. AJA ESPIL, *La doctrina de la Suprema Corte de los EE.UU. en materia de aborto*, en “Anales” cit., mismo número; GERMAN J. BIDART



Es por eso que se ha podido acotar que en la Constitución no se encuentra explicitado ese derecho, tal vez por habérselo considerado sobreentendido.

## VI. *El horizonte trasnacional*

El Pacto de San José de Costa Rica (la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ratificado por la Argentina por la ley 23.054, reconoce con el mayor de los énfasis y autonomía, el derecho a la vida.

Así lo estampa el art. 4º que dentro de la parte primera, referida a los *Deberes de los Estados y derechos protegidos*, puntualiza con rigor:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a *partir del momento de la concepción*. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

De su lado, el art. 5º, al establecer el derecho a la integridad personal, prescribe:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”<sup>9</sup>.

Es sugerente puntualizar que en 1985 la provincia de Córdoba dicta la ley 7098 mediante la cual adhirió expresamente a la ley 23.054, marcando así en la vanguardia el ingreso a la internacionalización de los derechos humanos y a una sombrilla de protección reforzada de modo todavía más enérgico a lo que expresa o implícitamente alberga la Constitución Nacional.

---

CAMPOS, *Horizontes filosóficos, sociológicos y culturales de la persona en el derecho constitucional*, cit.

<sup>9</sup> Véase GERMAN J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional* (Los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución), Ediar, 1989, t. III, ps. 32 y en esp. cap. XVI (El derecho a la vida), ps. 176 a 180; ídem, *El derecho trasnacional y el derecho interno*, “Jus” nº 40 (1989) ps. 1 a 21.

## V. *Los deberes*

Apunta igualmente el moderno derecho constitucional, nacional y transnacional, a señalar cómo la persona humana es también titular de *deberes*. Paradigma que hace crecer en el tiempo no sólo la conciencia de lo excelso de la dignidad de la persona humana y el repertorio cada vez más ensanchado de sus derechos, sino también que a ella se le exige la satisfacción de otros tantos deberes como actos o acciones —una conducta— que se impone moral y legalmente a cualquier hombre. Sea en su condición de ciudadano, de padre, de hijo, o, sin más, de persona o individuo, en el seno de la comunidad a la que se integra solidariamente <sup>10</sup>.

## VI. *La escala u orden de armonización*

Dentro de ese panorama, la fase más actual se ocupa de ensamblar en un orden jerárquico o de prelación a los derechos civiles tanto explícitos como implícitos que reconoce nuestra Constitución Nacional, según hemos apuntado precedentemente, adjudicándole una escala axiológica al valor o interés que cada uno de ellos está destinado a proteger.

La doctrina está dispuesta a manejarse con una ordenación dentro de la cual los derechos personalísimos son más “fuertes” que los personales y ambos, desde luego, más robustos o superiores a los patrimoniales.

Inclusive, se afirma, entre los derechos subjetivos personalísimos existe una jerarquía, porque v.gr. *nadie* puede ser privado del derecho a la dignidad (ni siquiera el criminal más feroz), agregándose que dentro de tal categoría algu-

<sup>10</sup> PABLO A. RAMELLA, *Los deberes del individuo*, “La Ley”, 1984-C, p. 944, con la bibliografía y referencias allí mencionadas.

Precisamente el art. 38, inc. 9 de la nueva Constitución de Córdoba, prescribe que, entre los *deberes* de toda persona, pesa el de cuidar su salud como bien social. Las Constituciones de Jujuy (art. 43) y Santiago del Estero (art. 30) tienen redacciones similares a la transcrita, según lo destaca el Profesor ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (h), *Las Constituciones provinciales*, cit., p. 40.

nos operan como medio (derecho a enseñar) en relación a otros que son *fines* (derecho a aprender).

Es así como se conforma una clasificación cuyo escalón más alto es el derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia, mientras que en un peldaño inmediatamente inferior pero prioritario, emergen "el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la intimidad, a la educación"<sup>11</sup>.

Cualquiera sea el acierto de este parcelamiento arroja bondades para su mejor enfoque, inclusive con un subido matiz propedéutico.

#### VII. *El reconocimiento del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

El más Alto Tribunal de la Nación reconoce *explícitamente* el derecho a la vida en dos cercanas ocasiones que concitaron el interés y la preocupación de la opinión pública.

Fue la primera en el pionero y conocidísimo caso de la ablación de órganos frente al acto noblemente estimulador de una persona de 17 años que quiso donar uno suyo a su hermano para serle transplantado a fin de poder asegurar, con los riesgos consecuentes, el derecho a la vida<sup>12</sup>.

El segundo no tuvo menos notoriedad. Concierno al pedido de suministro de crotoxina. En esta última oportunidad, se expresó que "el fundamento legal de la demanda no es otro que el derecho a la vida en cuanto *comprendido de la salud*."

<sup>11</sup> Véase en especial, MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Jerarquía constitucional de los derechos civiles*, "La Ley", 1985-A, p. 847; *idem*, *El orden jerárquico de los derechos individuales en un interesante fallo*, "E.D.", t. 121, p. 879; *idem*, *El derecho a la dignidad y la libertad de prensa*, "La Ley", 1986-C, p. 981; véase CS, "Campillay, Julio C. c/La Razón y otros", 15 de mayo de 1986; "La Ley", 1986-C, p. 411, consid. 5º y 9º, voto de la mayoría y consid. 7º de la disidencia del Dr. FAYT.

<sup>12</sup> CS, S. y D., C. G., 6 de noviembre de 1980, "La Ley", 1981-A, p. 401, con nota de JULIO RAÚL MÉNDEZ, *Reflexiones iusfilosóficas en torno al transplante de órganos*. Véase HECTOR H. HERNÁNDEZ, *Acerca del derecho subjetivo. Reflexiones con motivo de un caso judicial*, "La Ley", 1982-C, p. 956; GERMAN J. BIDART CAMPOS, *Algo sobre el derecho a la vida*, "La Ley" 1983-A, p. 701.

“Si bien esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, es de la mayor importancia advertir la especial perspectiva de ese derecho subjetivo.

”En efecto, el derecho a la vida es invocado como el fundamento por el cual el actor podría exigir y el Estado podría estar obligado a satisfacer una prestación de salud consistente en suministrar determinada sustancia, para lo cual debería, además, elaborarla previamente, por cuanto el Estado no la posee ni produce”.

Tampoco en esa causa estuvo en condiciones el Tribunal de estudiar y expedirse acerca de si estaban reunidas *todas* las condiciones a que podría supeditarse la alegación válida de ese particular aspecto del derecho a la vida: gravedad de la situación, necesidad, insustituibilidad y eficacia del tratamiento, existencia de los medios necesarios para su prestación y el efecto que su empleo podría producir sobre la política general en materia de salud pública<sup>13</sup>.

### VIII. *Las nuevas fronteras ganadas por las últimas reformas constitucionales provinciales (en particular las provincias de Salta y Córdoba)*

Es en las Constituciones que han sido objeto de verdadera sustitución más que de reformas parciales —nos referimos a las de nueve provincias: Catamarca, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Salta, San Juan, San Luis, Río Negro y Santiago del Estero—<sup>14</sup> donde la plataforma constitucional argentina

<sup>13</sup> CS, “Baricalla de Cisilotto, María del Carmen c. Gobierno Nacional”, 27 de enero de 1987, “J.A”, 1987-II, p. 331; lo transcrito corresponde al consid. 4º; con nuestra nota, *La respuesta de la Corte al pedido de suministro de crotoxina*, en p. 338.

<sup>14</sup> PEDRO J. FRÍAS y colaboradores, *Las nuevas Constituciones provinciales*, Depalma, 1989. En lo que hace a lo que cae dentro del lineamiento del constitucionalismo social, la amplitud del reconocimiento de los derechos a la vida y a la salud en particular, ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (h), en esa obra, p. 23 y sgts.

recoge como una línea propia de política institucional esencial la que atañe al *derecho a la salud*.

Interesa, como modelos de referencia, lo receptado por las Constituciones de la provincia de Salta, sancionada en 1986, y la de Córdoba de 1987.

La primera, dentro del Título II, "De la seguridad social y la salud" que forma parte del capítulo dogmático, definitorio de la impronta liberal moderna, el art. 40, bajo el acápite de "Derecho a la salud", prescribe:

"La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades."

Importa destacar que en la Convención Constituyente de Salta, en mayo de 1986, en ocasión del tratamiento del recordado art. 40, el miembro informante (Sr. Piorno) puntualizó sobre este particular: "Atendiendo fundamentalmente a la importancia que tiene el tema salud en la nueva Constitución de nuestra provincia, y considerando lo que contemplan al respecto constituciones de otras provincias, y otros países, aunque se hace muy difícil encontrar una definición que conceptualice en forma acabada lo que es salud, puede resumirse la multiplicidad de aspectos que hacen a dicho concepto, sosteniendo, como la Organización Mundial de la Salud, que ella es *el completo estado de bienestar físico, espiritual y social*". "En períodos históricos fecundos —agregó—, se produce una transformación radical en el concepto de la política sanitaria, en los criterios médicos y en la posición en la materia tanto de la propia Iglesia como la del Estado. Aquella en lo que concierne a los establecimientos que bajo su cuidado asistían con criterios diversos al restablecimiento de la salud. El Estado, en todo lo que apunta a la transformación de los servicios públicos."

Véase cómo es, paradójicamente, de primerísima actualidad, el instante actual del acontecer nacional, que se en-

frenta con una legislación directa e inmediatamente incumbe a toda esta cuestión —nos referimos a la Ley de Reforma del Estado 23.696—, que lleva a concebir a los hospitales como el producto de un esfuerzo de sentido social, diríamos nosotros ahora, de basilar perfil *solidarista*, pues como pudo recordar el miembro informante aludido, “la medicina no es hoy otra cosa que una ciencia social y la política de salud no otra cosa que la medicina en gran escala”.

Quizá más trabajado técnica, filosófica y programáticamente, sea el enfoque de la Constitución de la provincia de Córdoba <sup>15</sup>.

La nueva Ley Fundamental de 1987 de la provincia mediterránea, centra el análisis en el art. 4º que edicta:

*“Inviolabilidad de la persona. La vida, desde su concepción, la dignidad e integridad física y moral de la persona, son inviolables. Su respeto y protección es deber de la Comunidad y, en especial, de los poderes públicos.”*

A esa norma se le anexa, en su plexo integrador, el art. 19, inc. 1º:

“Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio:

1) A la *vida desde la concepción*, a la *salud*, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal...”

Por último, el art. 59, contempla en una norma extensa, el conjunto de episodios de la salud. Es una proclama de principios básicos y rectores:

<sup>15</sup> ARMANDO S. ANDRUET (h), *El derecho a la vida en la Constitución de la Provincia de Córdoba*, “La Ley”, Córdoba, núm. 3, marzo de 1989, p. 195.

“La *salud* es un bien natural y social que genera en los habitantes de la provincia el derecho al más complejo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social.

El gobierno de la provincia garantiza este derecho mediante acciones y prestaciones promoviendo la participación del individuo y de la comunidad. Establece, regula y fiscaliza el sistema de salud, integra todos los recursos y concerta la política sanitaria con el gobierno federal, gobiernos provinciales, municipios e instituciones sociales públicas y privadas.

La provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional (se refiere a las previsiones de los arts. 5, 67, inc. 11, 104 y 105, C. N. y el propio Preámbulo), conserva y reafirma para sí la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud.

El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos, sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción. Promueve la participación de los sectores interesados en la solución de la problemática sanitaria. Asegura el acceso en todo el territorio provincial al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos.”

Rescato una postura crítica, la del Dr. Pedro J. Frías al recortar los entusiasmos de los que suelen ser catálogos de ilusiones o de promesas<sup>16</sup>; hay un exceso de enunciados que escapan a las posibilidades concretas financieras y administrativas, *al menos actuales*. El eje, reiteramos, debe replegarse a los derechos *a*, más que a los derechos *de*, porque lo que en verdad cuenta es el acceso a la prestación efectiva de los mismos.

<sup>16</sup> PEDRO J. FRÍAS, op. cit., p. 223 y sgts.

Prescindiendo de todo ello queda, sin embargo, un torso estructural que marca las notas definitorias de la preocupación del constituyente y de lo que se trasvasa a la legislación derivada para que en el mediano y largo plazo cobre significativa concreción.

Quisiera resaltar algunas de esas matizaciones, que resumen las ideas que arropa el texto transcrito.

— El reconocimiento cabal de que la salud es un bien natural y social, anexo al soporte del derecho a vivir, del derecho a la vida, supuesto radical del que el derecho a la salud es un complemento inescindible.

— El poder público, en todos los estamentos autonómicos (Nación, provincias y municipios) —aunque sin el monopolio de ellos— se integra y acaso preferentemente, con los aportes decisivos de las instituciones sociales públicas y *privadas, latu sensu*, lo cual requiere una cosmovisión centralizada al menos parcialmente en su diagramación, aunque descentralizada en sus fases de ejecución.

Así como hablábamos de una armonización o conciliación dentro de las regiones y comunidades, en lo que hace al tratamiento de la salud, el sistema requiere la conjugación económica y funcional de una inserción que abarque al conjunto. Bien que reconociendo la potestad intransferible de la provincia en punto a la legislación y administración sobre salud.

— El despliegue final de la norma no hace sino distribuir en un haz convergente los principios constitucionales de igualdad, solidaridad, tratamiento preventivo y recuperatorio sin el cual el derecho a la salud cabalmente sería de imposible realización.

— Pero también interesa el enfoque docente, de estímulo a la participación que comienza a partir de *un derecho pleno a la información*<sup>17</sup> lo que realmente hoy se advierte

<sup>17</sup> MORELLO, *El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación*, en "Participação e processo", (El Encuentro de San Pablo), Revista dos Tribunais, San Pablo, Brasil, 1988, ps. 166 à 179.



en todos los órdenes de lo que globalmente se llama el acceso a la justicia (de la cual el acceso a la preservación de la salud forma parte). Culturalmente, descansa en la premisa de que si el ciudadano sabe a qué atenerse, tiene conciencia de cuáles son sus derechos (y también cuáles sus deberes), estará en mejor aptitud para saberlos ejercer y defender <sup>18</sup>.

Esa protección, recuperación y rehabilitación de la salud, en un ensamble integrador, apuntala el derecho fundante a la dignidad que es el vértice que privilegia el derecho a la privacidad o intimidad; y *la tutela de cada una de ellas refuerza la de las otras*. Una salud recobrada en plenitud, arroja luz al derecho al honor, a la imagen, a la preservación física y estética de la persona y resguarda también el mundo o espacio de reserva personal inabordable. Frente al Estado, frente a las corporaciones, frente al avance tecnológico (como el de la informática) y frente a la invasión del otro. Es que el 'yo', solidario al máximo, sigue siendo el epicentro agonal que con su circunstancia, al decir de Ortega, integra el plexo máspreciado —humano, espiritual y teológico— de lo que hace a la persona como tal <sup>19</sup>.

Son inocultables, al cabo, los propósitos y la finalidad perseguida por los autores de las nuevas Constituciones. Ten-

<sup>18</sup> Lo que aconteció entre nosotros, por ejemplo, en torno a la exigencia al Estado de la provisión de crotoxina o, en su caso, las difíciles y muchas veces conmovedoras situaciones referentes a la ablación de órganos dentro de áreas del derecho a los transplantes, resalta que el común de los ciudadanos se halla cada vez más familiarizado con este paisaje de los derechos a la vida y a su preservación. A las reflejas consecuencias que descalifican moralmente tanto el pretense derecho al suicidio o al aborto, cuanto en la vereda opuesta, al estímulo en la formación de bancos de reservas tanto de los genes, embriones, órganos o partes corpóreas que sirvan a salvar una vida o a perpetuar la especie (véase SANTOS CIFUENTES, *Los derechos personalísimos*, cit. en especial ps. 178 a 277; MORELLO, *La respuesta de la Corte al pedido de suministro de crotoxina*, J. A., 1987-II, p. 338).

<sup>19</sup> Ver CS, "Ponzetti de Balbín, Indalia E. c/Editorial Atlántida S.A.", 11 de diciembre de 1984, "J.A.", 1985-I, p. 518, con nuestra nota, *La Corte Suprema y el nuevo derecho de la privacidad*, en p. 534; véase VITTORIO FROSINI, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en "Anuario de Derechos Humanos", Universidad Complutense, Madrid, marzo de 1983, t. II, p. 113.

dencia manifiesta que influirá en la inmediata empresa de adecuar la Ley Fundamental nacional.

No hay disonancias en asegurar el acceso indiscriminado, igualitario y oportuno (en el sentido de útil y eficaz) de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos.

Ello supone una ardua y compleja tarea presupuestaria y administrativa, abastecida en la ciencia y en los desarrollos tecnológicos. La eterna ecuación costo-servicio-calidad se levanta como uno de los desafíos más resonantes e insor-teables que debemos afrontar ante las carencias y las rémoras, en un territorio socialmente sensible y obviamente prioritario.

### IX. *Un primer balance*

En este rápido vuelo de aproximación, más que consecutivos estables o definitivos sólo es posible recortar algunas reflexiones que estimulen a continuar repensando un cuadrante tan enriquecedor, como el que concitan estas Jornadas.

En tal sentido sumo estos apuntes:

1) Desde la óptica constitucional, es evidente que se ha llegado a la idea compartida del reconocimiento cabal del derecho a la vida y del derecho a la salud. Las provincias son avanzadas en la consagración de tal reconocimiento. *Es la tendencia constitucional mundial de estas horas.*

2) El derecho a la salud que supone y reconoce el derecho personalísimo esencial a la vida o a vivir, cual verdadera *institución jurídica*, reclama una atención preferente del legislador común. Que debe reparar en la postura activa (en el doble sentido de que el habitante ejerce su derecho a la protección preventiva y a *posteriori* de aquélla) al acoger inseparablemente las cargas o deberes que el principio básico de la solidaridad le obliga al ciudadano a *dar* para que el techo protector sea igualitariamente compartido.

3) El derecho a la salud descansa, entonces, en la plena e inteligente participación del hombre común en cuanto hace al desenvolvimiento de las políticas concretas, que aseguren racionalmente el modo más adecuado de lograr los propósitos y fines del sistema de la salud.

4) Es impensable hoy un emprendimiento de la envergadura que supone *todo* lo que el art. 59 de la Constitución de Córdoba promete <sup>20</sup>, si no se adopta una metodología de trabajo que reconozca entre otras tres premisas norte: a) La labor interdisciplinaria en donde por diversos canales convergen conocimientos, técnicas, enseñanzas, teorías y experiencias que deben ser ensambladas en una *usina de conciliación armonizadora*. Lo cual permita respetar los principios de economía, funcionalidad, eficacia y dominio del *timing*; b) el sensato trasvasamiento de las contemporáneas manifestaciones del derecho comparado sin dejar de respetar la idiosincrasia y las necesidades, hábitos y nivel cultural del país. Reconocer así el repotenciamiento de respuestas que son cada vez más homogéneas y universales por referirse a problemas de una escala similar; c) Entender por último que las normas jurídicas a partir de las que contienen las Constituciones persiguen hoy más que nunca la *tutela procesal efectiva* de los derechos que ella afirma y proclama, revalorizando, porque reconoce su invulnerabilidad, una *zona de reserva*. Que levanta como coraza protectora contra los riesgos cada vez más agudos que originan las fricciones de la coexistencia, los logros tecnológicos y el 'progreso'. Factores socialmente mensurables que resienten la civilización y conspiran contra la vida privada y el poder de decisión último e incanjeable de la persona <sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Al desarrollo *progresivo* se contenta el Pacto de San José de Costa Rica en punto a lograr la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 26).

<sup>21</sup> MORELLO, *Tutela procesal del derecho a la intimidad personal*, "J.A.", 1985-II, ps. 764 a 783.

## X. *Colofón.*

Lo demás vendrá por añadidura.

La calidad, costo y mecanismos adecuados de la atención médica, la política y estrategia flexibles y realistas del accionar sanitario, encontrarán, como estos dos Seminarios lo van mostrando en el vuelo de las coincidencias técnicas administrativas que, pese a todas las dificultades, nos vamos acercando a aquellas metas, mediante propuestas constructivas de la modernidad de una problemática.

QUEBRANTAMIENTO DE LA LIMITACIÓN  
DE RESPONSABILIDAD

EL DERECHO MARÍTIMO ALEMÁN

*Disertación pronunciada por el doctor Jürgen Basedow, en  
el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación  
de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de  
Buenos Aires, en el año 1988*



En el año 1988, en ocasión de las Jornadas Argentino-Germanas, el profesor Jürgen Basedow pronunció, en el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de esta Academia, una Conferencia sobre el quebrantamiento de la limitación de la responsabilidad en el Derecho Marítimo.

Según su curriculum, el mencionado profesor cursó estudios en Derecho y Sociología en las Universidades de Hamburgo, Génova y Pavia (1971-72) y, posteriormente, en las Universidades de Harvard, Cambridge y Massachusetts (1980-81).

Se desempeñó como investigador asistente en el Instituto Max Planck (1975-76) y en el Instituto de Derecho Comparado de París, a cargo de René Rodiere (1977-78).

Entre los años 1985-86 concurrió como profesor invitado a las Universidades de Berlín y Munich.

Cumple funciones docentes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Augsburgo, en las cátedras de Derecho Civil, Derecho Comparado, Derecho Internacional Privado, Derecho Procesal y Derecho Económico.

A sugerencia nuestra, el profesor Jürgen Basedow expuso un panorama del Derecho Marítimo de la República Federal Alemana, el que se brinda juntamente con su conferencia \*.

Agradecemos a la Dra. Graciela Arrola de Galandrini su intervención en la preparación de esta publicación.

J. D. RAY

\* El texto de la conferencia en inglés y de la exposición del derecho germano en alemán, se conserva en el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.





## LA TEMERIDAD Y EL QUEBRANTAMIENTO DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO MARÍTIMO

### I. *Introducción*

El 6 de marzo de 1987, el trasbordador británico "Herald of Free Enterprise", proveniente del puerto belga de Zeebrugge, naufragó en el Canal de la Mancha y se produjeron alrededor de doscientas muertes.

Este desastre originó numerosas cuestiones legales. Las principales referidas a la limitación de la responsabilidad. Unas en relación a los reclamos emergentes del contrato individual de transporte, las otras ante reclamaciones provenientes de responsabilidades en general, a causa de hechos del mar.

La primera limitación se basa en la Convención de Atenas, relativa al transporte de personas y equipajes por mar de 1974, que regula la responsabilidad del transportador en su calidad de tal, y aunque no revista ni la de propietario ni la de armador <sup>1</sup>.

Sus límites son sensiblemente bajos, tanto para el caso de daños personales como de vehículos, previendo su artícu-

<sup>1</sup> Firmada en Atenas el 13-12-74, ver "Schadee/Clearingbould". Transporte. Tratados internacionales de Transporte. (Deventer 1985), 1-229.

lo 13 plurales causas de quebrantamiento de los límites previstos en ella. Muchos reclamantes tratan de franquearlos <sup>2</sup>.

La responsabilidad denominada global, es la regulada por la Convención sobre limitación de responsabilidad nacida por reclamaciones de derecho marítimo, de Londres de 1976. Ésta regla los reclamos de todo tipo dirigidos contra el propietario, armador o fletador <sup>3</sup>.

Permite limitar la responsabilidad hasta determinado monto, constituyéndose fondos, de acuerdo con las previsiones de los arts. 6 y 7, a dicho fin. En el caso de daños materiales, sobre la base de las dimensiones del buque; y tratándose de muerte o lesiones personales, según el número de pasajeros que está autorizado a transportar, conforme a su certificado. Los reclamantes pueden evitar la limitación si se dan los casos previstos en el artículo 4, atento que puede ocurrir que los fondos constituidos, de acuerdo con la Convención, no lleguen a cubrir todos los reclamos <sup>4</sup>.

Comparando el texto de este art. 4 con el del art. 13 del Convenio de Atenas, puede concluirse que son casi idénticos; la única diferencia es que Atenas requiere un acto u omisión del transportador, mientras que la norma de Londres es más clara y, quizás, menos amplia, presuponiendo un acto u omisión personal.

La problemática radica en la interpretación de las pa-

<sup>2</sup> El art. 13 expresa: "Pérdida del derecho de la limitación de la responsabilidad. 1) El transportista no podrá acogerse al beneficio de los límites de responsabilidad prescriptos en los arts. 7 y 8 y en el párrafo 1 del art. 10 si se demuestra que los daños fueron consecuencia de un acto o de una omisión del transportista obrando éste con la intención de causar esos daños o temerariamente y a sabiendas de que probablemente causaría tales daños. 2) El empleado o agente del transportista o del transportista ejecutor no podrán acogerse al beneficio de tales límites si se demuestra que los daños fueron consecuencia de un acto o de una omisión de dicho empleado o agente, si éstos obraron con la intención de causar esos daños o temerariamente y a sabiendas de que probablemente se causarían tales daños".

<sup>3</sup> Hecha en Londres el 19-11-76, impresa en ediciones "Schadee/Clearingbould" (*supra*, n. 1), I-247.

<sup>4</sup> El art. 4 expresa: "Conducta que excluye el derecho a la limitación. La persona responsable no tendrá derecho a limitar su responsabilidad si se prueba que el perjuicio fue ocasionado por una acción o una omisión suya y que incurrió en éstas con intención de causar ese perjuicio, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originaría tal perjuicio".

labras "con la intención de causar ese perjuicio" o "temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originaría el perjuicio".

Se tratará a continuación los antecedentes históricos de ambos artículos, como asimismo su interpretación por tribunales nacionales de varios países, y por último el acto personal requerido.

## II. *Antecedentes históricos*

La fórmula usada en ambas normas no encuentra su origen ni en el derecho civil, ni en el resto de la denominada legislación común. Es el resultado de una negociación internacional concretada en 1955, la que luego se plasma en plurales convenios internacionales.

Se presentan tres modos de quebrantamiento de la limitación de responsabilidad en las convenciones internacionales. La más antigua, refleja ideas básicas de la legislación civil y encuentra un ejemplo en la Convención referida al Transporte Internacional por Ferrocarril, de Berna de 1980, en su art. 44. Dicha previsión simplemente establece que el límite no se aplica en caso de dolo o culpa grave<sup>5</sup>.

La segunda forma, es la prevista en el art. 25 de la Convención de Varsovia, en su texto original<sup>6</sup>. Semejante resulta el art. 29 de la Convención sobre Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera de Génova de 1956<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Convención relativa al transporte internacional por ferrocarril (COTIF), firmada en Berna el 9-5-80, impresa en "Schadee/Clearingbould" (*supra*, n. 1), V-183 y V-213 (ap. B CIM), art. 44.

<sup>6</sup> Convención para la Unificación de ciertas reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional. Hecha en Varsovia el 12-10-1929, impresa en "Schadee/Clearingbould" (*supra*, n. 1). III. El art. 25 expresa: 1) "El portador no tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones del presente Convenio que excluyen o limitan su responsabilidad, si el daño proviene de su dolo o de faltas que con arreglo a la ley del Tribunal que entiende en el asunto, se consideren como equivalentes a dolo. 2) Le será igualmente rehusado este derecho si el daño ha sido causado en las mismas condiciones por uno de sus agentes obrando en el ejercicio de sus funciones."

<sup>7</sup> Convención sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera (CMR), hecha en Génova el 19-5-56, impresa en "Schadee/Clearingbould" (*supra*, n. 1), IV-1, art. 29.

Conforme a ella, el límite de responsabilidad es siempre franqueado en caso de dolo, pero también de faltas que con arreglo a la ley del tribunal que entiende en el asunto, se consideran equivalentes a aquél.

Esta fórmula ha generado algunos problemas, ya que la frase en su segunda parte tiene más amplitud que el dolo y abarca casos de culpa grave<sup>8</sup>, resultando, para el abogado no especializado, difícil encontrar ese nivel debajo del dolo o intención del acto.

A esta dificultad se sumó una segunda motivación, que llevó a abandonar la fórmula original<sup>9</sup>. Ella se presentó cuando Estados Unidos de Norteamérica requirió un incremento de los límites establecidos por Varsovia. Éstos fueron duplicados por el Protocolo de La Haya de 1955; pero como contrapartida los países continentales sostuvieron que debería haber menos facilidades para el quebrantamiento de esos límites. Esto explica porqué dos países como Noruega y Francia jugaron un rol activo en la nueva formulación del art. 25<sup>10</sup>. Lo expuesto resultó fundamental en la elaboración de las Reglas de Visby de 1968<sup>11</sup>, la Con-

<sup>8</sup> Conforme Banco Suizo Corp. v. Air Canadá, 129, "Dominion Law Reports", 3º, p.p. 85 a 99 y 103 (Fed. ct., 1981).

<sup>9</sup> Una excelente reseña de estas evoluciones la proporcionan "Lowenfeld/Mendelsohn", Estados Unidos, y el Convenio de Varsovia, "Harvard Law Review", 497 (1966/7).

<sup>10</sup> Ver el Protocolo hecho en La Haya el 28-9-55, modificatorio de la Convención de Varsovia de 1929, impreso en "Schadee/Clearingbould" (*supra*, n. 1), III-53. El art. 13 expresa: "En el artículo 25 del Convenio: Se suprimen los párrafos 1 y 2, quedando reemplazados por el siguiente: Los límites de responsabilidad previstos en el artículo 22 no se aplicarán si se prueba que el daño es resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes, con intención de causar el daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño; sin embargo, en el caso de una acción u omisión de los dependientes, habrá que probar también que éstos actuaban en el ejercicio de sus funciones".

<sup>11</sup> Protocolo hecho en Bruselas el 23-2-68 para la modificación de la Convención Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, firmada en Bruselas el 25-8-24, impresa en "Schadee/Clearingbould" (*supra*, n. 1), I-148. El art. 4, parágrafo 5 (e) expresa: "Ni el transportador ni el buque gozarán del derecho de beneficiarse de la limitación de responsabilidad establecida por este parágrafo si se prueba que el daño resultó de un acto o de una omisión del transportador hechos con intención de provocar un daño o temerariamente y con conciencia de que podría producirse algún daño".

ención de Atenas de 1974 <sup>12</sup> y la de Londres de 1976 <sup>13</sup>.

Esta nueva fórmula resultó el tercer modo de quebrantamiento y el que es más utilizado actualmente en la legislación.

### III. Interpretación

Para poder interpretar las disposiciones sobre quebrantamiento, en las convenciones marítimas, debe tenerse en cuenta que se trata de normas internacionales y no de reglas domésticas.

Deben tenerse en cuenta, asimismo, los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y por ello corresponde considerar los trabajos preparatorios de una convención, como complemento en la tarea del intérprete <sup>14</sup>.

En Inglaterra la Cámara de los Lores aplicó esta regla en el caso "Forthergill v. Monarch Airlines" <sup>15</sup>.

Las disposiciones de las Convenciones Marítimas sobre quebrantamiento de la limitación pueden ser clarificadas mediante la interpretación del nuevo art. 25 de la Convención de Varsovia y ello ha dado origen a un considerable número de decisiones judiciales en distintos países del mundo.

Tanto el Procurador General de Bélgica, en el caso "Tondrian v. Air India" <sup>16</sup>, como el gobierno alemán, en sus consideraciones cuando la ratificación de la Convención de Atenas, hicieron hincapié en la referida interpretación <sup>17</sup>.

En los casos aéreos hay una división entre aquellas

<sup>12</sup> Ver *supra*, n. 1 y 2.

<sup>13</sup> Ver *supra*, n. 3 y 4.

<sup>14</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23-5-1969, e impresa también en la 73ª "Revue generale de droit international public", 919 (1969) y en 8ª "International Legal Materials", 679 (1969).

<sup>15</sup> (1980), 2 All E. R., 696, p. 706 ss., Lord Diplock.

<sup>16</sup> Corte de Casación de Bélgica, 27-1-1977, 56ª "Revue de droit international et de droit comparé", ps. 171 a 175 (1979).

<sup>17</sup> Referencias a varios casos de derecho aeronáutico, pueden encontrarse en un inédito trabajo preliminar proponiendo la ratificación de la Convención de Atenas. Esta ratificación finalmente no fue recomendada debido a los bajos límites de responsabilidad contenidos en ella.

decisiones en que se siguió una interpretación en sentido concreto y otras que sostienen un criterio abstracto.

Así en el caso resuelto en Francia "Air France v. Moinot"<sup>18</sup>, se trataba de los reclamos de la viuda de una víctima fallecida en un accidente aéreo ocurrido en un vuelo desde Santiago de Chile con destino a París. Cuando el avión estaba aterrizando en una escala, en la isla francesa Guadalupe, de las Indias Orientales, el piloto incurrió en groseros actos de negligencia y omisión, tales como no hacer contacto con tierra por radio y no corregir el tiempo de arribo con los instrumentos de navegación disponibles, tomando una ruta que fue la que lo condujo directamente a las montañas de Guadalupe, lugar del hecho fatal.

En este caso la Corte de Apelaciones no sólo decidió que había comportamiento temerario, sino que infirió de él que el piloto sabía que probablemente causaría el daño. La Corte de Casación confirmó el criterio razonando que de acuerdo con el art. 25 de la Convención de Varsovia —modificado por el Protocolo de La Haya— en orden a establecer si el autor del acto u omisión temerario causa del daño, sabía que éste probablemente se causaría, debe adoptarse un punto de vista objetivo, es decir haciendo referencia a una persona normalmente prudente y cuidadosa.

La Corte de Casación francesa repitió, en varias oportunidades, su postura basada en una evaluación objetiva, uniendo los dos elementos del art. 25. Así sostuvo que después de estar probado que el autor desplegó una conducta temeraria, cabe preguntarse aún si una persona normalmente cautelosa hubiera tenido conocimiento de que probablemente ocurriría el daño. De no arribar a dicha conclusión no se quebranta el límite de responsabilidad. Con esta interpretación el elemento "sabiendo", pierde completamente su importancia y consecuentemente la posición francesa no es acorde a la Convención.

El enfoque subjetivo, u opuesto, fue utilizado por la Corte de Apelaciones de Inglaterra en el caso "Goldman v.

<sup>18</sup> Corte de Casación de Francia, 16-4-1975-1976, "Revue Française de droit aérien", 105.

Thai Airways”<sup>19</sup>. El reclamante fue seriamente lesionado en su columna vertebral cuando, al entrar el avión en una zona de turbulencia sobre Yugoslavia, en su vuelo de Londres a Bangkok, el piloto pese a haber sido advertido de dicha posibilidad, y contar en su manual con normas que recomendaban oprimir la señal de ajustar los cinturones, no lo hizo. Pilotos de otras líneas testimoniaron que lo usual era aguardar con la señal encendida hasta que las primeras olas de turbulencia hubieran pasado y el aire se presentara calmo.

El caso fue fallado haciendo lugar a una indemnización plena, pero su decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones sosteniendo Lord Justice Eveleigh, separando los dos elementos del art. 25, que, de acuerdo con dicha norma, no es suficiente demostrar que una regla ha sido contrariada temerariamente —aunque se refiera a seguridad— sino que es necesario también que se pruebe que el autor tenía conocimiento de que el daño podría resultar<sup>20</sup>. Ello porque mientras que el incumplimiento de la norma puede ser suficiente para establecer que existió temeridad, no es posible inferir de ese comportamiento el conocimiento por parte del piloto, o concluir que tenía conocimiento porque lo conocía otro piloto o él mismo debería haberlo sabido<sup>21</sup>.

Estas son las dos posturas extremas.

La Corte Suprema de Bélgica ha sostenido un parámetro aún más subjetivo<sup>22</sup> y en igual sentido la Corte Federal de Alemania Occidental<sup>23</sup>. Mientras que por el contrario la Corte Federal de Canadá comparte el criterio objetivo<sup>24</sup>.

¿Cuál es el camino correcto? Ya se ha hecho referencia

<sup>19</sup> (1983), *Semanario de Información Legal* 1186 (Corte de Apelaciones).

<sup>20</sup> “Goldman v. Thai Airways” (1983), <sup>10</sup> *Semanario de Información Legal*, 1186 a 1199, C. A.

<sup>21</sup> (1983), <sup>10</sup> *Semanario de Información Legal*, 1186 a 1194, C. A.

<sup>22</sup> Ver la decisión del caso “Tondrian v. Air India”, *supra*, n. 16.

<sup>23</sup> “Bundersgerichtshof” (BGH), 16-2-1979, 740 “Entscheidungen des Bundersgerichtshofs in Zivilsachen” (BGHZ), p. 162.

<sup>24</sup> Banco Suizo Corp. v. Air Canadá, 1290 “Dominion Law Reports”, 30, ps. 85 a 104 ss. (1981).

a la crítica a la postura francesa que une los elementos distintivos del art. 25; sin embargo, resulta, asimismo, difícil pensar cómo podemos probar la intención o el conocimiento de un piloto, y en particular si ha fallecido en el accidente, si no es refiriéndonos a algunos hechos que permitan una prueba objetiva. Por ejemplo, resulta discutible que se pueda inferir tal intención en los casos de hurto del cargamento; pero si se conduce por la derecha de una ruta de Inglaterra, ese solo hecho posiblemente sea suficiente para demostrar una conducta temeraria como asimismo la existencia de conocimiento de que el daño podría ocurrir. Parece entonces que este conocimiento puede ser fácilmente inferido cuando regulaciones estrictas han sido llamativamente ignoradas<sup>25</sup>. Así en el caso de una azafata que sin estar autorizada aceptó un paquete valioso para transportarlo, lo colocó en una de las cabinas de equipaje de las situadas encima de los asientos, con libre acceso al público, y se despreocupó del mismo hasta después del aterrizaje, se consideró que actuó temerariamente y con conocimiento de que el daño podría producirse<sup>26</sup>.

Debe tenerse en cuenta que si bien las reglas de seguridad para la actividad aérea son muy numerosas, las correspondientes a la marítima también resultan frondosas. Dichas regulaciones reflejan la experiencia de la industria naviera, provengan tanto de autoridades estatales, Clubes de Protección e Indemnidad u otras organizaciones privadas. Su propósito es dispensar al propietario, armador y gente de mar, de tener que pensar en cada caso si una situación puede producir un daño o no. Se tiene que sentir tranquilo en la medida en que se ajuste a dichas normas.

Por ello es que en casos de claras desviaciones a normas que comúnmente son bien observadas, se puede inferir que el autor sabe que el daño probablemente se producirá.

<sup>25</sup> Ver *supra*, n. 19 y 21.

<sup>26</sup> BGH, 16-2-1979, *supra*, n. 23.



Esta regla resulta expresión de la experiencia humana y debería, por lo tanto, reputarse como norma de evidencia.

#### IV. *El acto u omisión personal*

De acuerdo con la Convención de 1976, para quebrantar la limitación de responsabilidad por ella establecida, debe tratarse de un acto u omisión personal del armador, propietario o fletante.

Ello es claramente diferente y más amplio que lo establecido en el art. 25 de la Convención de Varsovia. En igual sentido la Convención de Atenas y las Reglas de Visby.

No es mi intención tratar estas diferencias en detalle, pero al menos mencionaré que la fórmula amplia de la Convención sobre Limitación podrá frecuentemente originar dificultades, cuando los buques pertenezcan a personas jurídicas.

En el caso de compañías es difícil determinar cuáles actos y omisiones serán atribuibles a dichas personas jurídicas.

Son, por supuesto, los directores, ¿pero quien más? Dos caminos se han abierto para escapar a una interpretación restringida.

El primero, extender el grupo de personas que actúan como representantes de la compañía a otras, tales como el capitán u oficial del buque, atento a que pesa sobre ellos una especial responsabilidad.

El segundo enfoque, considerar la delegación en sí misma de ciertas funciones, por parte de los directores, como acto temerario. Así fue decidido por la Corte Suprema de Suecia en un caso en que el capitán destruyó el cargamento, por no haberlo reclamado el consignatario en el puerto de descarga. La Corte estimó dicha destrucción como realizada por el director. Así, la misma delegación fue considerada como acto temerario del delegante <sup>27</sup>.

<sup>27</sup> "Svea Hovrätt", 12-6-1979, confirmado por "Högsta Domstolen", 19-12-1979, ambos en 1979, "Nordiske Domme i Sjfartsanliggender", p. 27.



## INTRODUCCIÓN AL DERECHO MARÍTIMO DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

### I. *Palabras previas*

La siguiente exposición no pretende brindar una información detallada sobre el derecho marítimo privado alemán, sino proporcionar un panorama de este sector del derecho, a fin de permitir una comparación con el de otros países. Remite a publicaciones, tanto alemanas<sup>1</sup> como extranjeras<sup>2</sup>.

El derecho marítimo privado de la República Federal Alemana, se encuentra legislado principalmente en el libro quinto del Código de Comercio<sup>3</sup>.

La inclusión en el mencionado Código lleva a olvidar que dicho libro es una codificación, en gran parte, inde-

<sup>1</sup> Los mejores conocimientos nos los proporciona HANS WÜSTENDORF, *Neuzeitliches Seehandelsrecht* (2ª ed., 1950), aunque en algunos pasajes se halle superado; igualmente en parte superado se encuentra el libro de texto de HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Das Seerecht* (4ª ed., 1974). Más modernos son los comentarios de GEORG SCHAPS/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, II (4ª ed., 1978) y de HEINZ PRÜßMANN/DIETER RABE, *Seehandelsrecht* (2ª ed., 1983).

<sup>2</sup> Lea por ejemplo MERTEN DREVS, *La distinction de l'affrètement et du transport maritime en droit allemand* (1979); JOHANNES TRAPPE, *Chronique de jurisprudence allemande* (marzo 1986): DMF 1986, p. 436 ss. y 500 ss.

<sup>3</sup> Dicho libro fue hasta hace poco el número cuarto. La ley del 19-12-85, (BGBl-1985, I, p. 2355), introdujo un nuevo tercer libro, en el Código de Comercio, sobre contabilidad, estando actualmente el Derecho Marítimo en el libro quinto.

pendiente y la propia naturaleza de la materia reglamentada pone de manifiesto que la conexión con el restante derecho comercial es de poca importancia.

Ese libro quinto contiene disposiciones sobre la responsabilidad del armador así como sobre seguros marítimos <sup>4</sup>, no contando los otros libros con normas al respecto <sup>5</sup>.

## II. *La historia del Derecho Marítimo alemán*

El derecho marítimo ha surgido a través de una ágil y continua interacción con la normativa internacional, sin traducir una impronta local, como ocurre en otros sectores del derecho privado alemán.

Históricamente resultaron de importancia la Lex Rhodia de Iactu <sup>6</sup>, los fallos del Tribunal Marítimo de Barcelona, así como el Consulado del Mar y los Roles de Olerón; estos últimos dieron origen al "Vonnisse van Dämme", que tuvo gran difusión en el tráfico marítimo de las ciudades hanseáticas, al igual que el derecho marítimo de Lübeck, base del derecho marítimo de Visby <sup>7</sup>.

En esa evolución tuvo influencia la legislación de Prusia, sin cambios hasta que el Gran Elector de Brandenburgo, a finales del siglo XVII, pretendió adoptar una política propia en la materia, que recién se concretó el 1º de diciembre de 1727 en el denominado derecho marítimo monárquico-prusiano, fundado en las normas marítimas reconocidas en las costas alemanas, adoptadas por el fuero urbano de Hamburgo de 1603, como asimismo por el derecho marítimo hanseático de 1614 y por el derecho marítimo sueco de 1667. El derecho marítimo prusiano, formalmente, también tomó

<sup>4</sup> En especial se convienen las Condiciones generales alemanas de seguros marítimos (ADS). Su texto de 1983/84 se halla reproducido en el comentario de JÜRGEN PRÖLLS/ANTON MARTIN, "Versicherungsvertragsgesetz", 23, ed. 1984, suplemento II a §§ 129 - 148 ADS 1973.

<sup>5</sup> "Gesetz über den Versicherungsvertrag" del 30-05-1908, RGBI, 1908; p. 263.

<sup>6</sup> Dig. 14, 2.

<sup>7</sup> Con respecto a la historia del derecho marítimo lea especialmente RUDOLF WAGNER, *Handbuch des Seerechts*, vol. I (1884), 33 ss.

por modelo la Ordenanza de la Marina francesa de 1681.

El derecho marítimo monárquico prusiano de 1727 fue adoptado, en gran parte, por el derecho común prusiano de 1794, en lo que hace al derecho marítimo, llegándose así al Código de Comercio común alemán de 1861, el que fue simplemente adaptado a los cambios introducidos, posteriormente, por el nuevo Código Civil, en 1897<sup>8</sup>.

Las escasas modificaciones en cuanto a su contenido, desde comienzos del siglo XVIII, son las que explican que el erudito Hans Wüstendörfer haya criticado al Código de Comercio, poco después de su entrada en vigor, por anticuado y dirigido hacia el pasado.

Un ejemplo de la antigüedad de la codificación y su orientación, se encuentra en la casi total ausencia de normas sobre el contrato de transporte regular en buques modernos, el que es sólo mencionado esporádicamente en algunas prescripciones especiales<sup>9</sup>.

Por ello es que la evolución del derecho marítimo alemán no finalizó con la codificación del mismo, sino que, por el contrario, se aceleró cediendo a las circunstancias y fue llevado a tres grandes reformas, durante el siglo XX, que significaron decisivos cambios en cuanto al contenido.

La primera de esas reformas consistió en la adopción de las Reglas de La Haya<sup>10</sup>, por ley de 1937<sup>11</sup>, que trajo consigo el reconocimiento del contrato de transporte de

<sup>8</sup> En cuanto a lo precedente, se remite a las productivas investigaciones llevadas a cabo por GÖTZ LANDWEHR; lea del mismo, *Das Preussische Seerecht, vom Jahre 1727 im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung; Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 8 (1986), p. 113 ss., con otras muchas notas bibliográficas.

<sup>9</sup> Compare HANS WÜSTENDÖRFER, *Seeschiffsrecht*, en: *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, bajo la dirección de VIKTOR EHRENBERG, vol. VII, 2 (1923), p. 25; en relación a Wüstendörfer lea en especial GÖTZ LANDWEHR, *Hans Wüstendörfer (1875-1951)* - En "Hamburger Rechtsgelehrter": *JuS* 1987, p. 344, ss.

<sup>10</sup> *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissements signée à Bruxelles*, el 25-08-1924, RGBI, 1939, II, p. 1049.

<sup>11</sup> *Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Handelsgesetzbuches über das Seefrachtrecht*, del 10-08-1937, RGBI, 1937, 5, p. 891; en cuanto a los precedentes lea ROLF STÖDTER, *Geschichte der Konnossementsklauseln* (sin indicación del año, pero alrededor de 1954), pp. 20-71.

carga general como un tipo contractual propio, desligando asimismo la figura del transportador de la del armador.

Un segundo paso de trascendental importancia se emprendió con la ley de 1972, reformativa de la limitación de responsabilidad del armador<sup>12</sup>, al sustituir el sistema del patrimonio de afectación por el previsto por la Convención de 1957<sup>13</sup>, introduciéndose así el sistema de fondo de limitación. Según este procedimiento, le es posible al armador limitar su responsabilidad hasta un importe máximo que se calcula según las dimensiones del buque, independientemente del valor del patrimonio naval. La mencionada ley introdujo, también, importantes cambios con respecto a las facultades de representación del capitán, la avería gruesa, la asistencia y salvamento, así como en relación a los privilegios sobre el buque<sup>14</sup>.

La tercera etapa de la reforma no finalizó hasta 1986, con la segunda ley para la modificación del derecho marítimo<sup>15</sup>, que adoptó la Convención de 1976 sobre limitación de responsabilidad frente a créditos marítimos<sup>16</sup>, así como las Reglas de Visby de 1968<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> *Seerechtsänderungsgesetz*, del 21-06-1982, BGBl, 1972, p. 966.

<sup>13</sup> *Convention internationale sur la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer, faite à Bruxelles*, el 10-10-1957, "Bundesgesetzblatt", 1972, II, p. 672; con respecto a ello RAINER FREISE, *Die summenmäßige Beschränkung der Reederhaftung nach kommandem Recht* (1971); ROLF HERBER, *Quelques problèmes concernant l'unification du droit surgis à l'égard de la Convention internationale sur la responsabilité des propriétaires de navires de mer, signée à Bruxelles*, el 10-10-1957, DMF 1967, p. 267 ss.

<sup>14</sup> Lea respectivamente HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Die Reform des deutschen Seehandelsrechts durch das Seerechtsänderungsgesetz*, vom 21. Junio 1972 (1973); ROLF HERBER, *Zur Modernisierung des deutschen Seehandelsrechts*: Hansa 1972, p. 508 ss., 795 ss., 1065 ss.

<sup>15</sup> *Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs und anderer Gesetze (Zweites Seerechtsänderungsgesetz)*, del 25-07-1986, BGBl, 1986, I, p. 1120; con respecto a ello ROLF HERBER, *Das Zweite Seerechtsänderungsgesetz "TranspR"* 1986, p. 249 ss., 326 ss.

<sup>16</sup> *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, faite à Londres*, el 19-11-1976, BGBl 1986, II, p. 787.

<sup>17</sup> *Protocole, faite à Bruxelles*, el 23-02-1968, portant modification de la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*, signée à Bruxelles, el 25-08-1924. Este protocolo no fue ratificado por la República Federal Alemana. Su texto se halla reproducido en PRÜßMANN/RABE, nota explicativa nº 4, p. 600 ss.

Con ello corrigió el legislador la totalmente inaceptable jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo. Éste había decidido, en algunos fallos, en relación a la anterior situación jurídica, que un contenedor y no las cajas que en él se encuentran, ha de ser considerado como paquete en sentido de la limitación de la responsabilidad, reglamentada en los arts. 4 y 5 de las Reglas de La Haya <sup>18</sup>.

En cuanto al transporte de pasajeros, la segunda ley de 1986 anuló en gran parte disposiciones antiguas, reemplazando éstas por un sistema imperativo, siguiendo en su mayor parte a la Convención de Atenas de 1974 <sup>19</sup>. Pero el derecho alemán prevé límites de responsabilidad para el caso de muerte o lesiones del pasajero, más altos que en dicha Convención, apartándose asimismo en otros puntos de la misma.

### III. *Las fuentes del Derecho Marítimo alemán*

El Derecho Marítimo alemán se compone tanto de normas de derecho privado, como de carácter penal, público, laboral, social, económico, fiscal e incluso constitucional; de allí la imposibilidad de llevar a cabo, en este trabajo, un resumen completo sobre las fuentes. Remito al lector a referencias bibliográficas <sup>20</sup>.

Una gran parte del derecho privado marítimo está contenido en el Código de Comercio, en su libro quinto, pero lo que hace al crédito naval, excepto los privilegios, es objeto de tres normativas especiales referidas a derechos reales. Así la ley de derechos sobre buques registrados y

<sup>18</sup> Lea BGH 19-09-77; BGHZ 69, p. 243 = NJW 1977, p. 2314; 22-09-1980, BGHZ 78, 121 = NJW 1981, 1159; 17-01-1983, BGHZ 86, 234; además de ello TRAPE, nota explicativa nº 5, DMF 1986, p. 503.

<sup>19</sup> *Convention d'Athènes relative au transport par mer de passagers et de leur bagages, faite le 13-12-1974*, no ratificada por la República Federal Alemana. Una reproducción de su texto se encuentra en Rev. dr. unif. 1975, I, p. 142. Una crítica de esta convención está contenida en el artículo de JÜRGEN BASEDOW, *Passagierschiffahrt*: ZHR 148 (1984), p. 238 ss.

<sup>20</sup> PRÜßMANN/RABE, nota explicativa nº 4, Introducción III, p. 6 ss.; SCHAPS/ABRAHAM, nota explicativa nº 4, vol. I, p. 21 ss.

artefactos navales en construcción <sup>21</sup>, el Reglamento del Registro Naval <sup>22</sup>, y una disposición complementaria <sup>23</sup>, sobre normas de procedimiento; todas del año 1940.

La reglamentación de la limitación de la responsabilidad frente a créditos marítimos, en el Código de Comercio, y en la Convención de 1976 <sup>24</sup>, se completa con el Reglamento marítimo de 1986 <sup>25</sup>, cuya función, en sus cuarenta artículos, consiste en establecer un procedimiento similar al concurso de acreedores, determinando, asimismo, la forma de distribución entre éstos.

Además de las leyes especiales, hay otras numerosas, de carácter general, que cuentan con disposiciones aplicables al derecho marítimo <sup>26</sup>.

#### IV. *La posición del Derecho Marítimo en el ordenamiento jurídico alemán*

La codificación del derecho marítimo alemán ha de ser entendida en sí misma y no como dependiente de otros sectores jurídicos, sin perjuicio de recibir la influencia de las reglas generales, si el legislador no establece exclusiones expresas, tal como por ejemplo la ley de competencia <sup>27</sup>. Ésta representa una especie de constitución de la vida eco-

<sup>21</sup> Ley del 15-11-1940, RGBI 1940, I, p. 1499; esta ley ha sido tratada en detalle por FRITZ PRAUSE, *Das Recht des Schiffskredits* (3ª ed., 1979).

<sup>22</sup> *Schiffsregisterordnung* del 19-12-1940, promulgada nuevamente el 26-05-1951, BGBI, 1951, I, p. 353.

<sup>23</sup> *Schiffsregisterv Verfügung* del 23-12-1940, nuevo texto promulgado el 29-05-1951, BAnz. 1951, Nr. 109.

<sup>24</sup> Se remite a la nota explicativa nº 16.

<sup>25</sup> *Gesetz über das Verfahren bei der Errichtung und Verteilung eines Fonds zur Beschränkung der Haftung für Seeforderungen (Seerechtliche Verteilungsordnung)* del 25-07-1986, BGBI. 1986, I, p. 1130.

<sup>26</sup> En la redacción del *Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts* del 25-07-1986, BGGI. 1986, I, p. 1142, traducción francesa en Rev. crit. dr. int. pr. 76 (1987), p. 170. Esta ley incorpora la *Convention (de Roma) sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome* el 16-09-1980, D.O.C.E. n. L 266 del 09-10-1980 = Rev. crit. dr. int. pr. 69 (1980), p. 875.

<sup>27</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 27-07-1957, promulgada nuevamente el 24-09-1980, BGBI. 1980, I, p. 1761.



nómica en la República Federal Alemana y es considerada por muchos como una justificación de la libertad de contratar<sup>28</sup>. Con la sanción de esta ley se puso en duda la organización del servicio regular internacional de buques, caracterizado por la llamada cartelización de las denominadas conferencias de fletes o de líneas. Se originaron, asimismo, conflictos con Estados extranjeros, que perjudicaron, en los años cincuenta, tras la Segunda Guerra Mundial, la reconstrucción de la flota mercante alemana.

El art. 104 de la ley sobre restricciones de la competencia, objeta el aprovechamiento abusivo, por las empresas, de su posición de mercado.

De forma muy distinta se presenta la relación del derecho marítimo con el derecho general contractual. Dicha materia, con la ley de 1976 sobre Reglamentación del derecho de las condiciones generales de los contratos, ha recibido, prácticamente, un nuevo fundamento<sup>29</sup>.

Por una parte la ley no se refiere, en ninguna norma, expresamente al derecho marítimo y sus disposiciones centrales no son aplicables ni a contratos entre comerciantes, ni tampoco al transporte marítimo.

Por otro lado, la aplicación diaria por los tribunales de dicha normativa los ha sensibilizado al respecto, advirtiéndoles que los contratos sobre transporte de carga, en la navegación de ultramar, son simples contratos de adhesión, siendo su contenido impuesto por el transportador, en las condiciones del conocimiento.

Han aumentado las decisiones de los tribunales que niegan efecto legal a ciertas cláusulas del conocimiento.

<sup>28</sup> Lea sobre todo ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Über das Verhältnis der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht*, AcP 168 (1968), p. 235.

<sup>29</sup> *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* del 09-12-1976, BGBI, 1976, I, p. 3317; en cuanto a esta ley lea GÜNTHER H. ROTH, *La nouvelle loi allemande sur les conditions générales du contrat (AGB-Gesetz)* del 06-12-1976: *Rev. int. de droit comp.* 29 (1977), p. 359 y ALFRED RIEG, *Les clauses abusives et le consommateur*, *Rev. int. de droit comp.* 34 (1982), p. 905; las consecuencias de esta ley para el derecho marítimo se discuten en el artículo de DIETER RABE, *AGB-Gesetz und Seefrachtrecht* (1985).

Así, por ejemplo, la Audiencia Territorial de Hamburgo calificó a la cláusula "Identity-of-Carrier", como disposición sorprendente, a la luz del art. 3 de la ley en comentario, declarándola por ello inválida <sup>30</sup>.

El Tribunal Federal Supremo, en dos casos en que se pactaron cláusulas sobre competencia jurisdiccional, en conocimientos, las declaró inválidas, con el argumento de que no eran legibles por estar escritas en letra pequeña, considerando que ni siquiera habían llegado a formar parte del contrato <sup>31</sup>.

Con estos ejemplos se pone de manifiesto una creciente influencia del derecho contractual general, sobre el derecho marítimo.

Pero, al mismo tiempo permite concluir que su aplicación, en el futuro, pese a defender al consumidor, llevará a crecientes desavenencias en el tráfico jurídico internacional.

El derecho del transporte relativo a los otros sectores del tráfico ejerce una progresiva influencia sobre el derecho marítimo <sup>32</sup>.

En las reformas llevadas a cabo en los últimos años se pueden apreciar indicios de una avanzada armonización del derecho del transporte. Ésta viene documentada, por un lado, por la ley para la conversión del franco oro de 1950 <sup>33</sup>, en la cual el legislador ha dispuesto, para todas las convenciones sobre derecho del transporte —con excepción de la Con-

<sup>30</sup> OLG, Hamburg, 11-06-1981; RIW, 1982, p. 205 ss.

<sup>31</sup> BGH, 30-05-1983; NJW, 1983, p. 2772 (2773); 03-02-1986, "TranspR", 1986, p. 293; lea también TRAPPE, nota explicativa nº 5; DMF, 1986, p. 437.

<sup>32</sup> La aproximación se manifiesta especialmente en la *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, faite à Hambourg*, el 31-03-1978. El texto se reproduce en Rev. dr. unif., 1978, I, p. 134. Con respecto a la armonización del derecho del transporte llevada a cabo por las Reglas de Hamburgo, lea KURT GRÖNFORS, *Die Harmonisierung des Transportrechts und die Hamburger Regeln*: *RebelsZ* 42 (1978), p. 696 ss.

<sup>33</sup> *Gesetz zu den Protokollen*, vom 19-11-1976 und vom 05-07-1976; *über die Ersetzung des Goldfrankens durch das Sonderziehungsrecht des Internationalen Währungsfonds sowie zur Regelung der Umrechnung des Goldfrankens in haftung rechtlichen Bestimmungen (Goldfrankentumrechnungsgesetz)*, del 09-06-1980, *BGBI*, 1980, II, 721.

vención de Varsovia sobre transporte aéreo <sup>34</sup>—, e incluso para el derecho nacional, que el derecho especial de giro (DEG), del FMI, ha de servir como regla para el cálculo del límite máximo de responsabilidad jurídica. Se encuentra una prueba más en las leyes y convenciones que disponen la ruptura con estos límites máximos, casos en que el derecho marítimo, tanto para el caso del transportador como para el armador, ha adoptado la fórmula del art. 25 de la Convención de Varsovia, en su redacción de 1955; conforme a ello prevé la ilimitación en la responsabilidad, cuando se obra con temeridad y sabiendo que el daño probablemente se causaría.

En el caso de la navegación fluvial, el derecho marítimo es su principal guía <sup>35</sup>.

#### V. *El Derecho Marítimo alemán y el Derecho Marítimo Internacional*

La evolución histórica del derecho marítimo se ha caracterizado durante muchos siglos por un continuo intercambio de experiencias comerciales y jurídicas, sin preocupación de fronteras ni mares y ha llevado, en el ámbito del Common-Law, incluso, a ser concebido como un General Maritime Law, como un derecho supranacional <sup>36</sup>.

<sup>34</sup> *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, faite à Varsovie*, el 12-10-1929; *Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie*, el 12-10-1929, *faite à La Haye*, el 28-09-1955; ambas Convenciones se hallan reproducidas en KONRAD ZWEIGERT/J. KROPHOLLER, *Sources du droit uniforme*, vol. II (Ley de 1929, p. 462 y p. 471). Para la determinación del valor del franco Poincaré empleado por el art. 22 de la Convención, lea LG, München, I, 21-02-1984; JZ, 1985, p. 141 que se refiere al mercado del oro. Esta decisión fue aprobada por JÜRGEN BASEDOW; contra OLG, Frankfurt, 23-06-1986; ZLW, 35 (1986), p. 263; BGH, 9-04-1987, "TranspR", 1987, 283.

<sup>35</sup> El derecho de la navegación fluvial se halla reglamentado en el *Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt*, del 15-06-1895, RGBI, 301. Esta Ley no ha sido modificada de forma importante desde su entrada en vigor; compare para ello GÉRARD AUCHTER, *Réflexions sur le droit fluvial rhénan: Droit européen des transports*, 19 (1984), p. 143 ss.

<sup>36</sup> Lea GRANT GILMORE/CHARLES L. BLACK, *The Law of Admiralty* (2ª ed., 1975), p. 482.

El origen de esta idea se encuentra en el concepto de que las necesidades, en vista de una reglamentación de la navegación marítima mundial, pueden ser satisfechas mucho más rápidamente con normas internacionales uniformes.

La soberanía nacional se encuentra en extrema contradicción con el carácter internacional del tráfico marítimo, lo que provocó, en el siglo XIX, un movimiento de unificación internacional, visto por la doctrina alemana, en general, con escepticismo<sup>37</sup>.

En el último decenio, el legislador alemán ha mostrado una actividad importante en relación a la adopción de convenios internacionales, no sólo en el campo del derecho privado, sino en todos los ámbitos del derecho marítimo.

La siguiente exposición menciona solamente aquellas convenciones ratificadas por la República Federal Alemana, que poseen una cierta relación con el derecho marítimo privado.

— Convention pour l'Unification de Certaines Règles en Matière d'Abordage, faite à Bruxelles le 29-09-1910<sup>38</sup>.

— Convention pour l'Unification de Certaines Règles en Matière d'Assistance et de Sauvetage Maritimes, faite à Bruxelles le 23-09-1910<sup>39</sup>.

— Convention internationale pour l'Unification de certaines règles en matière de Connaissances, faite à Bruxelles le 25-08-1924 (Reglas de La Haya), compare *supra* n° 5<sup>40</sup>.

— Convention internationale pour l'Unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'État, faite à Bruxelles le 10-04-1926<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Lea ROLF HERBER, *Gedanken zur internationalen Vereinheitlichung des Seehandelsrechts, Festschrift* (Rolf Stödter (1979), p. 55 ss.; HEIN KÖTZ, *Rechtsvereinheitlichung-Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*: *RabelsZ*, 50 (1986), p. 1 ss.; PETER BEHRENS, *Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung*: *RabelsZ*, 50 (1986), p. 19 ss.; PAUL HEINRICH NEUHAUS/JAN KROPHOLLER, *Rechtsvereinheitlichung - Rechtsverbesserung?*, *RabelsZ*, 45 (1981), p. 73 ss.

<sup>38</sup> *RGBl.*, 1913, p. 49, 89.

<sup>39</sup> *RGBl.*, 1913, p. 66, 89.

<sup>40</sup> Se remite a la nota explicativa n° 10.

<sup>41</sup> *RGBl.*, 1927, II, p. 483.

— Convention pour l'Adoption d'un système uniforme de Jaugeage des Navires, faite à Oslo le 10-06-1947 <sup>42</sup>.

— Convention internationale pour l'Unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer, faite à Bruxelles le 10-05-1952 <sup>43</sup>.

— Convention internationale pour l'Unification de certaines règles relatives à la compétence civile en matière d'abordage, faite à Bruxelles le 10-05-1952 <sup>44</sup>.

— Convention internationale pour la Prévention de la Pollution des Eaux de la Mer par les Hydrocarbures, faite à Londres le 26-04-1954 <sup>45</sup>.

— Convention internationale sur la Limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer, faite à Bruxelles le 10-10-1957, compare *supra* n<sup>o</sup> 5 <sup>46</sup>.

— Convention internationale de 1966 sur les Lignes de charge, faite à Londres le 05-04-1966 <sup>47</sup>.

— Convention internationale de 1969 sur le Jaugeage des navires, faite à Londres le 23-06-1969 <sup>48</sup>.

— Convention internationale sur la Responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, faite à Bruxelles le 29-09-1969 <sup>49</sup>.

— Convention relative à la Responsabilité civile dans le domaine du transport maritime des matières nucléaires, faite à Bruxelles le 17-12-1971 <sup>50</sup>.

— Convention internationale portant Création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, faite à Bruxelles le 18-12-1971 <sup>51</sup>.

— Convention pour la Prévention de la pollution mari-

<sup>42</sup> BGBI., 1957, II, p. 1469 y 1958, II, p. 67.

<sup>43</sup> BGBI., 1972, II, p. 655.

<sup>44</sup> BGBI., 1972, II, p. 663.

<sup>45</sup> BGBI., 1956, II, p. 179, modificada el 31-12-1978; BGBI., 1979, II, p. 62.

<sup>46</sup> Se remite a la nota explicativa n<sup>o</sup> 13.

<sup>47</sup> BGBI., 1969, II, p. 249 y 1977, II, p. 164.

<sup>48</sup> BGBI., 1975, II, p. 65.

<sup>49</sup> BGBI., 1975, II, p. 301, 305.

<sup>50</sup> BGBI., 1975, II, p. 957, 1026.

<sup>51</sup> BGBI., 1975, II, p. 301, 320.

ne par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs, faite à Oslo le 15-02-1972 <sup>52</sup>.

— Convention sur le Règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer, faite à Londres le 20-10-1972<sup>53</sup>.

— Convention sur le Prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, fait à Mexico, Moscou et Washington le 29-12-1972 <sup>54</sup>.

— Convention internationale de 1974 pour la Sauvegarde de la vie humaine en mer, faite à Londres le 01-09-1974 <sup>55</sup>.

— Convention relative à un Code de conduite des conférences maritimes, faite le 06-04-1974 <sup>56</sup>.

— Convention de 1976 sur la Limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, faite à Londres le 19-11-1976 <sup>57</sup>.

Además, hay otros ámbitos en los que el derecho marítimo alemán se ha orientado siguiendo acuerdos internacionales, sin adoptarlos formalmente. Este procedimiento asigna a las convenciones internacionales, en cierto modo, el papel de una ley modelo. El legislador alemán se ha servido de esta forma de proceder, para la reorganización del transporte de mercaderías y de personas en la segunda ley para la modificación del derecho marítimo de 1986, la cual ha seguido en su normativa esencialmente a las Reglas de Visby y la Convención de Atenas de 1974 respectivamente <sup>58</sup>. También para la revisión de los privilegios sobre el buque el legislador se apoyó considerablemente en la Convención de Bruselas de 1967 <sup>59</sup>. La diferencia más importante con ésta es en lo

<sup>52</sup> BGBI., 1977, II, p. 165.

<sup>53</sup> BGBI., 1976, II, p. 1017.

<sup>54</sup> BGBI., 1977, II, p. 165, 180.

<sup>55</sup> BGBI., 1980, II, p. 717.

<sup>56</sup> BGBI., 1983, II, p. 62.

<sup>57</sup> Se remite a la nota explicativa nº 16.

<sup>58</sup> Se remite al texto precedente a las notas explicativas nº 17 y 19.

<sup>59</sup> *Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes, faite à Bruxelles, el 27-05-1967: "Unidroit-Annuaire", 1967/68, I, p. 334.*

relativo al privilegio del titular del seguro social sobre el buque.

Con la entrada en vigor de las Convenciones Internacionales, se ha discutido, en los últimos tiempos, el modo de adopción de las mismas en el derecho alemán, en el que de acuerdo con la tradición no serán adoptadas como textos directamente aplicables, si no estuvieran incorporadas al derecho marítimo nacional. Sin embargo, aquellos que deben aplicarlas a menudo no han tenido en cuenta la procedencia internacional de las disposiciones y las han interpretado como derecho alemán.

En los tribunales de otros países, se desmenuzó muy pronto la uniformidad de los acuerdos garantizados por el derecho internacional con las distintas interpretaciones nacionales, divergentes entre sí. Markianos<sup>60</sup> ha realizado un estudio comparativo sobre la práctica nacional de las Reglas de La Haya<sup>61</sup>.

En los últimos años se ha ampliado una discusión general acerca de una forma apropiada para la adopción de los acuerdos internacionales<sup>62</sup>. Esto tuvo como consecuencia que el legislador, en 1986, simplemente remitiera por primera vez a un acuerdo internacional, al legislar sobre la limitación de la responsabilidad. Con ello se favoreció la interpretación uniforme del acuerdo. Pero si este método se aplica también a otras convenciones, no quedará del quinto libro del Código de Comercio más que el esqueleto, pues todas las disposiciones importantes estarían reglamentadas en otro lugar, es decir en la norma internacional<sup>63</sup>.

En cuanto a la Comunidad Europea, los seis Estados

<sup>60</sup> DEMETRIOS MARKIANOS, *Die Übernahme der Haager Regeln in die nationalen Gesetze über die Verfrachterhaftung* (1960), p. 220.

<sup>61</sup> Se remite a la nota explicativa nº 10.

<sup>62</sup> MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, *Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts*: RabelsZ, 47 (1983), pp. 596, 602 ss.; JOST DELBRÜCK/FRANZ MATSCHER/KURT SIEHR, *Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Inkorporation, in nationale IPR-Kodifikationen* (1986).

<sup>63</sup> Lea la crítica de ROLF HERBER, *Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung*: "Zeitschrift für Gesetzgebung", 1987, p. 17.

constituyentes de la C.E.E. —Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos—, colocaron el tráfico marítimo en un segundo plano, en cuanto a sus intereses. Su importancia ha crecido, sin embargo, desde el ingreso de Dinamarca, Gran Bretaña e Irlanda.

Muy distintas son las cosas en el ámbito del derecho económico marítimo, la C.E.E. ha adoptado el Código de Conducta de Conferencias de Línea de la ONU <sup>64-65</sup>. En 1986 promulgó, asimismo, un paquete de disposiciones que incluye también reglas sobre navegación marítima relativas a competencia <sup>66</sup>.

## VI. *Instituciones relacionadas con el ámbito marítimo* \*.

En la República Federal Alemana, por su importancia sobresalen los puertos de Bremen y Hamburgo, encontrándose la práctica y el estudio del derecho marítimo concentrados en grupos de personas e instituciones especializadas.

Entre los organismos más significativos, se encuentran el Ministerio Federal de Justicia y el Ministerio Federal de Tráfico, así como las Audiencias Territoriales de Bremen, Celle, Düsseldorf, Hamburgo, Colonia, Oldenburgo y Schleswing.

Al *Juzgado* municipal de Hamburgo se le ha asignado, incluso, la exclusiva jurisdicción para entender en el procedimiento de distribución en casos de limitación de la responsabilidad frente a créditos marítimos <sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Se remite a la nota explicativa nº 56.

<sup>65</sup> *Verordnung* (EWG), Nr. 954/79, des Rates vom 15-05-1979, *über die Ratifikation des Übereinkommens der Vereinten Nationen über einen Verhaltenskodex für Linienschiffe durch die Mitgliedstaaten oder über den Beitritt der Mitgliedstaaten zur diesem Übereinkommen*, "D.O.C.E.", 1979, L 121/1.

<sup>66</sup> *Verordnung* (EWG), Nr. 4056/86 des Rates, vom 22-12-1986, *über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages auf den Seeverkehr*, "D.O.C.E.", 1986, L 378/4.

\* En el trabajo original enviado por J. Basedow, se consignan las direcciones de las instituciones que compendia, sin garantizar que su enumeración sea completa.

<sup>67</sup> Compare el *Abkommen der Bundesländer über die Zuständigkeit des Amtsgerichts Hamburg für Verteilungsverfahren nach der Seerechtlichen Verteilungsordnung*, del 12-03-1973, "Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt", 1973, I, 44 ss., 280.



Atento la considerable experiencia de la Audiencia Territorial de Hamburgo, se conviene su jurisdicción por parte de contratantes extranjeros. La instancia de casación es el Tribunal Federal Supremo, que concentra las causas de derecho de la navegación marítima en una Sala especial.

En cuanto a la investigación de accidentes marítimos, existe un procedimiento administrativo a cargo de instituciones especiales, de los Seeämter (autoridad marítima), actuando como superior el Bundesoberseeamt <sup>68</sup>, y luego el Tribunal *Administrativo* de Hamburgo; instancia de casación resulta el Tribunal Administrativo Federal de Berlín.

Les cabe una función significativa a los *tribunales de arbitraje*, los Schiedegericht, principalmente a dos de ellos, con sede en Hamburgo, el German Maritime Arbitration y el Tribunal de Arbitraje Marítimo Alemán, dedicado este último especialmente a causas de asistencia y salvamento <sup>69</sup>.

Existen uniones de *armadores*, los de buques de gran calado, "Unión de Armadores alemanes" —Verband Deutscher Reeder— y la "Unión de propietarios alemanes de barcos costeros" —Verband Deutscher Küstenschiffseigner.

En cuanto al *seguro*, el mayor tonelaje por daños de casco y responsabilidad civil es contratado en los P&I, existiendo, sin embargo, al lado de estos Clubes, el seguro tradicional.

El número de *bancos* exclusivamente dedicados a la financiación de buques con garantías reales se ha reducido, y los existentes se encuentran organizados en la Unión de bancos navieros alemanes, el "Verband Deutscher Schiffsbanken", con sede en Hamburgo.

En la carrera de derecho, el derecho marítimo sólo se estudia en algunas universidades, y en su caso como asigna-

<sup>68</sup> Gesetz über die Untersuchung von Seeunfällen, del 06-12-1985, BGBl., 1985, I., p. 2146. Lea EMIL LAU, *Eine Stellungnahme zum neuen Seeunfall-Untersuchungsrecht* (1987).

<sup>69</sup> Lea con respecto a ello el folleto "German Maritime Arbitration", de venta en la dirección mencionada en el texto y que contiene también las normas de la Sociedad; compare además TRAPPE, *Maritime Arbitration in "Hamburg: International Business Lawyer"*, Febrero 1986, pp. 12-16.

tura facultativa. Cierta revalorización de este campo del derecho ha tenido lugar gracias a la creación del Instituto de Derecho Marítimo en la Universidad de Hamburgo, sin perjuicio de que existen otros *institutos*, además de *asociaciones científicas*. Cabe destacar la Asociación Alemana de Derecho Marítimo Internacional, la que se encuentra afiliada al C.M.I.<sup>70</sup>.

Las *revistas* más importantes que publican sentencias, decisiones arbitrales y artículos relacionados con el derecho marítimo, pese a no dedicarse exclusivamente a ello, a excepción de "Transportrecht" son:

— Hansa-Zentralorgan für Schifffahrt, Schiffbau, Hafen. (Hansa-Órgano central para la navegación, para la construcción naval, para los puertos). Hamburg: Schiffahrtsverlang Hansa.

— Versicherungsrecht — Juristische Rundschau für die Individualversicherung. (Derecho de los seguros — Revista jurídica para los seguros individuales). Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft e. V.

— Recht der Internationalen Wirtschaft — Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (Derecho de la economía internacional) Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft m.b.H.

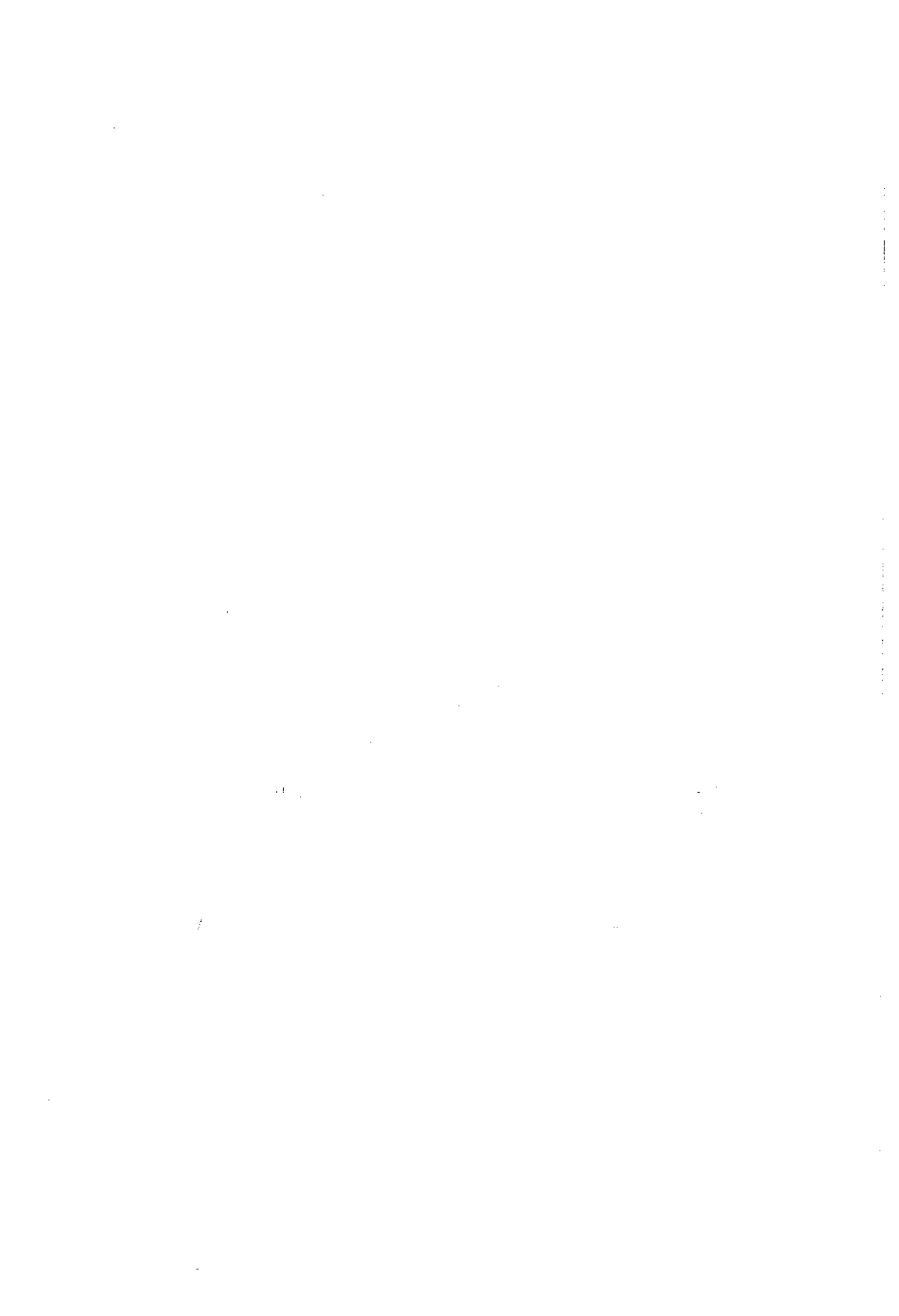
— Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Revista para el derecho comercial y para el derecho económico). Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft m.b.H.

<sup>70</sup> *Lea Reform des Seehandelsrechts - Berichte der drei Arbeitskreise an den Bundesminister der Justiz* (Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht - Reihe B: Dokumente und Materialien), vol. 14-16, 1985.

La Asociación Alemana del CMI, ha contribuido de forma importante a la reforma del derecho comercial marítimo alemán, con amplias documentaciones y propuestas en los últimos años.

## ABREVIATURAS

<b>AGB-Gesetz</b>	= Gesetz zur Regelung des Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
<b>BAnz.</b>	= Bundesanzeiger
<b>BGB</b>	= Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BGBI.</b>	= Bundesgesetzblatt
<b>BGH</b>	= Bundesgerichtshof
<b>BGHZ</b>	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
<b>Dig.</b>	= Digeste
<b>DMF</b>	= Droit Maritime Français
<b>D.O.C.E.</b>	= Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<b>EGBGB</b>	= Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
<b>JuS</b>	= Juristische Schulung
<b>JZ</b>	= Juristenzeitung
<b>LG</b>	= Landgericht
<b>NJW</b>	= Neue Juristische Wochenschrift
<b>OLG</b>	= Oberlandesgericht
<b>RabelsZ</b>	= Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<b>Rev. crit. dr. int. pr.</b>	= Revue critique de droit international privé
<b>Rev. dr. unif.</b>	= Revue de droit uniforme
<b>Rev. int. dr. comp.</b>	= Revue internationale de droit comparé
<b>RGBI.</b>	= Reichsgesetzblatt
<b>RIW</b>	= Recht der Internationalen Wirtschaft
<b>TranspR</b>	= Transportrecht
<b>ZHR</b>	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
<b>ZLW</b>	= Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen



**VI**

**DECLARACIONES Y DICTÁMENES**



## PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL \*

1. *Si en el Proyecto de Unificación debe incluirse la regulación de otros contratos, además de los previstos*

En rigor de verdad, para responder a esta cuestión sería necesario tener establecido cuál es la noción de contrato aceptada por el Proyecto.

Como el art. 1137 no figura entre los que serían modificados, resulta lógico pensar que se mantiene la noción contenida en dicho texto legal, que reproduce la del Sistema de Derecho Romano Actual, de Savigny.

Se trata, sin duda, de un concepto sumamente amplio, al que inclusive cabe calificar de excesivamente comprensivo, ya que, más que al contrato, define al acto jurídico bilateral, lo que plantea algunos inconvenientes.

En efecto, para Savigny, son contratos, por ejemplo, el matrimonio, la tradición, los acuerdos de fusión de Estados, y los tratados internacionales.

Es de recordar que el gran jurista germano adoptó una posición altamente crítica del concepto del art. 1101 del Código Napoleón, a su vez demasiado restrictivo, ya que sólo incluye en el ámbito del contrato a las convenciones creadoras de derechos creditorios.

\* Respuesta a la consulta formulada por la Comisión Asesora del H. Senado de la Nación.

De acuerdo con otra técnica legislativa, se puede adoptar la posición, recomendada por otra parte por el codificador, de no definir; recomendación que él mismo desechó al realizar su obra, debido muy probablemente a las circunstancias históricas de la Argentina en la época de la sanción del Código Civil.

No es esa la orientación del Proyecto, sino que mantiene la recordada redacción del art. 1137 y esta decisión influye, sin duda, en la respuesta.

Sin embargo, al no haber sido modificado tampoco el art. 1169, aun cuando no se lo tome al pie de la letra y se desechen tanto la exigencia de la nota referida a que debe haber para el acreedor una utilidad apreciable en dinero como la interpretación estricta del texto que requiere que el objeto de la convención revista valor patrimonial, lo cual excluiría como objeto de estos actos a cualesquiera otros intereses dignos de protección, es evidente que establece una marginación de la figura contractual y la sitúa exclusivamente en el ámbito patrimonial.

Esto conduce a eliminar del campo de los contratos a los tratados internacionales y al matrimonio, por ejemplo.

Pero es evidente que quedan dentro de su campo las convenciones destinadas a constituir, transferir o extinguir derechos reales y, por razones de coherencia, esto aconseja tratar a los contratos de constitución de cada uno de los derechos reales admitidos por el Código en la parte referida a los contratos o efectuar una remisión al Libro Tercero.

Además, en los últimos tiempos se han generalizado otras figuras que responden a nuevos intereses de la sociedad contemporánea como son los consorcios, los "tiempo compartido", los "clubs de campo", los cementerios privados, etc.

Ahora bien, dada la amplitud del concepto de contrato recogido por el art. 1137, todas las convenciones destinadas a producir efectos jurídicos en el marco de estas nuevas figuras deben ser legisladas.

Cabe discutir si es conveniente formular una regula-



ción precisa o, más bien, dejar abiertas las posibilidades de los contratantes, pero no resulta posible omitir toda referencia a la Sección Tercera del Libro Segundo del Código.

Desde otro punto de vista, ante la importancia que han adquirido algunos tipos contractuales, especialmente en el ámbito del comercio, estimo que deben ser considerados en la Ley de unificación.

En el mismo Capítulo IV del Título III de la Sección Tercera, que trata de las cláusulas que pueden agregarse al contrato de compra y venta, se notan también algunas omisiones que merecen ser superadas.

Así, en materia de inmuebles, cabe aconsejar la inclusión de normas atinentes a la venta de lotes en cuotas periódicas, hoy regladas por la Ley 14.005.

Asimismo, se registra la ausencia de la compra y venta por persona a designar.

Además, para dar mayor coherencia al tratamiento de los contratos en particular, deberían incluirse los generalmente considerados variantes de la locación de obra, como los de edición, representación teatral, espectáculo público, publicidad, etc., que han adquirido una importancia que justifica su inclusión en el Proyecto.

En materia de cesión de derechos, debe aprovecharse la oportunidad para legislar orgánicamente la que tiene por objeto a derechos hereditarios, tratada fragmentariamente por Vélez Sarsfield en un inciso del artículo 1184 y algunas normas en el Título de la evicción.

En el ámbito de la locación de cosas, sería útil inspirarse en el Código de Italia y asignar un lugar a la relativa a cosas productivas.

Desde otro punto de vista, cabe señalar la conveniencia de ampliar la consideración de ciertas categorías contractuales insuficientemente legisladas. En este ámbito, es digna de mención, por ejemplo, la ausencia de toda norma tendiente a reglar orgánicamente las estipulaciones a favor de terceros, a cuyo respecto sólo se mantiene el artículo 504 del Código de Vélez Sarsfield, que también conserva su

errada ubicación en la Sección correspondiente a las obligaciones.

En resumen, si se desea efectuar una profunda unificación de la legislación privada, precisamente el campo de los contratos es uno de los que mejores posibilidades ofrece y, justamente por ello, es conveniente extender en la mayor medida razonable la inclusión de figuras contractuales, hoy dispersas en varios textos legislativos o carentes de regulación orgánica en nuestra legislación positiva.

2. *Si se considera que la Reforma debe comprender la modificación de otros institutos de naturaleza contractual, como por ejemplo la transferencia de fondos de comercio*

La respuesta dada en el tema anterior adelanta la contestación a este punto de la consulta: si la intención del legislador es proceder a una unificación amplia y profunda de la regulación de los contratos, ésta debe abarcar el campo más comprensivo posible.

En principio, por consiguiente, debe procurarse que el Proyecto no sólo se aplique, en su teoría general, a las figuras contractuales tipificadas en numerosas leyes, hoy dispersas, sino que las trate en la medida que sea necesario para configurar un tratamiento armónico del tema.

Es sabido que, sin perjuicio de la validez permanente de principios fundamentales e inmutables, el Derecho evoluciona de acuerdo a como lo hace la sociedad humana.

Ésta aumenta constantemente sus necesidades y crea instrumentos técnicos, materiales e inmateriales, que le permiten asimilar las sucesivas exigencias planteadas por la evolución a través de los tiempos.

Entre ellos, se encuentra, precisamente, como un ejemplo interesante, la transferencia de fondos de comercio.

Su esencia se vincula intrínsecamente con la valoración de la empresa como elemento substancial de la economía actual, cuya consideración por el Derecho es imprescindible.

Esta función altamente relevante de la empresa da lu-

gar a la necesidad de legislar específicamente sobre su transferencia, que no se encuentra reglada en modo adecuado por los habituales contratos de transmisión de derechos patrimoniales.

Ello ha motivado la organización de una figura jurídica impulsada por el neoformalismo, que ha adquirido particular relieve desde principios del siglo.

El neoformalismo constituye, en rigor, una modificación de las funciones de la forma en el campo jurídico, ya que no cabe hoy hablar únicamente de las tradicionales calificaciones relacionadas con la validez y con la prueba de los actos jurídicos y reflejadas en la tradicional terminología de formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*, sino que ha habido que considerar la importancia de la forma-publicidad.

Esta tiende a la protección directa del valor seguridad jurídica y de terceros.

Fundamentalmente por las relaciones de las empresas con estos últimos, se ha tornado necesario establecer, para su transferencia, un sistema que les permita tomar el necesario conocimiento de una modificación intrínseca de la empresa tan importante como lo es el cambio de sus titulares.

A eso tiende la elaboración de un mecanismo referido a la transferencia de los fondos de comercio, de manera que quienes tienen cualquier derecho respecto a aquéllos puedan tomar los recaudos pertinentes para no verse perjudicados por un acto jurídico al que son ajenos.

Este razonamiento conduce a considerar a esta figura jurídica como uno de los contratos que han adquirido tipicidad a raíz de las condiciones propias del mundo actual.

Sobre esa base, es recomendable incluirla en el Proyecto de Ley de Unificación. Del estudio profundo del tema, surgirán posteriormente ideas relativas a si debe ser mantenido de acuerdo con lo estatuido por su regulación actual o qué modificaciones conviene introducir a ese régimen.

Estas consideraciones referidas a las transferencias de fondos de comercio indican el criterio comprensivo que es conveniente asignar al proceso de unificación del derecho

privado. Decidida esta vía, debe procurarse que el contenido del nuevo Código sea realmente amplio, de modo de contener a la mayor cantidad posible de las figuras contractuales típicas que hoy aparecen legisladas en variados textos legales, así como a algunas atípicas que han adquirido tipicidad social.

### 3. *Si debe excluirse del Proyecto alguno de los contratos regulados*

Conforme a las ideas expuestas al contestar los puntos anteriores, se considera que no debe excluirse del Proyecto a ninguno de los contratos reglados en él.

Únicamente se cree conveniente formular una reflexión relativa a expresiones contenidas en el artículo 1625 del Proyecto, que mencionan a “las tareas de los profesionales liberales”.

Se estima que esa terminología puede inducir a error y dar a entender que hay una figura típica relativa a la contratación de tales tareas.

En realidad, no es así y únicamente se trata de una norma atinente a la responsabilidad civil de esas personas.

Más aun, el precepto está comprendido en la parte genéricamente dedicada a la locación, aun cuando se la ubica en el Capítulo que legisla conjuntamente a la locación de servicios y la de obra, bajo la denominación de la primera.

Es sabido que no existe una figura específicamente referida a los contratos de los profesionales liberales.

Éstos, en el ejercicio de la tarea propia de su especialidad, pueden celebrar diversas clases de contratos.

Especialmente, conviene detenerse en la locación de servicios y la de obra.

Si se toma concretamente el caso de un abogado, es evidente que éste puede, por ejemplo, obligarse a trabajar en una empresa en relación de dependencia, con el deber de cumplir horario, de concurrir todos los días hábiles a la sede de la compañía, a ajustarse a las instrucciones que le imparta

un funcionario de mayor jerarquía que dirija la asesoría legal del establecimiento, etc.

Y también puede celebrar un contrato por el cual se compromete a asesorar y patrocinar a una empresa en un asunto determinado que toma a su cargo y en cuyo trámite su actuación dependerá de sus propias decisiones.

En el primer caso, ese contrato reviste las cualidades propias de una locación de servicios y, en el segundo, de una locación de obra.

Y debido a la diferente naturaleza jurídica y a los dispares efectos de una y otra figura contractual, su responsabilidad deberá estar reglada de distinto modo.

Si se desea recordar la clasificación utilizada por Demogue, cabe decir que en un supuesto ha asumido obligaciones de medio y en el otro de resultado, con las consiguientes diferencias en materia de responsabilidad civil.

De ahí la importancia de dejar muy claramente establecido que no hay un contrato especial referido a las tareas de los profesionales liberales con el fin de evitar todo equívoco al respecto.

#### *4. Si se está de acuerdo con la adopción del principio de recepción que consagra el Proyecto*

La respuesta es afirmativa y encuentra diversos fundamentos sólidos, algunos de los cuales se enuncian brevemente.

En primer lugar, cabe recordar que el codificador recogió elogios de grandes autores por no haber sujetado la formación del contrato entre ausentes a la rigidez originada por la opción por sólo uno de los sistemas elaborados por la doctrina para determinar el momento en que se perfecciona el acto. Tal, por ejemplo, el juicio de Baudry-Lacantinerie y Barde.

Sin duda, la posición de Vélez Sarsfield demuestra su flexibilidad y su oficio de legislador capaz de apartarse de cánones estrictos para formular una solución más ecléctica.

Pero, desde otro punto de vista, cabe sostener que la

simplicidad derivada de la elección de uno de los sistemas en cuestión constituye una ventaja desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

En ese sentido, puede elogiarse la decisión de los autores del Proyecto de optar por la aplicación en todos los casos de la misma solución.

Esta decisión conduce a una posición coherente, que permite resolver las situaciones dudosas mediante la aplicación de un solo criterio.

En realidad, cabe anotar que, a pesar de los juicios favorables que merece la regulación del tema en el Código Civil, no todo es perfecto, como puede comprobarse con el análisis de un solo artículo, el 1149, donde se registra una diferencia en la regulación de la caducidad de la oferta por muerte o incapacidad de alguno de los sujetos de la relación puesta en marcha, ya que para el caso del oferente se recurre al sistema de la información y para el aceptante se utiliza la expresión "hubiese aceptado", que deja cierta duda en cuanto a la pauta elegida: si puede ser la expedición, que, conforme al artículo 1154, conforma la regla general, o si se la debe entender reemplazada por el criterio antes mencionado de la información, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1155.

Es por ello razonable que el Proyecto haya preferido definirse por uno de los sistemas y, elegido este camino, es correcto que se haya pronunciado por el de la recepción.

Éste presenta innegables ventajas desde el punto de vista de la prueba, ya que, en nuestro tiempo, la recepción de una comunicación es un hecho susceptible de ser probado sin mayor dificultad, con la consiguiente ventaja en lo atinente a la eficacia de los actos y la seguridad jurídica.

Es obvio destacar la importancia que el tema de la prueba reviste en cuanto a la determinación del momento del perfeccionamiento del contrato y de ahí el valor de este argumento en favor de la teoría consagrada en el Proyecto.

Evidentemente, según cual sea el medio utilizado para la formación del acto, las exigencias en materia de prueba

revestirán mayor o menor dificultad, pero en todos los casos será menos complicado demostrar la recepción de una respuesta asertiva, que una declaración o el hecho de haberla expedido o de haber el oferente tomado conocimiento real de la aceptación.

En el plano de la aplicación práctica de un criterio, cuya valía es muy grande cuando se trata de sancionar una ley e innegablemente mayor que la que puede merecer desde un enfoque puramente abstracto, no cabe discutir el fundamento de la razonabilidad que apoya la opción formulada en favor del sistema de recepción.

A esto, cabe agregar algunas otras consideraciones dignas de ser tenidas en cuenta.

En primer lugar, conviene recordar la nota explicativa referida al consentimiento en los contratos, que hace mérito de la importancia del proceso de internacionalización del derecho, característica definitoria del orden jurídico de nuestro tiempo.

Se señala allí que "se reformulan las reglas sobre formación de los contratos entre ausentes para adecuarlos a los nuevos medios técnicos y poner nuestro derecho en consonancia en esta materia con los criterios de la comunidad internacional, que encuentran un reflejo importante en la Convención de Viena sobre Compraventas Internacionales (ratificada por ley 22.765), cuya entrada en vigencia en enero de 1988 ha sido asegurada...".

No se comenta la referencia a los nuevos medios técnicos, pero vale la pena poner de relieve la fuerza del movimiento de internacionalización del derecho contemporáneo.

Éste se manifiesta con mayor intensidad en algunas disciplinas jurídicas que en otras, pero muestra un claro impacto en todas ellas y se hace presente a través de dos caminos: la uniformidad legislativa y la unificación de las soluciones jurídicas de fondo.

La intensificación de las relaciones, tanto económicas como de todo orden, impulsa a la formulación de normas jurídicas de aplicación internacional, que protegen la segu-

ridad en las negociaciones entre las personas, físicas y jurídicas, y promueve la búsqueda de la solución ideal: el mejor derecho para todos los hombres.

Este proceso conduce a un acercamiento de las soluciones incluidas en las leyes orgánicas de los diversos Estados, es decir, a la uniformidad legislativa, siempre limitada por las cualidades y características propias de cada país o sociedad política organizada de la comunidad internacional.

Y, en un logro de mayor envergadura, inclusive cuaja en la adopción de tratados o convenios internacionales, que establecen normas substantivas sobre materias más o menos amplias y cuya entrada en vigor conlleva la formación de verdaderas legislaciones, cuya aplicación excede los límites de cada uno de los Estados signatarios y da lugar a la aplicación en todos ellos de una legislación única.

Lógicamente, cabe afirmar que la adaptación de las leyes internas de los distintos países a los principios y normas preeminentemente aplicadas en otras comunidades y, más aún, en los convenios internacionales, como la Convención de Viena citada por los autores del Proyecto, significa un logro positivo.

De ahí que la consagración del sistema de la recepción, aun cuando el Convenio sólo se refiere al contrato de compraventa y no a otras figuras contractuales, reviste innegable valor, ya que representa un acercamiento de nuestra legislación interna a un principio de aplicación general en el ámbito del contrato al que se refiere y cuya relevancia no es menester destacar.

Para cerrar estas breves reflexiones en favor de la posición tomada por el Proyecto en el interesante tema de la formación de los contratos entre ausentes, sólo merece recordarse la posición adoptada en una importante reunión internacional de juristas.

Se trata del Congreso celebrado con motivo de los ciento cincuenta años de la sanción del Código de Luisiana, legis-



lación muy significativa por ser el único Código Civil de un Estado norteamericano que sigue el Código francés.

En esa oportunidad, uno de los temas considerados fue precisamente el que motiva esta respuesta y la decisión del Congreso consistió en un pronunciamiento favorable a la adopción del sistema de la recepción.

##### *5. Sobre qué pautas se estima debe regularse la interpretación de los contratos*

En la legislación comparada, la metodología relativa a la interpretación de los contratos muestra diversas orientaciones.

Hay Códigos que incluyen reglas de interpretación en un conjunto generalmente amplio y comprensivo, mientras que otros se reducen a establecer algún criterio fundamental y no entran en soluciones de detalle.

En el primer grupo, cabe destacar al Código Napoleón y al de Italia y, en el segundo, al de Alemania de 1900.

En nuestro país, probablemente por una razón de naturaleza histórica, como la sanción del Código de Comercio precedió a la sanción del Código Civil, aquél siguió la inspiración de la legislación francesa e incluyó un conjunto de reglas interpretativas y, el último, por el contrario, guardó silencio al respecto.

Como es sabido, posteriormente la ley 17.711 introdujo un criterio de interpretación que consagró expresamente la vigencia de la buena fe.

A ello debe agregarse que, en el Primer Título Preliminar, el Código trae el art. 16 el cual, redactado para la interpretación de las leyes, es aplicable en el ámbito contractual y da entrada a la analogía y a los principios generales del Derecho.

A lo largo de nuestra historia siempre se entendió que las reglas del Código de Comercio debían aplicarse por analogía a la interpretación de los contratos civiles, salvo cuando fuesen exclusivamente referidas a las convenciones mer-

cantiles, como el precepto que presume la onerosidad de los actos de los comerciantes.

En el momento de procurar concretar la unificación de la legislación civil y comercial, se ha hecho necesario optar por una de las orientaciones que aparecen en la legislación comparada y el Proyecto ha preferido incluir reglas de interpretación, inclusive algunas específicamente destinadas a los contratos predispuestos.

El camino elegido es, en este primer aspecto, muy razonable y pueden aducirse fundamentos sólidos para apoyarlo.

En este sentido, es interesante comprobar que el Código italiano de 1942 se aparta de la denominada línea del derecho civil moderno, cuyo texto más representativo es probablemente el Código Alemán de 1900 y reitera la metodología del francés a casi ciento cuarenta años de distancia en el tiempo.

Más aun, la mayoría de las reglas de interpretación de la clásica ley francesa de 1804 son reproducidas en la codificación itálica con una insistencia que avala su utilidad.

Si se rastrean los antecedentes históricos de esos preceptos, se los encuentra desarrollados en la obra de Pothier y el gran inspirador del Código de 1804 los tomó a su vez del Derecho Romano.

Fuerza es, por consiguiente, reconocerles una persistencia excepcional a través de los siglos, circunstancia que, en sí misma, es un elemento a computar en su favor.

Y a ello corresponde agregar que la jurisprudencia de países cuyos códigos civiles omitieron mencionarlos arriba, en sus fallos, a soluciones que prácticamente los reproducen.

Es interesante, al respecto, comparar la jurisprudencia de tribunales franceses, alemanes e ingleses, comparación que permite comprobar la semejanza de las pautas interpretativas utilizadas, a pesar de las diferencias sustanciales que cabe anotar en los ordenamientos jurídicos de cada uno de los países a que pertenecen los jueces que dictaron los fallos comparados.

En realidad, se trata de reglas de buen sentido e inne-

gable utilidad para desentrañar el contenido de los contratos.

Esta reflexión conduce a un segundo tema comprendido en la pregunta formulada: admitido el acierto del *Proyecto* al establecer reglas de interpretación en materia contractual, se presenta otro interrogante referido a si es adecuada la enunciación formulada en esa materia. En este aspecto, cabe formular diferentes juicios de valor.

Hay en el *Proyecto* aciertos destacables acompañados por algunos defectos que deberán ser corregidos.

Entre los últimos, cabe comenzar por una crítica de orden metodológico: las reglas de interpretación están comprendidas en el art. 1197, posiblemente la disposición más importante de la ley en lo atinente a los contratos.

Este artículo constituye la consagración de la autonomía de la voluntad y el pilar en que se apoya la fuerza obligatoria de aquellos. Su materia es, por lo tanto, sustancial, definitoria y, por ello, debe ser contemplada en una norma específicamente destinada a enunciarla; aun cuando más adelante se volverá sobre el tema, desde ahora corresponde destacar que el art. 1197 debe concretarse a expresar ese valor jurídico obligatorio del acuerdo de voluntades y no incluir reglas de tipo hermenéutico.

Deberá, en opinión de la Academia, buscarse otra ubicación para esta cuestión.

En cuanto al tema interpretativo en sí mismo, cabe señalar que algunas de las reglas incluidas en el Código de Comercio vigente y que han sido omitidas en el *Proyecto* constituyen preceptos muy valiosos y cuya eliminación es difícilmente justificable.

Por ejemplo, es razonable creer que debe mantenerse la mención expresa de la necesidad de interpretar a los contratos y, en definitiva, a todos los actos jurídicos, como una parte unitaria cuyas partes integrantes no pueden ser ponderadas aisladamente sin tener en cuenta el contexto total del negocio.

Otro tanto cabe afirmar del principio de conservación de los contratos, también extensible a los demás actos jurí-

dicos; principio que conduce a optar por una interpretación que otorgue validez al acto frente a otra que dé lugar a su ineficacia.

Inclusive, es criticable la supresión del principio *favor debitoris* que constituye la regla residual en el conjunto de las reglas de interpretación.

Es cierto que no conserva el sentido original y que la jurisprudencia no interpreta siempre a los contratos a favor del deudor sino de la parte débil en la relación contractual. Pero cabe recordar al respecto las conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Corrientes en 1985, donde se recomendó, *de lege ferenda*, la adecuación de esta regla para que adquiriese el sentido muy razonable que le acuerdan hoy la doctrina y la jurisprudencia.

Será, por consiguiente, útil revisar la nómina incluida en el proyecto para evitar que, con celo reformador, se excluyan preceptos realmente valiosos que han acreditado su eficacia a través del tiempo y en ordenamientos jurídicos muy dispares entre sí.

Por otro lado, en el punto 1 de la parte de interpretación incluida en el art. 1197 del proyecto, se dispone que se tomará especialmente en cuenta la literalidad de los términos cuando proceda la interpretación restrictiva.

En una comunicación a esta Academia se dijo al respecto lo siguiente: "El criterio es razonable pero la regla es de relativa eficacia al no estar establecido cuándo debe interpretarse restrictivamente el contrato".

La observación es atinada y conviene que se esclarezca el asunto en bien de la seguridad jurídica.

Aunque, desde otro punto de vista, es elogiable que el proyecto haya mantenido la mención expresa de la buena fe, actualmente incluida en el art. 1198 y que ha sido trasladada al 1197, con metodología análoga a la que suscita la crítica anteriormente efectuada.

Estrechamente vinculado con esto está el inciso b) del punto 2 de la norma anteriormente citada, que expresa que se tomará especialmente en cuenta: "la intención de cada

una de las partes al contratar en cuanto la otra parte la hubiera conocido, u obrando con la debida diligencia hubiera debido conocerla”.

En definitiva, el inciso constituye una consagración de la buena fe a través de la voluntad declarada.

Este precepto se complementa con el inciso siguiente, el c), que se refiere a la necesidad de ponderar “el sentido que razonablemente hubiera dado a la manifestación de voluntad de una de las partes una persona en la situación y de las condiciones de la otra”.

La regla resulta de la acumulación de dos criterios. Por una parte, tiene en cuenta el sentido que cualquiera de los contratantes haya asignado a las expresiones vertidas por su cocontratante en la negociación y en el perfeccionamiento del acto. Pero, en el final del precepto, se hace una mención que implica sumar una pauta concreta y una abstracta.

En efecto, se pondera concretamente al sujeto cuando se menciona a “una persona en la situación y de las condiciones del otro”, pero se recurre a una medida abstracta al exigir que haya obrado como razonablemente lo hubiera hecho esa persona, lo cual implica introducir una calificación en la conducta que se aparta del sujeto mismo para recurrir a una consideración de conducta necesariamente regida por el reconocimiento de criterios de razonabilidad fundados en valores abstractos, como los principios inspiradores de la legislación positiva o, al menos, del juicio del promedio de las personas que integran nuestra comunidad.

Este último parámetro inspira también el inciso f), regla con que finaliza la enumeración y que se refiere a los usos y costumbres.

Estos están dados por el modo de comportarse de la generalidad de los sujetos en el lugar de celebración del contrato y conforman una línea orientadora admitida en las reglas de interpretación de los actos jurídicos de aplicación prácticamente universal.

En el mismo inc. f) se dice expresamente que “las cláu-

sulas del tipo de las previstas en los arts. 1157, incs. 1 y 2, no constituyen usos y costumbres aunque sean de práctica”.

Esta frase merece algún comentario. El art. 1157, cuyos incs. 1 y 2, son excluidos del ámbito de los usos y costumbres, está referido a los “contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes o que hagan referencia a condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar”.

Ahora bien, como el proyecto prevé reglas particulares para la interpretación de los contratos predispuestos, se considera más correcto trasladar la parte final del inc. f), antes indicado, al punto 3 de la norma referida al tema hermenéutico.

Conviene agregar que el art. 1157 determina que esas cláusulas “se tendrán por no convenidas”, es decir, que va mucho más allá que una simple comprensión desfavorable para la parte redactora del texto contractual aceptado por el destinatario de la propuesta.

Antes de comentar esas reglas específicas y para terminar con la consideración de las relativas a la interpretación de los contratos en general, se debe mencionar al inc. a) del punto 2 que expresa que debe tomarse especialmente en cuenta a “la finalidad y economía del contrato, de acuerdo con la que fue la intención de las partes al contratar”.

Se estima que esta pauta representa un acierto realmente valioso ya que el fin de los actos —en otros términos, su causa-fin— constituye el elemento sustancial para desentrañar su sentido y la ponderación del mismo a la luz de la intención de los contratantes, lo cual conforma una adecuada referencia al valor de la voluntad de las partes en la relación contractual.

En lo atinente a las reglas específicamente dedicadas a la interpretación de los contratos con contenido predispuesto, cabe expresar que consagra preceptos generalmente admitidos por la jurisprudencia y la doctrina: establece la preeminencia de las cláusulas especiales sobre las generales y de las incorporadas sobre las predispuestas, e interpreta en contra del predisponente a las cláusulas ambiguas.

Sólo cabe observar el inciso d) que dice: "Si el no predisponente fuese una persona física, la interpretación se hará en sentido favorable para él. Se presumirá su liberación si es dudosa la existencia de una obligación a su cargo; cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa".

La restricción de la aplicación de esta regla a las personas físicas es objetable.

La misma debe revestir carácter general y tener vigencia para todas las personas que hayan suscripto un contrato con cláusulas predisuestas por su cocontratante. Así lo disponen todos los Códigos que tratan específicamente este problema y así lo ha resuelto la jurisprudencia con total apoyo de la doctrina.

Precisamente, esta manera de resolver la cuestión está en el meollo de la transformación del contenido de la cláusula *favor debitoris* a que antes se hizo referencia.

Y, más aun, cuando todavía no se había puesto de manifiesto la especialidad de los contratos con cláusulas predisuestas, Pothier sostenía que el contrato debe ser interpretado en contra de quien lo redactó.

En realidad, ese inciso d) del punto 3 refleja una línea de pensamiento reiterada a través del proyecto, que indica que debe distinguirse entre la situación de las personas físicas y jurídicas, distinción que marca un claro favor respecto de las primeras y que, en muchos casos, carece de justificación.

Sin desconocer la diferencia que hay entre una y otra categoría de personas, es menester señalar este tema ya que, en muchas situaciones, puede constituir la base de soluciones injustas y hasta violatorias del precepto constitucional de la igualdad ante la ley.

Por estas razones, se considera conveniente mantener el inc. d) proyectado pero extender su aplicación a todas las personas y no restringirla sólo a las físicas.

Finalmente, se juzga conveniente efectuar una sugerencia con el fin de favorecer la seguridad jurídica y evitar

dudas que requieran la intervención de los tribunales para resolver cuestiones originadas en el silencio de la ley.

Es sabido que, en materia de interpretación de los contratos, una de las cuestiones que han motivado debates más arduos ha sido la referida a la esencia de las reglas interpretativas.

Una parte muy importante de la doctrina, especialmente la francesa, ha entendido que estas reglas se dirigen exclusivamente a los jueces y que son esencialmente consejos que no obligan a aquellos a aplicarlas, mientras que otro sector igualmente importante de los autores sostiene la posición contraria y defiende su obligatoriedad.

Las consecuencias de la opción por una u otra de las corrientes citadas se refleja en temas muy relevantes, como la procedencia o improcedencia de los recursos de casación en casos en que los tribunales inferiores hayan prescindido de la aplicación de tales reglas.

Por ello, se entiende que sería útil que el proyecto defina la cuestión.

En concreto, se propone que deje establecido que las reglas de interpretación de los contratos están dirigidas a las partes contratantes y a los jueces y que su aplicación es obligatoria para éstos.

Por último, respecto de la importancia de la ponderación de la finalidad de los contratos, merece señalarse que su adopción produce un efecto altamente favorable en materia de uniformidad de los procedimientos de tipo hermenéutico.

En efecto, no debe olvidarse que el art. 16, ubicado en la teoría general de la ley, en el Primer Título Preliminar, contiene en el proyecto una modificación destacable, ya que expresa que si el caso no pudiera ser resuelto ni por las palabras ni por el espíritu de la ley se tomará en cuenta la finalidad y luego continúa, igual que el precepto actual, con la mención de las leyes análogas y los principios generales del derecho.

Por consiguiente, tanto en el caso de la ley como en el



de los contratos —aplicable por analogía a los demás actos jurídicos— la finalidad pasa a ocupar una posición central en materia de interpretación.

6. *Si se considera conveniente la regulación de los contratos preparatorios*

Los contratos preparatorios han adquirido importancia debido al crecimiento de la complejidad de la vida jurídica en la sociedad contemporánea.

Es frecuente que dos personas estén dispuestas a celebrar un contrato entre ellas e, inclusive, que estén de acuerdo sobre la totalidad o una parte sustancial de las estipulaciones que deberá contener esa convención prevista para el futuro, pero, por diversos motivos, no puedan celebrarlo de inmediato.

La necesidad de contar con autorizaciones u otros actos administrativos, de obtener materia prima o equipos que requieren permisos de importación o la facultad de conseguir el derecho al uso de determinadas marcas que no les pertenecen o de disponer de una tecnología especial pueden ser algunas de las causas, citadas a modo de ejemplo, que no les permitan la celebración inmediata del acto contractual previsto.

Precisamente, para que una de ellas o todas puedan realizar las gestiones necesarias para la obtención de los elementos faltantes, contando con la seguridad de poder poner en marcha la relación contractual prevista si se satisfacen esas exigencias ausentes al realizarse el acuerdo de voluntades, se recurre a contratos preparatorios.

Éstos son verdaderos contratos medios, no son definitivos. Pero pueden constituir instrumentos de gran utilidad para respaldar la seguridad jurídica y los presupuestos económicos de las partes.

El aumento en la utilización de este tipo de convenciones aconseja tenerlo en cuenta, como lo ha hecho el proyecto.

Es, en cambio, conveniente no introducir una legislación compleja y dejar a la doctrina la tarea de profundizar el análisis de los contratos preparatorios.

Como, en general, se sigue el método de definir a las figuras contractuales y dada la falta de uniformidad en cuanto a la enunciación de un concepto sobre aquellos, se estima que cabría incluir una noción sumaria de los mismos, para lo cual puede recurrirse a los trabajos de nuestros autores que han estudiado más intensamente el tema, como Williams o Fontanarrosa.

Además, será sin duda útil redactar un artículo que precise claramente que están sujetos a las normas de la teoría general de los contratos, como cualquier otro acto jurídico de esta especie.

A ello conviene agregar un precepto que deje en claro que el contrato preparatorio hace nacer para las partes la obligación de celebrar el definitivo cuando se haya producido la realización de los hechos mencionados en el primero y que determinaron que los contratantes dejaran para más adelante la concreción de la convención definitiva.

No se juzga conveniente legislar conjuntamente a los contratos preparatorios y la opción, como lo hace el proyecto.

La opción está bien caracterizada en la segunda parte de la norma proyectada, pero no se encuentra necesariamente ligada con los contratos aquí considerados y debe recibir un tratamiento autónomo.

Desde otro punto de vista, es evidente que un contrato preparatorio puede tener como objeto otorgar a una de las partes una opción para celebrar el definitivo, pero ello puede constituir un contrato con notas específicas, que cabe denominar "de opción".

La finalidad de esta figura consiste en otorgar a una de las partes el derecho a requerir la formalización de aquello que le ha sido prometido para el caso en que lo requiriere y ello da lugar a una interpretación particular que puede no coincidir con la que, en general, se realice respecto de los contratos preparatorios.

## 7. *Qué pautas considera deben adoptarse respecto de los contratos por adhesión*

El primer punto a dilucidar consiste en la relación existente entre contratos con contenido predispuesto y contratos por adhesión.

Es generalmente aceptada en doctrina la proximidad entre una y otra especie de figuras, pero mientras que algunos autores sostienen que hay identidad entre unos y otros otro sector entiende que se presenta una relación de género a especie, pero dentro de esa semejanza se nota una diferencia sustancial respecto de cuál es la categoría genérica y cuál la específica.

Es importante esclarecer estas dudas ya que si así no se hace, se corre el riesgo de confundir a los contratos por adhesión con aquellos en que una de las partes formula una oferta y deja establecido que se trata de una propuesta inamovible que sólo puede ser aceptada o rechazada por el o los destinatarios, pero sin que se admita modificación alguna a su respecto.

La oferta inamovible es sumamente común, especialmente en el campo del comercio de gran volumen de operaciones: basta considerar el funcionamiento de cualquier tienda o establecimiento que ofrece al público variedad de mercaderías de uso o consumo general para comprobar la presencia de ofertas inamovibles, casi imprescindibles para el funcionamiento de un negocio de esas características.

En realidad, en estos supuestos funcionan verdaderos contratos tipo, cuyas estipulaciones son fijadas por el comerciante o, por ejemplo, por el vendedor de un conjunto de lotes.

En estos casos puede hablarse con fundamento de contratos redactados en formularios o de contenido predispuesto.

Pero se estima que la sola circunstancia de existir una preredacción preparada por uno de los contratantes no es suficiente para que se llegue a un contrato por adhesión.

Para este modo de pensar, que se considera acertado, los contratos por adhesión conforman una especie dentro del género de los contratos celebrados mediante formularios o con contenido predispuesto.

Frente a esta posición, se alza otra corriente de pensamiento con representantes tan ilustres como Messineo, quien se inspira en el Código Civil italiano de 1942 y dice que “es contrato de adhesión aquél en el cual las cláusulas sean dispuestas por uno solo de los futuros contratantes, de manera que el otro no pueda modificarlas ni pueda hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”.

Pese a la gran autoridad, tanto de la legislación citada como del gran jurista italiano, se estima que esa definición se ajusta más exactamente a los casos antes mencionados de los contratos formados sobre una oferta inamovible o los que se engloban en la denominación de contratos con contenido predispuesto.

En la línea de pensamiento que se juzga más exacta, reviste valor una observación formulada por Le Pera, quien a la exigencia antes expuesta agrega que, en sentido estricto, el contrato por adhesión “parece implicar la idea de un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una posición de clara superioridad respecto de la otra”.

Aquí aparece claramente diseñada la nota que caracteriza a los contratos por adhesión dentro de la calificación genérica de contratos con contenido predispuesto.

Y aquí puede extraerse una conclusión directamente vinculada con la pregunta que motiva esta respuesta.

En el proyecto deben tenerse en cuenta tanto los contratos de contenido predispuesto, o formados sobre formularios, o contratos-tipo, como los perfeccionados por adhesión.

Así, las reglas de interpretación contenidas en el punto 3 del art. 1197 del proyecto antes analizadas, están previstas correctamente para ser utilizadas respecto de los contratos predispuestos sin excepción. Por el contrario, se con-

sidera que los contratos por adhesión deben recibir un tratamiento especial que no sea necesariamente aplicable a las demás especies del género.

En primer lugar, se juzga que sería útil incluir, en el capítulo referido al consentimiento, una disposición que deje en claro la naturaleza contractual de esas figuras y ponga de relieve que su especialidad resulta del modo como el destinatario de la oferta acepta la propuesta, opinión que muchos años atrás expresó Lafaille.

Definido ese tema esencial, es oportuno poner de relieve algunas exigencias que el mismo maestro citado señaló entre nosotros y las que en otros países indicaron Planiol y Ripert y Langle Rubio, citado por Etcheverry.

En una simbiosis de esos requisitos se advierte que, en los contratos por adhesión, existe una superioridad del proponente en materia de poder contractual; que esa superioridad se origina en la circunstancia de contar con un monopolio de derecho, o al menos de hecho, que lo habilita para producir determinados bienes o prestar ciertos servicios útiles o necesarios para el aceptante; que esos bienes o servicios han de ser benéficos para el bien común y que la oferta debe ser dirigida al público en general, firme e irrevocable.

Precisamente por estas razones se hace ordinariamente necesaria la intervención estatal, que deberá aprobar el contenido de las propuestas.

En síntesis, se considera conveniente que el proyecto, en el capítulo referido al consentimiento, regule la oferta inamovible y los contratos redactados en formulario o de contenido predispuesto y que los que se forman por adhesión sean tratados como una especie dentro de aquellos.

#### 8. *Con qué alcance considera que debe regularse el contrato de suministro*

En el proyecto, el contrato de suministro está regulado como una modalidad de la compra y venta.

Sin embargo, en las notas explicativas (punto 10 de la

parte referida a la compra y venta) se anota que también puede referirse a la "prestación de servicios" y que su regulación debe estar vinculada con la atinente a la locación de servicios.

Esto merece dos observaciones.

En primer término, cabe señalar que, si se acepta que pueda tener por objeto una prestación de hechos, no parece que la locación de servicios sea la figura contractual más acertada para comprenderla cuando se plantee de ese modo, sino que más bien cabe aproximarla a la locación de obra por la ausencia de relación de dependencia entre el suministrador y el suministrado y por la ordinaria asunción de obligaciones de resultado por parte del primero.

Sin embargo, tampoco se debe identificar totalmente al suministro con la locación de obra, aun cuando la flexibilidad de este último contrato signifique que hay múltiples convenciones que se le aproximan a punto tal que se puede hablar con propiedad de variedades de la locación de obra, como ocurre con los contratos de edición, representación teatral, publicidad, espectáculo público, etc.

Es sabido que algunas de estas variedades, tras haber adquirido tipicidad social, son hoy verdaderos contratos típicos como, por ejemplo, el de edición.

Debe observarse igual perspectiva respecto al suministro y tratarlo como figura contractual autónoma, aun cuando, por diferencias en su objeto, sea razonable distinguir entre las especies en que la obligación del suministrador consiste en la provisión de cosas y aquéllas en que tiene por objeto la realización de determinados hechos.

La metodología indicada se justifica por tratarse de un contrato atípico, cuya nota distintiva esencial es la continuidad de las prestaciones que el suministrante debe cumplir a lo largo de un período de tiempo.

9. *Bajo cuál denominación y con qué alcance y metodología considera que debe regularse el instituto habitualmente conocido como leasing*

La denominación de *leasing* aplicada a una figura contractual que ha adquirido un gran desarrollo en la vida contemporánea revela el origen del instituto, creación del derecho anglosajón.

Es una derivación del *lease-purchase* o *hire-purchase*, nombres que pueden traducirse a nuestro idioma por locación-venta, expresión de difícil justificación debido a la metodología seguida por nuestro derecho positivo, donde ambos contratos acumulados en la denominación son figuras típicas, orgánicamente legisladas y claramente diferenciadas.

Pero no ocurre lo mismo en el derecho anglosajón, donde hay una amplia teoría general del contrato, asentada sobre bases firmes y bien desarrollada y de allí se avanza, ordinariamente sin transición, a la consideración de los casos individuales.

No es aconsejable, por consiguiente, utilizar la denominación resultante de la simple traducción de las locuciones antes mencionadas.

Si se estudia la génesis de la figura en su derecho positivo originario, se advierte de inmediato los motivos que le dieron origen.

Nació para posibilitar la celebración de compras por parte de adquirentes que necesitaban facilidades de pago. Frente a esta circunstancia, los enajenantes dispuestos a conceder la financiación requerida por aquellos, procuraron hallar una garantía satisfactoria y, con ese fin, idearon con criterio pragmático contratos de locación en los cuales, después de pagar el locatario un número convenido de períodos de alquiler, tuviera una opción para adquirir la propiedad de la cosa mediante el pago de una suma muy reducida, verdaderamente simbólica.

Entre nosotros, la tipificación de las figuras contractuales, cuyas ventajas no es del caso enfatizar por ser amplia-

mente conocidas, no permitió utilizar en todos sus aspectos el antecedente anglosajón, pero sí admitió el funcionamiento del pacto de reserva de dominio, incluido por Vélez Sarsfield en el art. 1376 del Código Civil, precepto inspirado en el *Esboço* de Freitas.

La denominación no refleja exactamente el contenido de esta modalidad de la compra y venta, ya que no hay una real reserva de la posibilidad de recuperarlo en caso de incumplimiento por parte del comprador de su obligación de pagar íntegra y puntualmente el precio de acuerdo con lo convenido con su cocontratante.

Sin duda, la figura es de gran utilidad, ya que facilita al comprador contar con una financiación que le permite adquirir cosas sin un desembolso inmediato del precio total y, por su parte, el vendedor tiene una excelente garantía, que lo habilita para recuperar los objetos vendidos ante el incumplimiento de la otra parte.

Pero la vida actual muestra mayores exigencias.

Muchas veces, el vendedor no está en condiciones de diferir el cobro de las cosa vendida o no desea hacerlo por su sistema de funcionamiento y, por ello, desea percibir el precio al contado.

Ello dio lugar a que el derecho —siempre fecundo para satisfacer los legítimos intereses de las personas— ideara una figura compleja, en que interviniera un tercer sujeto, al que cabe calificar de financista y así nació el contrato de *leasing*.

El funcionamiento de esta figura da lugar a que el vendedor cobre al contado el precio de la cosa que vende al financista quien la paga y, a su vez, la arrienda al comprador, el cual, por su parte, le pagará, en los plazos que se convengan, el precio del objeto adquirido.

En caso de no cumplir su obligación, el financista cuenta con el derecho de conservar o enajenar la cosa, cuyo dominio adquirió del vendedor y evitar los perjuicios derivados de la inexecución o el cumplimiento tardío de las obligaciones del comprador.

El tema es claro, pero se presenta una duda: ¿Por qué



se califica como comprador a quien no aparece como adquirente de la cosa al vendedor sino como locatario de la cosa cuyo titular es el financista?

La respuesta a este interrogante surge nítida cuando se recurre a la causa o finalidad del contrato: el adquirente celebra el contrato con el financista no con el fin de tener temporariamente la cosa, sino con el de tenerla para sí, como sucede con todo comprador.

Mediante la fórmula del arrendamiento de la cosa, se posibilita la celebración de una compra y venta complementada con un préstamo dotado de una sólida garantía.

A través de esta creación jurídica se facilita la realización de innumerables contratos de esta especie con la consiguiente ventaja para todos los interesados y para la sociedad en general.

Se considera que este esquema muestra que el *leasing* debe ser reglado como un contrato autónomo y no como una modalidad particular de la compra y venta.

La intervención de tres sujetos con intereses propios, diversos y vinculados entre sí, determina una clara diferencia con la compra y venta en cualquiera de sus modalidades.

Por su parte, en una clasificación funcional, la venta con reserva de dominio debe estar ubicada entre los contratos cuya finalidad es la transferencia de dominio o, si se desea darle mayor amplitud, de la propiedad, mientras que el *leasing* integra, no sólo esa categoría, sino también la de los préstamos.

En cuanto a la denominación que cabe darle, si no se desea utilizar la palabra *leasing* por ser de lengua extranjera, cabe utilizar la de "locación financiada con opción de compra" empleada habitualmente en castellano, aun cuando no refleja muy exactamente la esencia de esta figura contractual, cuya finalidad principal consiste en la transferencia del dominio de las cosas del enajenante al adquirente definitivo.

10. *Qué sugerencias concretas considera conveniente formular sobre otros puntos referidos a contratos*

Dado que, en las contestaciones a varios de los puntos consultados en particular, se han señalado implícitamente algunas sugerencias y observaciones, en esta parte final—únicamente se apuntan reflexiones sobre otros aspectos a los que no se ha hecho referencia con anterioridad.

A) El tema fundamental que se desea poner de relieve es la modificación proyectada del art. 1197, que se juzga de extrema gravedad.

En efecto, la redacción incluida en el proyecto aprobado por la H. Cámara de Diputados de la Nación pone en cuestión un principio tan importante como la fuerza obligatoria de los contratos.

Es evidente que si aquellos no obligan a las partes a cumplir las prestaciones comprometidas, pierden toda su eficacia y quedan privados de la función que, durante siglos, han cumplido para permitir el correcto funcionamiento de las relaciones patrimoniales en las sociedades civilizadas.

En opinión de la Academia, el mencionado precepto debe mantener su actual redacción y no experimentar modificación alguna.

No parece necesario aclarar que ello no significa asignar carácter absoluto al principio en cuestión ni a la autonomía de la voluntad. La presencia en el Código de artículos como el 953, el 502, el 1198, el 1071, etc., es decisiva en este sentido.

Inclusive, cabe anotar que la gravedad de la modificación propuesta no encuentra solución mediante las decisiones judiciales que se dictaran y condenarían a indemnizar los daños causados por el contratante que se apartó indebidamente de las obligaciones que había asumido, ya que los procesos tienen larga duración y el tiempo que transcurre hasta que se dicte el fallo pertinente puede dar lugar a consecuencias que lo hagan ineficaz como, por ejemplo,

ocurriría si el contratante renuente hubiese perdido su solvencia patrimonial durante ese lapso.

Muchas veces se considera al principio de la fuerza obligatoria de los contratos como individualista y destinado a favorecer a quien posee mayor poder contractual.

Sin embargo, más importante aun es su contenido social, ya que es posible que se indemnicen integralmente los perjuicios que haya sufrido quien no obtuvo la correcta ejecución de las prestaciones de la otra parte, pero es innegable el daño que puede experimentar la comunidad cuando no se concreta el cumplimiento de lo acordado.

Por ejemplo, la instalación y el funcionamiento de una empresa que desarrollaría una actividad útil al país pueden quedar paralizados con el consiguiente detrimento social porque una persona que había contratado con ella, y cuyas prestaciones estaban destinadas a integrarse en la marcha del negocio productivo previsto, deja de cumplir sus obligaciones, paralización que puede mantenerse mientras los jueces resuelven si las circunstancias que habían determinado la celebración del acto han cambiado y decidir si de haber exteriorizado la parte incumplidora la importancia que asignaba a esas circunstancias el empresario en cuestión habría aceptado que funcionaran como una verdadera condición resolutoria.

Y esto es lo que, en esencia, expresa el proyectado art. 1197.

Es correcto que, como lo determina la teoría de la imprevisión, el cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias permita la liberación del contratante perjudicado. Pero no merece igual juicio el agregado hecho por el proyecto al actual art. 1197.

B) En materia de capacidad, sólo se ha modificado el art. 1160 con la consiguiente eliminación de las inhabilidades de los religiosos profesos y los comerciantes fallidos.

Esa modificación no merece objeciones, pero es de

lamentar que no se aproveche la oportunidad para corregir los defectos de redacción de los arts. 1164 y 1166.

También se piensa que deberán ser revisados y ubicados correctamente los arts. 1161 a 1163.

C) En lo atinente al consentimiento, sector en que se juzga acertada la consagración de la teoría de la recepción, como antes se manifestó, cabe formular algunas observaciones.

Como lo señaló el doctor José María Gastaldi en un enjundioso artículo publicado en *El Derecho*, se estima posible mejorar el orden de las normas proyectadas. Sus expresiones al respecto son: "Parecería más ordenado tratar de la oferta, de la aceptación y, después, los distintos aspectos entre presentes y entre ausentes".

Se nota cierta imprecisión en la redacción de algunos de los artículos, como el párrafo 2º del art. 1144 o el 1147, en sus incs. 1º y 3º o en el empleo de la locución "sin demora" en los arts. 1151, párrafo 2º, y 1154.

También resulta objetable el 2º párrafo del art. 1151, donde se distingue entre modificaciones sustanciales y otras. No se trata, sin duda, de una aplicación de la teoría de la *punktation* pero se marca un camino en el sentido de aceptarla sobre la base de una presunción de conformidad del proponente, en caso de no manifestar éste "sin demora" su disconformidad con las variantes propuestas por el destinatario de la oferta.

Por otra parte, se pueden plantear dificultades en relación con la integración del contenido del contrato en cuanto decide, en el inc. 1º, que se reemplazarán por las normas imperativas "las cláusulas que fuesen incompatibles con ellas", lo cual no siempre será posible.

D) En cuanto al objeto, se han mantenido sin modificación los arts. 1168 y 1169 que dan lugar, sobre todo el primero, a dificultades serias de interpretación y el segundo a críticas en cuanto a la exigencia del valor patrimonial del objeto.

E) Se mantiene un total silencio sobre la causa o finalidad del contrato, que no se considera acertado.

En una metodología más adecuada el tema debería reglarse en materia de actos jurídicos, pero, en caso de no seguirse este esquema, sería oportuno dedicarle algunas normas que consideren a este elemento esencial.

F) Se conservan sin cambios los arts. 1185 y 1187. Por consiguiente, siguen sin definirse en el texto las facultades del juez en caso de condena a escriturar sobre la base de un boleto de compra y venta de un inmueble.

G) No se considera acertada la supresión de los arts. 1191 a 1193, que constituyen preceptos valiosos y complementaban la regulación sobre la prueba de testigos.

Asimismo, se observa que ésta es proscripta en relación con los contratos "que sea de uso instrumentar", redacción imprecisa que puede originar abundantes litigios.

Debido a la exigencia del tiempo acordado para esta respuesta, se le pone fin aquí, sin perjuicio de ampliarla si así lo solicitara la Comisión Asesora u otra del H. Senado de la Nación.



## REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tal como lo hiciera en ocasión de análogas iniciativas, desea expresar su pensamiento al término del presente año académico sobre la anunciada reforma a la Constitución Nacional que agita en estos días a los círculos políticos del país.

La Argentina está viviendo un saludable ejercicio constitucional en la todavía latente transición democrática de un gobierno civil a otro, lo que permite avizorar una progresiva consolidación de la misma dirigida a abrir las puertas del próximo siglo XXI como una nación protagonista dentro de las democracias occidentales.

La prudencia de esta Corporación se inclina a prevenir contra toda tendencia reformista que ponga a prueba el renovado ejercicio de la democracia política, más aun frente a la gravísima situación económica que le toca vivir al país. Esta posición, lejos de traducir una suerte de mesianismo constitucional o un ingenuo refugio en el discurso de la decadencia, refleja una serena convicción sobre las peligrosas consecuencias que para todo el sistema institucional puede acarrear el persistir en esta recurrente tendencia reformista y es una advertencia sobre lo fácil que es caer en mutaciones que produzcan efectos contrarios a los buenos propósitos que pudieran perseguirse, o sobre el riesgo

de desembocar en una competencia ideológica que termine por trastocar la propia filosofía política de la Constitución originaria y ahonde la división entre los argentinos.

Como lo han señalado prestigiosos hombres de derecho, la mayor parte de las iniciativas a favor de la reforma, que no han sido pocas, pretendieron corregir vicios y defectos de una mala práctica constitucional, olvidando que aquellos no se ubican en el texto del código político sino en su desacertado ejercicio. Tampoco se trata de acomodar la Constitución a una defectuosa realidad sino, por el contrario, de enmendar esa realidad que se muestra esquiva con la observancia debida a la ley fundamental.

Asimismo, no parece buena la oportunidad ni mejor la conveniencia de lanzar al ruedo político una indefinida y siempre polémica reforma constitucional, máxime cuando el actual gobierno busca proyectar internacionalmente un alto grado de seguridad jurídica que inspire confianza en el exterior. La estabilidad constitucional, apoyada en la norma suprema y en la práctica de la libertad, genera seguridad y certeza jurídicas, mientras que un proceso reformista pone en jaque aquel principio cardinal del Estado de Derecho, además de sembrar incertidumbre política. La estabilidad del orden jurídico es condición indispensable para la respuesta de la economía a los estímulos del crecimiento. Este tema ha preocupado desde antaño a nuestra institución, la que ha contribuido a su esclarecimiento con reflexiones y estudios.

La lucha emprendida contra un Estado hipertrofiado, carente de eficacia y preso de intereses burocráticos, no puede entorpecerse con un debate sobre una normativa constitucional cuando la actual, justamente, sirve de marco a la trascendental tarea de reducir la injerencia del Estado en la economía. Además, el tema de la reforma constitucional no fue objeto de esclarecimiento en la reciente campaña electoral que culminó con la asunción del actual gobierno.

El objetivo fundamental que hoy convoca a los argentinos es el mismo que Alberdi, hace más de cien años, enun-



ciaba como prioritario: "Es preciso desandar el camino que nos ha traído a la pobreza y recomenzar el que nos dio la prosperidad pasada". Como se aprecia, el desafío que se afronta está en la dirección contraria, es decir, en recrear un clima de confianza que estimule el aporte de nuevas energías y de las nuevas inversiones privadas que demanda el impostergable crecimiento económico y social que es imperativo de la hora.

La autoridad que emana de la sabiduría y experiencia de los tribunales superiores del país influye en forma decisiva en la dinámica de la Constitución que acomoda las mudanzas generacionales. La sabia interpretación constitucional ha sabido traspasar el límite vital de varias generaciones sin levantar un dique que sojuzgue el futuro a una voluntad pretérita. Por ello, cabe reiterar lo afirmado por esta Academia en el sentido de que ni el capítulo de Declaraciones, Derechos y Garantías, ni el relativo a las Autoridades de la Nación ponen obstáculos insalvables para que nuestro pueblo se beneficie con los adelantos sociales y tecnológicos del mundo moderno y para que los poderes del Estado cumplan cabalmente las atribuciones que les fija la Carta Fundamental, sin desbordar sus límites y sin menoscabo de los derechos individuales, que no han impedido la consagración legislativa de reconocidas y justas conquistas sociales.

Esta Academia considera, por último, que los cambios que la república reclama no pasan por la reforma de la Constitución sino por su realización efectiva a través de una legislación inteligente y responsable que encauce definitivamente la vida nacional por el camino del desarrollo y del progreso.



## VII

### MEMORIA Y BALANCE



## MEMORIA 1989

Señores Académicos:

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 28 del Estatuto de la Corporación, presento a la consideración del H. Cuerpo la memoria de las actividades y el balance del año 1989.

Antes de referirme al análisis de los diversos aspectos de la labor cumplida, creo un deber señalar que los señores Académicos pueden juzgar satisfactoria la tarea realizada en un año particularmente difícil en el que el país enfrentó circunstancias de excepcional gravedad.

Las instituciones culturales de alta jerarquía, entre las que ocupan lugar destacado las Academias Nacionales, tomaron plena conciencia de esa situación y se esforzaron para conformar un aporte positivo y ayudar en lo posible a superar las dificultades planteadas.

No sería sincero ni obraría lealmente si no expresara a los señores Académicos que su conducta, sus opiniones, su colaboración, su consejo conformaron un acervo muy valioso, que siempre fue brindado para el bien del país con total generosidad y estimo que contribuyó en buena medida a facilitar la tarea de las autoridades constitucionales para notoria ventaja del bien común.

La colaboración de todas aquellas personas integradas de uno u otro modo a la Academia, como los miembros de sus Institutos, quienes componen su personal administrativo y todos aquéllos que, a través de consultas, sugerencias y ayudas de toda índole, contribuyeron al desarrollo de las tareas propias de la Corporación fue también un elemento sumamente útil, que no debo silenciar.

Tras esta breve introducción, que implica la expresión de un deber de conciencia, me refiero a los diversos aspectos de la labor realizada durante el pasado año académico.

I. *Duelo de la Academia.* — Debo recordar, en primer término, una circunstancia dolorosa: la Academia perdió en el año 1989 a uno de sus más preclaros miembros de número, el Dr. Mario Justo López, quien falleció el 21 de agosto de ese año.

En la primera sesión ordinaria había sido electo Vicepresidente del Cuerpo por unanimidad, lo cual fue una clara demostración del juicio que merecía de sus colegas y de las esperanzas con que se contemplaba su designación para un cargo tan significativo.

Era, en verdad, un hombre excepcional, tanto por su talento, su versación, la solidez de sus conocimientos, la profundidad de su formación, como por su extraordinario valor humano, y su deceso significó un duro golpe para nuestra Institución.

La pena de sus colegas se puso de manifiesto en oportunidad del velatorio y tuve a mi cargo su exteriorización expresa en el acto del sepelio, a través de las palabras que pronuncié.

Por otra parte en la sesión privada del 24 de agosto de 1989 la Corporación le rindió su homenaje.

II. *Cambios en la constitución de la Mesa Directiva.* — El fallecimiento del Sr. Académico de Número Dr. Mario Justo López obligó a introducir modificaciones en la integración de la Mesa Directiva, para lo cual, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 13 del Estatuto, se convocó al Cuerpo a sesión especial para proceder a la elección de quien debería asumir el cargo de Vicepresidente. Por unanimidad fue nombrado el Académico de Número Dr. Enrique Ramos Mejía, quien ocupaba la función de primer Secretario y a quien reemplazó el segundo, es decir, el Académico de Número Dr. José Domingo Ray.

Para desempeñar el cargo que quedaba vacante fue designado, también por unanimidad, el Académico de Número Dr. Jorge Aja Espil.

Es indispensable señalar que, tanto en su primitiva como en su posterior integración, el funcionamiento de la Mesa Directiva, por el magnífico espíritu de colaboración de sus componentes y la dedicación de todos ellos a las tareas, que requirieron atención constante, merece mi más cálida gratitud.

Esta expresión se aplica muy especialmente a la tarea realizada por el Académico Vicepresidente. El Dr. Enrique Ramos Mejía debió asumir el ejercicio de la Presidencia y reemplazarme en varias oportunidades, inclusive por un lapso relativamente prolongado cuando debí solicitar licencia al Cuerpo por razones de salud. Su capacidad, su buena voluntad, su sentido del deber, su aptitud para el sacrificio, fueron admirables.

III. *Provisión de vacante de Académicos de Número.*— Como estaba previsto, en este periodo se llenaron las vacantes producidas por el fallecimiento de los Sres. Académicos de Número Dres. Manuel V. Ordóñez y Carlos Juan Zavala Rodríguez.

Para ese fin, se convocó a la sesión especial prevista por el Estatuto, que se realizó el día 10 de agosto. Para llenar las mencionadas vacantes fueron elegidos, respectivamente, los Dres. Carlos Manuel Muñiz y Jaime Luis Anaya, cuyas destacadas condiciones personales garantizan la valía del aporte que significarán para la Corporación.

Por otra parte, debido al lamentado deceso del Académico Dr. Mario J. López se produjo una vacante que la Academia debe cubrir. De acuerdo a una loable tradición y en su homenaje se resolvió postergar para el año próximo la correspondiente designación.

IV. *Reuniones de Mesa Directiva.*— A lo largo del año la Mesa Directiva se reunió, ordinariamente, una vez por semana para deliberar sobre los asuntos de su competencia, fijar posiciones dentro de ese ámbito y preparar el material necesario para que el Plenario contara con los elementos requeridos para la mayor eficacia en su trabajo.

En todas las oportunidades y muy especialmente cuando las circunstancias plantearon la necesidad de adoptar con urgencia criterios acertados frente a opciones difíciles, la labor de la Mesa Directiva —que siempre alcanzó total acuerdo entre sus integrantes— fue ardua y digna de franco elogio, como lo expresé en el punto II de esta Memoria.

V. *Reuniones ordinarias del Cuerpo.*— Durante el período a que corresponde esta Memoria se cumplieron en su totalidad las sesiones ordinarias de la Academia, tanto las privadas como las que se con-

cretaron en actos públicos y las especiales que debieron llevarse a cabo por circunstancias extraordinarias.

Este hecho, unido al desarrollo de esas reuniones, puso de manifiesto una vez más el espíritu de trabajo de los señores Académicos y su amplia participación en las actividades de la Corporación.

Es también de destacar la armonía que reinó en todas esas oportunidades y la generosidad con que sus integrantes brindaron su colaboración a la entidad.

*VI. Comunicaciones en sesiones privadas.* — Considero un hecho digno de ser señalado que en todas las sesiones privadas desarrolladas durante el año 1989 se efectuaron a partir del mes de junio comunicaciones sobre temas de interés, que además de significar un aporte valioso dieron lugar a interesantes cambios de opiniones con la participación de numerosos señores Académicos, lo cual evidenció una labor científica de elevada jerarquía e iluminó aspectos destacados del campo jurídico.

A continuación incluyo una nómina de las comunicaciones aludidas y las fechas de cada una de ellas.

22 de junio: Académico Dr. Marco Aurelio Risolía: "Verdad, moral y derecho. Brevíssima evocación de un provechoso diálogo".

13 de julio: "Los contratos atípicos en las XII Jornadas de Derecho Civil", a cargo del suscripto.

10 de agosto y 14 de setiembre: Académico Dr. Julio César Cueto Rúa: "La valoración y la experiencia jurídica".

28 de setiembre: Académico Dr. Horacio García Belsunce: "Autonomía o autarquía de los municipios. Consecuencias tributarias a propósito del cambio de jurisprudencia".

12 de octubre: Académico Dr. Jorge Mayer: "La revolución francesa y el Río de la Plata".

14 de diciembre: Académico Dr. Félix Alberto Trigo Represas: "Obligaciones en dólares".

Por otra parte, en el ámbito de las sesiones privadas y con igual participación de los Señores Académicos fueron considerados informes de los institutos y comisiones especiales, que representan un aspecto complementario importante de la labor de la Academia.

*VII. Sesiones públicas.* — Durante el año 1989 la Academia efectuó diversos actos públicos de notable repercusión y que con-



taron con la presencia de numeroso público, que siguió su desarrollo con interés digno de ser destacado.

La lista de esas sesiones públicas es la que sigue:

El 8 de junio, el Académico Dr. Jorge Bustamante Alsina pronunció una conferencia sobre "Los efectos civiles de las informaciones inexactas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

El 27 de julio, el Dr. Horacio García Belsunce una sobre "Tributación y confiscación".

Con motivo del centenario del nacimiento de los Señores Académicos Doctores Carlos Alberto Acevedo, Rafael Bielsa, Pablo Calatayud, Agustín Matienzo y Juan Silva Riestra, se les rindió homenaje en un acto realizado el 24 de agosto, en el cual los Señores Académicos de Número doctores Alberto Rodríguez Galán, Miguel S. Marienhoff, Elías P. S. Guastavino, Roberto Martínez Ruiz y Jorge Mayer se refirieron respectivamente a cada uno de los ilustres homenajeados.

El Profesor español Dr. Rafael Entrena Cuesta disertó el 12 de setiembre sobre "El sistema económico de la Constitución española", oportunidad en la cual se le hizo entrega del diploma que lo acredita como Académico Correspondiente.

El 26 de octubre, en el marco de los actos organizados por la Prefectura Naval Argentina el Dr. José Domingo Ray dictó una conferencia sobre "La Convención de Asistencia y Salvamento de 1989".

La serie de actos públicos se cerró el día 9 de noviembre, con motivo de la incorporación del Señor Académico de Número Dr. Jaime Luis Anaya, quien fue presentado por el Señor Académico de Número Dr. Lino Palacio y cuyo discurso de incorporación versó sobre "Empresa y sociedad en el Derecho Comercial".

#### VIII. *Reuniones con Presidentes de Academias Nacionales.*—

Las especiales circunstancias vividas por el país, especialmente vinculadas con la asunción del cargo por el Señor Presidente de la Nación y la consiguiente renovación experimentada en las áreas de Educación y Cultura y de Ciencia y Técnica incidieron para intensificar el ritmo de los habituales encuentros entre los Presidentes de las Academias Nacionales que habían comenzado de acuerdo a la programación habitual, es decir con una frecuencia mensual.

En todos los casos las reuniones consideraron temas de interés, relacionados con el conjunto de las Academias, y permitieron a sus

Presidente intercambiar ideas fecundas así como organizar actividades de manera coordinada para facilitar el mejor desenvolvimiento de cada una de las entidades.

En una de las primeras reuniones del año se propuso la realización periódica, preferentemente anual, de homenajes a Académicos fallecidos que hubiesen aquilatado méritos excepcionales.

Para 1989 se eligió al Dr. Miguel Ángel Cárcano, que había pertenecido a varias de las Corporaciones, y el acto en su honor se llevó a cabo el 31 de octubre en la Academia Nacional de la Historia, donde hicieron uso de la palabra los señores Académicos Dres. Ricardo Zorraquín Becú, Raúl H. Castagnino, Norberto Ras y Julio César Cueto Rúa en representación de las Academias Nacionales de Historia, Letras, Agronomía y Veterinaria y Ciencias Económicas, es decir, aquellas que había integrado el recordado Académico.

*IX. Reuniones de los Presidentes de Academias con Autoridades Nacionales.* — La asunción del mando por el Señor Presidente de la Nación Dr. Carlos Saúl Menem y la designación de nuevos funcionarios al frente del Ministerio de Educación y Justicia, la Secretaría de Cultura y la Secretaría de Ciencia y Técnica dieron motivo a la concreción de diversas audiencias de aquéllos con los señores Presidentes de las Academias Nacionales.

Por su jerarquía, debe ser recordada en primer término la que se desarrolló con el titular del Poder Ejecutivo, que revistió características dignas de ser destacadas.

La audiencia tuvo lugar en la Sala de Situación de la Casa de Gobierno y, de acuerdo a la información dada en esa oportunidad por el Sr. Ministro de Educación y Justicia, era la primera en que un Presidente de la Nación recibía conjuntamente a la totalidad de los Presidentes de las Academias Nacionales.

El acto comenzó con el saludo personal del Señor Presidente de la Nación a cada uno de los titulares de las diversas Academias. A continuación, el Sr. Ministro de Educación y Justicia Dr. Antonio Salonia tuvo a su cargo pronunciar las palabras de apertura, en las que trazó sintética y acertadamente un breve cuadro de las bases que deben presidir las relaciones entre las máximas autoridades y las Corporaciones, a las que asignó una misión fundamental en el campo de la cultura.

Tras una breve intervención del señor Presidente de la Aca-

demia Nacional de Medicina, Dr. Horacio Rodríguez Castells, quien indicó la satisfacción de los Académicos por la ocasión que teníamos de dialogar con el Señor Presidente de la Nación y sus colaboradores, el Dr. Carlos Saúl Menem expuso sus ideas fundamentales en torno a la colaboración que, a su juicio, debe existir entre el Gobierno y las Academias, y luego cedió la palabra a cada uno de los Presidentes para que tuvieran oportunidad de explicar el trabajo que se realizaba en sus respectivas Corporaciones.

En síntesis, la audiencia fue calificada como muy positiva por los Señores Presidentes.

Cronológicamente, la primera reunión directa con las autoridades tuvo lugar con el Ministro Dr. Salonia en la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, en la cual también estuvo presente el Secretario de Cultura, Licenciado Julio Bárbaro.

Ambos coincidieron en afirmar la necesidad de apoyar la labor de las Academias, dado el valor que reviste, y reiteraron su voluntad de descalificar cualquier medida que se pretendiera sancionar en contra de ellas con clara referencia a un proyecto de ley que se había pretendido volver a considerar en el Senado de la Nación.

El mismo espíritu se puso de manifiesto en las reuniones mantenidas con el Señor Secretario de Ciencia y Técnica, Dr. Raúl Matera, en las que estuvo presente el señor Presidente del CONICET Ingeniero Carlos Cavoti.

En la primera, que tuvo lugar el día 24 de agosto, el señor Secretario solicitó la colaboración de las Academias en varios sectores de la tarea que tiene a su cargo y, posteriormente, hizo llegar un memorandum con el detalle de las mismas, que fue tratado en las diversas Corporaciones y analizado también en reuniones de sus Presidentes.

Sobre la base de estos antecedentes se hizo llegar al Dr. Matera las respuestas a los problemas planteados en el memorandum. Algunas Corporaciones contestaron conjuntamente y otras, entre las que se encuentra la nuestra, lo hicieron en notas individuales.

Más tarde y tras una propuesta de institucionalizar en un organismo especial la colaboración de las Academias, que no tuvo eco favorable, se resolvió constituir comisiones de trabajo en las que participarían las Academias, y a la nuestra le correspondió integrar la que se ocupará de los premios y consultas.

Hacia fin de año, el 29 de diciembre, después de algunas ges-

tiones poco afortunadas de una persona que se tituló asesor de la Secretaría de Cultura y pretendió ocupar un despacho en el local de la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, los Presidentes de las Academias que tienen su sede en el edificio de Avda. Alvear 1711 concurrimos a una audiencia concedida por el Señor Ministro de Educación.

El Profesor Salonia reiteró su interés por la colaboración de las Academias y ratificó expresiones anteriores respecto a la seguridad que debe dárseles en cuanto a la conservación de las sedes que actualmente ocupan.

Como resumen de las relaciones con las autoridades puede emitirse juicio favorable en cuanto al futuro de una labor coordinada en el ámbito de la cultura, con pleno respeto de la autonomía y personalidad de las Academias Nacionales.

*X. Reunión conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*—La reunión anual con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba se realizó en nuestra sede durante los días 4, 5 y 6 de octubre y tuvo como tema "Derecho y realidad".

El tópico elegido despertó particular interés y la reunión contó con trabajos y participación de numerosos Académicos de ambas Corporaciones, tanto de número como correspondientes.

Las palabras de apertura fueron pronunciadas por los Presidentes de ambas instituciones y luego los relatores designados abordaron aspectos parciales dentro del tema general.

Sucesivamente los siguientes señores Académicos desarrollaron la siguiente nómina de asuntos: Dr. Julio César Cueto Rúa, "Introducción a la relación entre derecho y realidad social"; Víctor H. Martínez, "La deuda externa como problema jurídico"; José Domingo Ray, "La formación del derecho"; Héctor Cámara, "Derecho Comercial y realidad"; Roberto Martínez Ruiz, "La realidad en la interpretación de la Constitución Nacional"; Olsen A. Ghirardi, "El proyecto constitucional de Alberdi y la revolución francesa; originalidad y realidad"; Pedro J. Frías, "Democracia y realidad"; Lino Enrique Palacio, "La realidad y la proyectada integración de los tribunales penales"; Efraín Richard, "La economía y el derecho, la realidad y la actividad empresarial bancaria", y Augusto Mario Morello, "Proceso y realidad".

A ello debe agregarse que se produjeron prolijas intervenciones de varios señores Académicos, entre quienes cabe citar a los

Dres. Néstor Pedro Sagüés, Jesús Abad Hernando, Emilio Cornejo Costas, Jorge Mosset Iturraspe, Alfredo Ves Losada, Alejandro Guillermo Baro, José Severo Caballero, Florentino Izquierdo, Julio H. G. Olivera, Enrique Ramos Mejía y Horacio García Bel-sunce.

Merece señalarse que la reunión fue realmente fructífera, no sólo en el plano científico, sino también en el espíritu que se puso de manifiesto en todas las sesiones y en los actos sociales con que fueron agasajados los ilustres visitantes, donde la confraternidad alcanzó un muy alto grado.

Como la Academia de Córdoba celebrará su cincuentenario en el año 1991 tiene el deseo de ser en esa oportunidad sede de la reunión conjunta, motivo por el cual ha propuesto a nuestra Corporación dejar sin efecto la que debería llevarse a cabo el año próximo en la ciudad de Córdoba, sugestión que nuestra Academia aceptó dada la razón aducida.

XI. *Declaraciones, consultas y dictámenes.* — En cumplimiento de una de las funciones relevantes que le asigna el Estatuto, la Academia formuló a lo largo del año declaraciones sobre temas de interés general y dictámenes sobre asuntos específicos y respondió a las consultas planteadas por diversos organismos estatales.

Sin duda ocupa el lugar central la declaración efectuada con motivo del proyecto de reforma de la Constitución Nacional, iniciativa que ha motivado posiciones encontradas, aun en las esferas oficiales.

Esta circunstancia constituyó un motivo particular para que la Corporación, que inicialmente había guardado silencio a este respecto por entender que conservaban plena vigencia las expresiones contenidas en un pronunciamiento sobre el tema elaborado en el año anterior, posteriormente estimara necesario exteriorizar nuevamente su modo de pensar sobre un asunto tan trascendental.

Lógicamente, el criterio que informa a la nueva declaración es coincidente con el anterior y reitera que la Academia considera inconveniente la modificación de nuestra ley fundamental.

Pero a esa reiteración se agregaron argumentos vinculados con la actual situación del país y la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de quienes estén dispuestos a incorporar sus esfuerzos personales, su actividad y sus medios patrimoniales al esfuerzo conjunto de los argentinos tendiente a impulsar el progreso de la Na-

ción y el bienestar de sus ciudadanos, de sus habitantes y de los demás "hombres del mundo" que deseen trabajar en nuestro país.

También merece ser mencionada la respuesta dada a una consulta remitida por la Comisión Asesora del H. Senado de la Nación sobre la parte dedicada al tratamiento de los contratos en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial que cuenta con media sanción de la H. Cámara de Diputados.

La respuesta se elaboró con la contribución de los señores Académicos y del Instituto de Derecho Civil que dirige el señor Académico de Número Dr. Roberto Martínez Ruiz.

Otro Instituto, el de Derecho Internacional y de la Navegación, cuya dirección ejerce el señor Académico Secretario Dr. José D. Ray, trabajó en la preparación de las respuestas al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto respecto a su consulta sobre la conveniencia de ratificar una serie de Convenios Internacionales, previéndose elevar los dictámenes pertinentes en el curso del corriente año.

La Secretaría de Cultura remitió a la Academia un pedido de opinión referido a la solicitud de nacionalización de la Academia Belgraniana, el que se respondió conforme con el criterio seguido en situaciones análogas planteadas en anteriores ocasiones.

XII. *La labor de los institutos. Instituto de Derecho Civil.* — El Instituto de Derecho Civil que dirige el señor Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz ha continuado las investigaciones sobre los temas que se encomendaron a las comisiones formadas para desarrollarlos. Así, la integrada por los doctores Erdozain, Bieule, Casas de Chamorro y Gastaldi, está tratando el referente a "Responsabilidad por daños ocasionados por productos elaborados". La constituida por los doctores Trigo Represas, Bueres y Salerno, investiga sobre "Legitimación en la acción de daños y perjuicios". Los doctores Nieto Blanc, Bouzat y Carneiro, ya han concluido el trabajo sobre "Estado de necesidad" y finalmente los doctores Guaglianone de Mraz Arancibia, Pratesi y Bunge, analizan el tema "Responsabilidad por ruidos molestos".

Existe el propósito de dar término a la tarea para tratar de publicar los trabajos en el curso del año 1990.

*Instituto de Derecho Administrativo.* — Bajo la dirección del señor Académico Dr. Miguel S. Marienhoff el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo diversas sesiones de trabajo donde en-

tre todos sus integrantes se analizaron diversas cuestiones vinculadas a esta rama del derecho público.

En la primera reunión de trabajo, el Dr. Jorge Luis Maiorano, Subprocurador del Tesoro de la Nación, expuso sobre el tema "El Tribunal de Cuentas: su naturaleza jurídica, ubicación y doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación".

En la segunda de las sesiones de trabajo, el Dr. Miguel S. Marienhoff expuso sobre el tema "El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público". Este trabajo fue publicado en la revista "La Ley", t. 1980-E, sec. doctrina, pp. 963/969.

En la tercera reunión se realizó un análisis del fallo "Motor Once" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vinculado con el alcance de la responsabilidad del Estado. Tuvo a su cargo la exposición del caso el Dr. Fernando Borio.

A su vez, siguiendo con las tareas programadas, el Dr. Ismael Mata comentó el fallo "Rivademar" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que estableció una nueva doctrina sobre la autarquía municipal, generando su exposición un interesante y elevado debate entre los miembros del Instituto.

En esa oportunidad se aprobó el trabajo realizado en el seno del Instituto por la Dra. María Jeanneret de Pérez Cortés y los Dres. Alberto B. Bianchi, Luis A. Carello y Guido S. Tawil. Su objeto fue analizar algunas de las particularidades de los fallos "Medopal" y "Petracca". Este trabajo será próximamente publicado en la "Revista de Derecho Administrativo".

Finalmente, cabe señalar que el Instituto colaboró en la realización del acto de incorporación como Miembro Correspondiente del Dr. Rafael Entrena Cuesta, catedrático de la Universidad de Barcelona, que se produjo el 12 de setiembre de 1989. En esa oportunidad, el Dr. Entrena Cuesta disertó sobre "El sistema económico de la Constitución española".

*Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación.* — Durante el período al cual me estoy refiriendo el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación a cargo del señor Académico Dr. José D. Ray desarrolló las siguientes actividades.

El señor académico Dr. Ray en su carácter de asesor "ad honorem" del Prefecto Naval Argentino, integró la delegación argentina que concurrió a la Conferencia diplomática de Londres, convocada por Naciones Unidas, a través de la Organización Marítima Internacional (O.M.I.) y, posteriormente, expuso en sesión pública sobre

el tema "La Convención de Asistencia y Salvamento de 1989". En los "Anales" se incluye el texto de su exposición y de la Convención aprobada en la Conferencia.

Con motivo de la aprobación del texto que se incorporó como artículo 14 de la Convención, la Conferencia aprobó una resolución para que el Secretario General de la O.M.I. propusiera la modificación de las Reglas de York Amberes y se excluyera de posibles liquidaciones en avería gruesa, la indemnización que correspondiera pagar al propietario del buque sobre la base de lo dispuesto en ese artículo 14.

El Secretario General solicitó la cooperación del C.M.I. y esta entidad constituyó un Grupo de Trabajo con Mr. Taylor, liquidador de averías, quien solicitó la opinión de las Asociaciones Nacionales afiliadas al Comité y la Asociación Argentina hizo llegar la suya a fin de año.

El señor Director del Instituto ha estado trabajando con distinguidos especialistas en la materia sobre ese tema y el mismo será uno de los que se considerará en la próxima Conferencia del Comité. Estas Conferencias se convocan cada cuatro años y la próxima será en París, del 24 al 30 de junio de 1990.

Próximamente en el mes de febrero el doctor Ray tendrá una entrevista con uno de los miembros del Subcomité, Mr. J. Hudson, distinguido liquidador de averías gruesas, quien informará de las conclusiones del grupo de trabajo que se debe reunir en enero próximo.

El Instituto tiene en estudio el pronunciamiento sobre la conveniencia de ratificar un conjunto de convenciones internacionales de derecho aeronáutico y marítimo y en el curso de este año podrá elevarse el correspondiente dictamen al Ministerio de Relaciones Exteriores, previa aprobación del Cuerpo.

El Dr. Agustín Rodríguez Jurado ha trabajado en el Instituto sobre su Proyecto de Nuevo Código Aeronáutico Latinoamericano y nos hizo llegar sus conclusiones respecto a la reforma del Código Aeronáutico elaborado por el Dr. Mario Folchi.

Con la colaboración de la Dra. Graciela Arrola de Galandrini, profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata, se prepararon en castellano el texto de la Conferencia que el Profesor Basedow de la Universidad de Heidelberg dictó en inglés el año anterior en el Instituto sobre "La temeridad y el quebrantamiento de los límites de responsabilidad en el derecho marí-



timo" y el referente al panorama que el señor Director le solicitara sobre el derecho marítimo alemán.

Se aspira a que ambos trabajos puedan ser publicados en los "Anales" de la Academia, porque sí bien son de carácter sintético, serán de interés por la información que en ellos se brinda a los interesados en la materia.

Se encararon, asimismo, algunos trabajos por parte del Profesor adjunto por concurso de la Universidad de Buenos Aires Dr. Alberto C. Cappagli, pero todavía no han concluido y tampoco se pudo comenzar a desarrollar el curso sobre especialización en "Derecho de la Navegación" planeado para cumplir con la solicitud del señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata.

XIII. *Publicaciones de la Academia.*— Tal como cabía esperar, dada la calidad de la obra y la muy favorable acogida con que fue recibida por los estudiosos y en general por los hombres de derecho, se agotó la primera edición del "Tratado de la 'jurisdicción' administrativa y su revisión judicial" del Sr. Académico de Número Dr. Elías P. S. Guastavino, hecho que es motivo de particular satisfacción para nuestra Corporación.

Se ha terminado de imprimir la segunda edición, que cuenta con adiciones y ampliaciones de su autor, y se ha convenido el sistema de distribución de la obra para permitir que llegue de la manera más amplia a poder de los numerosos interesados.

Está en imprenta el nº 27 de los "Anales" y han sido editadas algunas separatas para difundir los respectivos trabajos en forma inmediata. Respecto a éstas cabe señalar que se ha arribado a un acuerdo con librerías especializadas en temas jurídicos a fin de que reciban un cierto número de ejemplares en consignación y los pongan a la venta en sus locales.

Dado el interés manifestado respecto a algunas separatas correspondientes a números anteriores de los "Anales" también ellas han sido incluidas en este sistema de distribución.

Se han comenzado también tratativas para adoptar el mismo criterio respecto a algunas de las "Obras" que integran el acervo de nuestras colecciones.

Se prepara la publicación de los trabajos expuestos en la reunión conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en un volumen que se titulará "Derecho y realidad".

La nómina de separatas publicadas hasta ahora es la que sigue:

“Condicionamiento económico jurídico de un orden monetario” del señor Académico Dr. José Domingo Ray.

“Verdad, moral y derecho. Brevisima evocación de un provechoso diálogo” del señor Académico Dr. Marco Aurelio Risolfa.

“Tributación y confiscación” del señor Académico Dr. Horacio A. García Belsunce.

“Los efectos de las informaciones inexactas o agraviantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” del señor Académico Dr. Jorge H. Bustamante Alsina.

“La valoración y la experiencia jurídica” por el señor Académico Dr. Julio César Cueto Rúa.

“La realidad en la interpretación de la Constitución Nacional” por el señor Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz.

“El derecho a la salud en el plano constitucional” por el señor Académico Dr. Augusto Mario Morello.

“La realidad jurídica y la proyectada integración de los Tribunales Penales” por el señor Académico Dr. Lino E. Palacio.

“Realidad y Derecho Penal” por el señor Académico Dr. Enrique Ramos Mejía.

“Derecho y realidad en el Derecho Constitucional” por el señor Académico Correspondiente Dr. Néstor Pedro Sagüés.

“Los contratos atípicos en las XII Jornadas de Derecho Civil” por el suscripto.

XIV. *Premios de la Academia.* — Los jurados designados para dictaminar sobre la adjudicación de los premios instituidos por la Academia el 26 de setiembre de 1987 produjeron sus pertinentes despachos.

Se habían presentado trabajos en los tres concursos, referidos a Derecho Público, Derecho Privado y Ciencias Sociales. De acuerdo a la opinión de los Jurados, compartida por el Cuerpo, el primero y el último fueron declarados desiertos.

En el concurso referido al Derecho Privado, el Jurado aconsejó y el Plenario resolvió en igual sentido otorgar el premio al trabajo titulado “El proyecto de unificación Civil y Comercial y la actuación de los administradores de las sociedades por acciones”, presentado con el seudónimo “EMETEA”.

Abierto el sobre correspondiente, quedó individualizado el autor, que resultó ser el Dr. Mariano Gagliardo, a quien el día 23 de no-

viembre se le hizo entrega del premio consistente en una suma de dinero, un diploma y una medalla.

En la última sesión del año, el día 14 de diciembre, se resolvió abrir un concurso para optar a los premios que, de acuerdo a lo oportunamente aprobado, otorga la Academia, uno a una obra editada y otro a una inédita. Los premios se otorgarán de acuerdo a la reglamentación vigente, cuyo contenido substancial será publicado conjuntamente con el llamado a concurso, al que se procurará dar la mayor difusión en el ambiente jurídico.

XV. *Visitantes ilustres.* — La Academia recibió en sesión especial el día 12 de setiembre la visita del ilustre Profesor español Dr. Rafael Entrena Cuesta, prestigiosa figura de la Madre Patria, que ha aquilatado méritos excepcionales por su labor jurídica.

Como se informó en el punto VII de esta Memoria, el Profesor nombrado pronunció, en ese acto público, una brillante conferencia sobre "El sistema económico de la Constitución española", al que asistió un público muy numeroso y calificado que siguió con vivo interés la exposición del disertante.

La presentación del orador estuvo a cargo del Sr. Académico de Número Dr. Juan Carlos Cassagne, quien desarrolló una sintética exposición de alta calidad científica.

Como dato complementario cabe señalar que el Profesor Entrena Cuesta había sido designado Académico Correspondiente en la sesión privada de la Academia el día 10 de agosto.

XVI. *Designación de Académicos Correspondientes.* — Además del Profesor Dr. Rafael Entrena Cuesta, a quien nos hemos referido en el punto anterior y cuya designación fue propuesta por los señores Académicos de Número Dres. Miguel S. Marienhoff y Juan Carlos Cassagne, la Corporación nombró a otros dos Académicos Correspondientes.

Se trata del Dr. Néstor P. Sagüés, elegido como tal en la sesión del 10 de agosto a propuesta del Sr. Académico Secretario Dr. José D. Ray, y de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, nombrada tras la proposición efectuada por el Sr. Académico de Número Dr. Miguel S. Marienhoff.

Todas las designaciones fueron hechas por unanimidad y la calidad de los juristas nombrados augura que su incorporación ha de significar un aporte muy valioso para la Corporación.

XVII. *Biblioteca.*—La importante biblioteca de la Academia mantuvo y amplió su acervo y su calidad, incorporó los ejemplares correspondientes a las suscripciones de sus publicaciones periódicas y sumó ejemplares de obras nuevas en su esfuerzo por mantener su actualización.

Es pertinente señalar, por otra parte, que la bibliotecaria, Dra. María Luz Resk, continúa su eficaz tarea de fichaje y sistematización de los volúmenes que la integran, con la consiguiente ventaja para quienes la consultan.

En el período considerado en esta Memoria se produjo un interesante ofrecimiento de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, consistente en trasladar al local de nuestra Academia su biblioteca especializada, compuesta por obras modernas y de elevada calidad. Pero, lamentablemente, el Cuerpo, tras considerar cuidadosamente la propuesta, se vio forzado a desecharla —no sin agradecer calurosamente a la institución que la había formulado— por entender que las condiciones de nuestro local no permitían recibir el conjunto de libros en el modo que posibilitara su mejor aprovechamiento.

Por la incidencia que la incorporación de nuevos volúmenes podía tener en lo atinente a la seguridad del edificio, se efectuó una consulta al Arquitecto que tuvo a su cargo las tareas de acondicionamiento de la Casa de las Academias cuando ésta fue entregada a las Corporaciones.

XVIII. *Otras reuniones jurídicas realizadas en la sede de la Academia.*—Como en años anteriores, la Academia cedió el uso de su sede para la realización de reuniones de jerarquía dedicadas al estudio de temas jurídicos.

El Centro de Investigaciones Jurídicas Aeronáuticas que dirige el Dr. Agustín Rodríguez Jurado utilizó dependencias de la sede de la Academia para llevar a cabo reuniones periódicas dedicadas al análisis de temas de su especialidad.

A ello debe sumarse que una de las Comisiones de Trabajo organizadas a propuesta de la Secretaría de Ciencia y Técnica efectuó en la sede su reunión constitutiva el día 17 de noviembre.

XIX. *Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional.*—Por iniciativa del Sr. Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas y Académico de Número de nues-

tra Corporación Dr. Julio H. G. Olivera se resolvió que las nombradas Instituciones y la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas organizaran un seminario sobre el tema del epígrafe, cuya importancia no es del caso enfatizar.

La tarea fundamental consistirá en la publicación de una obra de alto nivel que recoja los trabajos de los señores Académicos sobre la materia elegida.

En lo atinente a la organización, se ha constituido una Comisión de Auspicio formada por los Presidente de las tres Academias participantes y una Comisión Ejecutiva que integrarán dos señores Académicos de cada una de ellas.

En representación de nuestra Corporación fueron designados los señores Académicos de número doctores Horacio García Bel-sunce y Jorge Aja Espil.

*XX. Homenaje a señores Académicos fallecidos.* — Como se adelantó al hacer referencia a los actos públicos realizados por la Academia, ésta tributó el 24 de agosto un homenaje a los señores Académicos Carlos Alberto Acevedo, Rafael Bielsa, Pablo Calata-yud, Agustín Matienzo y Juan Silva Riestra en el centenario de sus nacimientos.

Con ese fin se celebró en horas de la mañana una Misa en la Capilla del Colegio Jesús María que fue oficiada por el R. P. Carlos Cucchetti y por la tarde el antes recordado acto público, en el que hicieron uso de la palabra los señores Académicos de número Dres. Alberto Rodríguez Galán, Miguel Marienhoff, Elías P. S. Guastavino, Roberto Martínez Ruiz y Jorge M. Mayer.

También fueron recordados, al cumplirse el primer aniversario de sus decesos, los Dres. Manuel V. Ordóñez y Carlos J. Zavala Rodríguez.

En el primer caso se ofició una Misa en la Capilla Stella Maris, celebrada por el Sr. Vicario Castrense Monseñor José Medina y un conjunto de sesiones académicas que tuvieron lugar en la Universidad del Museo Social Argentino. En uno y otro acontecimiento representaron a la Academia el entonces Vicepresidente Dr. Mario Justo López y el suscripto.

El homenaje al Dr. Carlos Zavala Rodríguez tuvo lugar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. La Academia adhirió al acto y estuvo representada en el mismo por el Sr. Académico de Número Dr. Jaime Luis Anaya.

*XXI. Actividades de señores Académicos.* — Tal como ocurre habitualmente, en 1989 fueron muchas las actividades destacadas de miembros de la Corporación, varios de los cuales recibieron distinciones que pusieron de relieve sus méritos singulares.

En este terreno cabe señalar que el Sr. Académico de Número Dr. Julio H. G. Olivera fue designado Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas y que el Sr. Académico de Número Dr. Segundo V. Linares Quintana fue reelegido para presidir la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

En esta última fue nombrado Vicepresidente el Dr. Mario J. López, que ocupó igual cargo en nuestra Corporación y cuyo cese significó, como antes se dijo, una pérdida muy sensible y dolorosa para ambas Corporaciones.

Los señores Académicos de Número Dres. José D. Ray y Juan C. Cassagne pronunciaron sendas conferencias en las Jornadas sobre Moneda y Banco Central organizadas por el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, en las que también disertó el Sr. Académico de Número de nuestra entidad y Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas Dr. Julio H. G. Olivera.

Además, el Dr. Juan C. Cassagne fue designado miembro de la Academia Interamericana de Derecho Comparado y el Dr. José D. Ray asistió al seminario del Comité Marítimo Internacional que se realizó en Unolke Zonte (Bélgica) y a la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas convocada por la Organización Marítima Internacional en el mes de abril en Londres.

El Dr. Julio Olivera fue galardonado con el Premio Alejandro Shaw que recibió en acto público de gran significación, acorde con la importancia que, desde el punto de vista científico, reviste esa distinción.

El Dr. Lino Palacio participó en el Simposio Internacional llevado a cabo en la Universidad Externado de Colombia y el Dr. Julio Cueto Rúa desarrolló su ciclo habitual de clases en la Universidad de Baton Rouge en los Estados Unidos de América.

*XXII. Trabajos y dotaciones necesarios en la Sede de la Academia.* — Además de los trabajos de mantenimiento indispensables para el debido cuidado de nuestra sede se completó la encuadernación de los tomos de la colección de "Anales" que había sido interrumpida por razones de índole económica.

Por otra parte, con la finalidad de preservar debidamente el

patrimonio de la Corporación se contrataron seguros contra incendio y robo.

XXIII. *Recursos afectados.* — La Corporación hizo frente a la ejecución de sus actividades, inclusive a las publicaciones, con los recursos provenientes de la contribución del estado Nacional prevista en la norma legal que rige a las Academias Nacionales, contribución que, como correspondía, se mantuvo en el sistema estructurado por la Ley de Emergencia Económica N° 23.677.

Esa contribución fue aportada regularmente y administrada con el mayor sentido de economía y sujeción a criterios de estricta austeridad que contaron, entre otros elementos que facilitaron su aplicación, con la comprensión y la lealtad del personal de la Academia, al cual la Presidencia cree justo dedicar una mención especial.

Lógicamente, el principal mérito, también en este aspecto, pertenece sin duda a los Sres. Académicos que integran el cuerpo, quienes en todo momento colaboraron, en todos los sentidos, para posibilitar el ordenado funcionamiento de la Corporación, además de destacarse en el campo cultural y científico.

XXIV. *Informe de tesorería.* — A pesar de la inestabilidad económica que afectó este año al país y en alguna medida a todas las instituciones, la Academia procuró que no se alteraran sus actividades ordinarias. En ese sentido continuó con sus publicaciones de "Separatas", "Obras" y "Anales", realizó en su sede la VIII Reunión Conjunta con la Academia de Córdoba y renovó la suscripción de revistas especializadas. Tal como estaba determinado en el respectivo llamado a concurso, se otorgó el Premio correspondiente a Derecho Privado utilizando los fondos afectados a ese fin.

Igualmente, se atendió a la debida conservación y mantenimiento de la casa y de la biblioteca de la Institución. Se contrataron seguros para cubrir riesgos de robo e incendio y se prosiguieron las tareas de inventario y fichaje de los libros existentes.

Por último, como en ejercicios anteriores, y como surge del Balance que se acompaña, se afectan recursos de la Academia para el año próximo, con el propósito de continuar con el cumplimiento de las finalidades y atribuciones que determina el Estatuto.

XXV. *Reflexión final.* — Considero oportuno señalar, como reflexión final, que las circunstancias que ha atravesado el país han

constituido un motivo constante de preocupación para la Academia y han concitado la permanente atención de sus integrantes.

Tanto los hechos positivos, como la efectivización de la transición presidencial cumplida tras elecciones intachables y con plena vigencia del sentido republicano e inspiración democrática, como los acontecimientos negativos, en especial la crisis económica que aqueja a la Nación, fueron ponderados por la Academia con la mayor profundidad y con la intención de dar la mejor respuesta que, dentro del ámbito propio de su acción, constituyera una contribución al logro de los mejores objetivos para nuestra comunidad.

Es sabida la importancia que en la vida de las naciones tienen los aspectos culturales, especialmente, los de mayor jerarquía. La Corporación ha sentido que estaba ínsita en su responsabilidad la necesidad de aportar lo mejor de sí y ese espíritu ha inspirado su acción a lo largo del año.

*Federico N. Videla Escalada*  
*Académico Presidente*



## BALANCE DEL EJERCICIO 1989

*Tribunal de Cuentas:* Ficha cuenta 8-65-684.

*Nombre de la Asociación:* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

*Domicilio:* Avda. Alvear Nº 1711, Piso 1º, Capital Federal (1014).

*Objeto:* La investigación en el campo del Derecho y las Ciencias Sociales, el fomento y la difusión de tales estudios y el perfeccionamiento del régimen legal del país.

*Fecha de autorización del Poder Ejecutivo:* 25 de octubre de 1940.



## BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 1989

Iniciado el 1º de enero de 1989

<i>A C T I V O</i>	Miles de A	Miles de A
<i>Capítulo I - Muebles, Útiles e Inst.</i>		
Inmuebles (neto de amortizaciones)	29.376,11	
Muebles, Út. e inst. (neto amort.)	27.764,81	
Biblioteca (neto de amortización)	7.984,04	65.124,96
 <i>Capítulo II - Efectivo</i>		
Caja	2,47	
Banco Nación Argentina cta. cte.	2.356,34	2.358,71
 <i>Capítulo III - Créditos</i>		
Deudores Varios	22,72	
Bonos Externos - Afectación:		
Fondo Publicaciones	74.156,64	
Fondo Institutos	31.894,52	
Fondo Muebles y Útiles	14.301,00	
Fondo Clasificación Biblioteca	7.493,13	
Fondo Libros Biblioteca	21.168,46	148.991,47
<b>TOTAL DEL ACTIVO</b>		<b>216.475,14</b>
 <i>P A S I V O</i>		
<i>Capítulo I - Fondos Sociales</i>		
Capital Social	0,00943	
Ajuste del Capital	79.315,13	79.315,13
 <i>Capítulo II - Deudas</i>		
Cuentas a Pagar		1.700
 <i>Capítulo III - Cuentas Varias</i>		
Previsión para despidos		186,07
 <i>Capítulo IV - Resultados Anteriores</i>		
Resultados de Ejercicios Anteriores	64.961,87	
Resultado del Ejercicio	70.312,07	135.273,94
<b>TOTAL DEL PASIVO</b>		<b>216.475,14</b>

## CUENTA DE GASTOS Y RECURSOS AL 31-12-89

<i>D E B E</i>	Miles de ₡
Amortizaciones	12.031,52
<i>Gastos generales administración</i>	
Publicaciones	18.397,56
Sueldos	9.134,34
Cargas sociales	2.851,86
Previsión para indemnizaciones	182,69
Gastos mantenimiento	1.252,24
Premios otorgados	1.087,70
Gastos varios administración	7.152,28
Total	52.090,19

### *H A B E R*

Contribuciones	41.808,95
Intereses cobrados	1.333,07
Utilidad títulos públicos	146.802,32
Ingresos varios	950,46
Total	190.894,80

### *Resultados financieros*

Resultado por Exposición a la Inflación	( 68.492,54)
Superávit del ejercicio	70.312,07

ESTADO DE EVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO NETO AL 31 DE DICIEMBRE DE 1989

	Capital	Saldo Actualizado Contable	Ajuste del Capital	Resultados no Asignados
Saldos al inicio	0,00943	81,71	1.364,06	1.184,14
Ajuste de saldos			77.869,36	63.777,73
Saldos iniciales ajustados	0,00943	81,71	79.233,42	64.961,87
Transferencia de saldos		81,71	81,71	
Resultado del ejercicio				70.312,07
Saldos al cierre	0,00943	—	79.315,13	135.273,94

## ANEXO 7

### *Resumen de inventario para Asociaciones Civiles y Fundaciones*

*Nombre de la Asociación: Academia Nacional de Derecho y Ciencias  
Sociales de Buenos Aires*

#### RESUMEN INVENTARIO AL 31-12-89

##### CUENTAS DEL ACTIVO

	Miles de ₳	Miles de ₳
<i>Muebles, útiles e instalaciones</i>		
<i>Inmuebles: valor al 31-12-88</i>		574,00
Ajuste por inflación		29.642,80
Menos: Amort. del ejerc.	645,92	
Amort. anteriores	14,77	( 660,69)
<i>Saldo inmuebles</i>		29.376,11
<i>Muebles y útiles: valor al 31-12-88</i>		924,72
Ajuste por inflación		36.814,47
Menos: Amort. del ejerc.	9.783,81	
Amort. anteriores	190,57	( 9.974,38)
<i>Saldo muebles, útiles e instalaciones</i>		27.764,81
<i>Biblioteca: valor al 31-12-88</i>		171,52
Ajuste por inflación		9.439,70
Menos: Amort. del ejerc.	1.601,79	
Amort. anteriores	25,39	(1.627,18)
<i>Saldo Biblioteca</i>		7.984,04
 <i>Deudores varios</i>		
Carlos Carrascosa y Cía. S. A.		22,72
 <i>Bonos Externos</i>		
Bonos Externos 82: U\$S 15.825 cotiz. ₳ 1.550		24.528,75
Bonos Externos 87: U\$S 103.700 cotiz. ₳ 1.200		12.440,00
<i>Saldo Bonos Externos</i>		148.968,75

## CUENTAS DEL PASIVO

### *Cuentas a pagar*

Daniel Germano

1.700,00

*Total cuentas a pagar*

1.700,00

## NOTAS RELACIONADAS CON ESTADOS CONTABLES EN MONEDA CONSTANTE (R. T. N° 6)

### Nota 1 - Normas contables aplicadas

— Las normas contables más relevantes aplicadas por la asociación en los estados contables correspondientes al ejercicio que se informa fueron las siguientes:

#### 1.1. Estados contables en moneda constante

Los estados contables han sido preparados en moneda constante, reconociendo en forma integral los efectos de la inflación. Para ello se ha seguido el método de ajuste establecido por la Resolución Técnica N° 6 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

#### 1.2. Criterios de valuación

##### *Bienes de uso*

A su costo incurrido reexpresado en moneda de cierre, menos la correspondiente amortización acumulada. La amortización de los bienes de uso es calculada por el método línea recta, aplicando tasas anuales suficientes para extinguir sus valores al final de la vida útil estimada.

El valor de los bienes de uso, considerados en su conjunto no supera su valor de utilización económica.

##### *Bonos externos - Afectaciones*

Se han valuado al valor de cotización al cierre del ejercicio, importes que han sido afectados a distintos fines según surge de resoluciones registradas en el libro de actas.

Nota 2 - Se incluye a continuación el monto total al 31-12-89 de indemnizaciones por antigüedad, en el caso de ruptura del contrato de trabajo A 4.700.000.



Nota 3 - Cuenta de gastos y recursos sin reexpresión al 31-12-89

<i>DEBE</i>	Miles de A
Amortizaciones	102,70
<i>Gastos generales de administración</i>	
Publicaciones	8.432,25
Previsión para indemnizaciones	182,69
Sueldos	2.815,14
Cargas sociales	860,23
Gastos mantenimiento	921,19
Premios otorgados	730,00
Gastos varios administración	3.253,40
	<hr/>
Total	17.297,60
	<hr/>

*HABER*

Contribuciones	12.508,20
Venta publicaciones	19,96
Utilidad títulos públicos	77.534,21
Intereses cobrados	237,72
Ingresos varios	9,38
	<hr/>
Total	90.309,47
	<hr/>
Superávit del ejercicio	73.011,87
	<hr/>

## D I C T A M E N

Señores

Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Buenos Aires

En mi carácter de Contador Público independiente informo sobre la auditoría que he realizado de los estados contables de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, detallados en el apartado 1., lo siguiente:

### 1. *Estados contables objeto de auditoría*

- 1.1. Estado de situación patrimonial al 31-12-89.
- 1.2. Cuenta de Gastos y Recursos y Anexo 7 por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1989.
- 1.3. Estado de evolución del patrimonio neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1989.

### 2. *Alcance del trabajo de auditoría*

— Mi examen fue realizado de acuerdo con las normas de auditoría vigentes, aprobadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal.

U.T.

### 3. *Dictamen*

— En mi opinión, los estados contables mencionados en 1. presentan razonablemente la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al 31-12-89, los resultados de sus operaciones y las variaciones en el patrimonio neto por el ejercicio finalizado en esa fecha, de acuerdo con las Normas Contables Profesionales vigentes aplicadas.

### 4. *Información especial requerida por disposiciones vigentes*

— A efectos de dar cumplimiento a las disposiciones vigentes, informo que:

- 4.1. Los estados contables en moneda constante que se mencionan en 1. surgen de registros contables llevados en sus aspectos formales de conformidad con las normas legales.
- 4.2. Al 31-12-89 no existen deudas devengadas a favor de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional.

Buenos Aires, marzo 15 de 1990



## Í N D I C E

### I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

<i>Empresa y Sociedad en el Derecho Comercial.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Jaime Luis Anaya, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 9 de noviembre de 1989 .....	15
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Federico N. Videla Escalada .....	17
Discurso de recepción por el académico Dr. Lino E. Palacio .....	19
Empresa y Sociedad en el Derecho Comercial .....	25
<i>Los efectos de las informaciones inexactas o agraviantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 8 de junio de 1989 .....	49
<i>Tributación y Confiscación.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 27 de julio de 1989 .....	75
<i>La Convención de Asistencia y Salvamento, aprobada en la conferencia de Londres en abril de 1989.</i> Disertación del académico Dr. José Domingo Ray, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de octubre de 1989 .....	97
Texto del convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989. En su forma aprobada por el Pleno de la Conferencia el 28 de abril de 1989 .....	127
Entendimiento general acerca de los artículos 13 y 14 del Convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989 .....	145

### II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Verdad, moral y derecho, brevisima evocación de un provechoso diálogo.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Marco Aurelio Risolla, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 22 de junio de 1989 .....	149
---	-----

<i>Los contratos atípicos en las XII Jornadas de Derecho Civil.</i> Comunicación efectuada por el académico presidente Dr. Federico Videla Escalada, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de julio de 1989 .....	161
<i>La valoración y la experiencia jurídica.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Julio César Cueto Rúa, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 10 de agosto de 1989 .....	181
<i>La Revolución Francesa y el Río de la Plata.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Jorge M. Mayer, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de octubre de 1989 .....	215
<i>Obligaciones en dólares.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de diciembre de 1989 .....	255

### III. VIII REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

<i>Reseña</i> .....	275
---------------------	-----

### IV. HOMENAJES

<i>Homenaje a los ex académicos de número doctores Carlos Alberto Acevedo, Rafael Bielsa, Pablo Calatayud, Agustín N. Matienzo y Juan Silva Riestra, en ocasión del centenario de sus nacimientos, en la sesión pública del 24 de agosto de 1989</i> .....	279
Palabras de apertura del acto por el académico Presidente Dr. Federico Videla Escalada .....	281
<i>Dr. Carlos Alberto Acevedo.</i> Por el académico Dr. Alberto Rodríguez Galán .....	283
<i>Dr. Rafael Bielsa.</i> Por el académico Dr. Miguel S. Marienhoff .....	291
<i>Dr. Pablo Calatayud.</i> Por el académico Dr. Elías P. Guastavino .....	299
<i>Dr. Agustín N. Matienzo.</i> Por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz ....	303
<i>Dr. Juan Silva Riestra.</i> Por el académico Dr. Jorge M. Mayer .....	309

### V. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Emergencia económica y garantías constitucionales.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce, en el Rotary Club de Buenos Aires, el 22 de noviembre de 1989 .....	316
<i>Condicionamiento económico jurídico de un orden monetario.</i> Trabajo sobre cuya base el académico Dr. José D. Ray expuso en las Jornadas organizadas por la Comisión Económico-Financiera del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el 1 y 2 de agosto de 1989 .....	323

<i>El derecho a la salud desde el plano constitucional. Disertación pronunciada por el académico Dr. Augusto Mario Morello, en el II Seminario sobre Calidad y Costo de la Atención Médica, en la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, el 4 de octubre de 1989</i> .....	345
<i>Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El Derecho Marítimo alemán. Disertación pronunciada por el Dr. Jürgen Basedow, en el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el año 1988</i> .....	367

## VI. DECLARACIONES Y DICTAMENES

<i>Sobre el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial</i> ....	401
<i>Sobre Reforma de la Constitución Nacional</i> .....	435

## VII. MEMORIA Y BALANCE

<i>Memoria 1989</i> .....	439
<i>Balance del ejercicio 1989</i> .....	459