ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO XXXVIII - NÚMERO 31
1993

ISSN 0567-5936

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

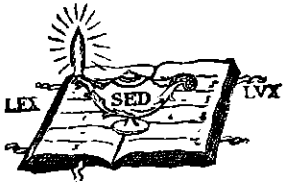
SERIE I - ANUARIOS

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA

AÑO XXXVIII - NÚMERO 31

1993



BUENOS AIRES
1994

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

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
Todos los derechos reservados
© Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711 - primer piso · Tel./Fax: 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 31.

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.

23. *Las cinco Argentinas,* por JORGE M. MAYER.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios de Derecho Civil.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

— *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

— *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Enrique Ramos Mejía

Vicepresidente

Académico Dr. José Domingo Ray

Secretarios

Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz
Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Tesorero

Académico Dr. Jorge A. Aja Espil

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

	Nombre del sitial	*Fecha de incorporación*
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 de mayo 1956
Dr. Marco Aurelio Risolía	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. 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. 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	18 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	18 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 Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990
Dr. Guillermo A. Borda	Lisandro Segovia	10 diciembre 1992
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río	23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		Fecha de Incorporación
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	EE.UU. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	EE.UU. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	1º 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 Zavalía	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. 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
Dr. Francisco Uriburu Michel	Salta	19 abril 1990
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Mauro Cappelletti	Italia	27 mayo 1993
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

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

Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Ángel 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 Guiñazú
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 Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA

Disertación pronunciada por el académico Dr. Guillermo A. Borda en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de mayo de 1993

Discurso de recepción por el académico
Dr. Roberto Martínez Ruiz

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales incorpora hoy como miembro de número al doctor Guillermo Borda.

Se me ha encomendado su presentación y se cumple con ello una liturgia tradicional, aunque en este caso bien podría decirse que se incurre en un ritualismo exagerado, porque sólo mencionar en un ambiente de gente de derecho al doctor Borda lo hace innecesario, ya que su personalidad y trayectoria es harto conocida por cuantos en estas pasadas décadas han tenido que ver con el estudio del derecho.

Ocupará el sitial que lleva el nombre de Lisandro Segovia, talentoso jurista que nos legó la obra *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas* aparecido en 1880 y fue un valioso elemento de estudio del código a pocos años de sancionado. Coinciden en el caso la dedicación de ambos al Derecho Civil. Dicho sitial fue el que dejó vacante al fallecer el Dr. José María López Olaciregui, de inolvidable recuerdo en la Academia, por sus condiciones personales, talento y profundidad en el estudio del Derecho.

El doctor Borda, aunque nació en Buenos Aires, es de rancia estirpe cordobesa, como que desciende de Jerónimo Luis de Cabrera que a orillas del Suquía fundó Córdoba

en 1573. Su padre fue gobernador de la Provincia entre 1917 y 1919.

El nuevo Académico se recibió muy joven de abogado, en 1937, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y pocos años después, con la presentación de su tesis sobre *Error de hecho y de derecho*, alcanzó el título máximo, completando el doctorado en jurisprudencia.

Ya en esa tesis, como en su posterior libro sobre *La retroactividad de la ley y los derechos adquiridos*, demostró tempranamente su fibra de jurista, pues expuso conceptos novedosos, aunque polémicos, sobre ambos temas, formulando críticas a los que se repetían sin mayor examen y que él puso en tela de juicio.

Siguieron infinidad de colaboraciones en temas de derecho civil y pronto comenzó a publicar el *Tratado* sobre la materia, que tuvo la singular satisfacción de completar íntegramente en sus doce tomos, todo el contenido de tan fundamental rama del orden jurídico, verdadera hazaña que lo constituye en el único autor que lo ha logrado en el curso de este siglo, y que en el anterior sólo lo habían cumplido Baldomero Llerena y José Olegario Machado.

La contribución que significó este esfuerzo para la difusión del conocimiento y estudio del derecho civil, es de singular trascendencia, pues no creo que exista estudiante universitario, abogado o magistrado en el país que no haya recurrido a sus páginas para dilucidar cualquier tipo de cuestión suscitada, con la ventaja, forzoso es destacarlo, de que la habrán encontrado analizada con claridad meridiana y conclusiones acertadas, fundadas con ejemplar razonabilidad y prudencia.

Fue magistrado judicial, desempeñándose como juez de Primera Instancia en lo Civil en la Capital Federal entre 1949 y 1958, y luego hasta 1966 juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, pasando a integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hasta 1967 en que fue designado Ministro del Interior del Poder Ejecutivo Nacional, cargo en el que actuó hasta 1969. En esta última época

integró la Comisión de Reformas al Código Civil que proyectó la ley 17.711 de 1968, publicando un utilísimo comentario en el libro *La reforma al Código Civil* en que analizó y rebatió las críticas que se hicieron con motivo de su sanción.

Los veinticinco años de vigencia de la ley de reformas han acreditado el acierto de ellas, especialmente al incorporar el abuso del derecho y la lesión subjetiva como causal de nulidad de los actos jurídicos, con fundamentos de orden moral; la teoría de la imprevisión, a que ha debido recurrirse con tanta frecuencia especialmente a raíz de los inusitados picos de inflación producidos desde 1975; la protección a terceros adquirentes de buena fe de bienes que antes estaban sujetos al riesgo de los alcances de nulidad de actos de adquisición, aunque hubieran tenido lugar en los antecesores del título, entre muchos otros. Es así satisfactorio comprobar que los temores que expresaron algunos civilistas al tiempo de sancionarse la reforma, por la preocupación de que se afectara el valor seguridad, ha quedado demostrado que carecían de fundamento, y aquélla ha resultado benéfica, amén de contar con el antecedente de que dichas instituciones estaban consagradas en los códigos de las naciones más adelantadas.

Colaboró en estudios de homenaje en honor de los profesores Castán Tobeñas en España, Paul Roubier en Francia, y, en nuestro país, María Antonia Leonfanti, Augusto Mario Morello y Abel M. Fleitas.

Dictó conferencias en varias ciudades de la Argentina, de España, Colombia, Paraguay y Perú, integró jurados para concursos de profesores de Derecho Civil tanto en Facultades de Buenos Aires, como del interior del país. Asiduo concurrente a Congresos y Jornadas, en ellas además de sus ponencias, tomó parte activa en los debates suscitados y le permitieron frecuentar y lograr un provechoso conocimiento de muchos profesores de derecho privado de las distintas universidades argentinas.

Se sintió atraído por la docencia universitaria y ense-

ñó Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Católica Argentina y en la del Salvador. En todas ellas fue Consejero titular de sus Organismos Directivos.

Su actividad docente tuvo las mismas características que sus libros y trabajos: la claridad y precisión de los conceptos que hacían accesibles la enseñanza a los alumnos, y encontraban en él un maestro que valoraba sus conocimientos con comprensión y paciencia en la agotadora tarea de los exámenes, en épocas en que cada estudiante los rendía ante el profesor titular y adjuntos.

Ello lleva a meditar sobre el arduo tema de la enseñanza del derecho en la actualidad, que, en cuanto a la Universidad de Buenos Aires, se ve agravado por la dificultad de impartirla a tantos miles de alumnos que exceden a la capacidad de la infraestructura material y a las posibilidades del profesorado y llevan a una inevitable delegación a numerosos docentes interinos que no han obtenido sus designaciones previo concurso, garantía de la suficiente preparación para asumir la responsabilidad de la docencia.

Nada fácil resulta resolver este problema tan vinculado a las dificultades económicas en que se ve inmersa la República, pero aun a costa de sacrificio, menester es encarar su solución o al menos mitigar su grave crisis.

Su nutrida actividad científica y docente le valió al Dr. Borda el merecido reconocimiento de sus méritos al obtener el Primer Premio Nacional en Derecho y Ciencias Políticas, en 1988, distinción máxima que acuerda el Estado Nacional a quienes se han consagrado al estudio e investigación de las distintas ramas de las ciencias.

La Academia confía en su aporte, que será sin duda valioso especialmente para el estudio de cuestiones de derecho civil, que preocupan en la actualidad en temas de importancia. Baste mencionar lo referente a la unificación de obligaciones y contratos civiles y comerciales que se ha proyectado por una comisión de juristas designada por el Poder Ejecutivo, a la extensión que parte de la doctrina está

pretendiendo asignar a la responsabilidad civil, por aplicación a veces injustificada del principio de la responsabilidad objetiva por daños causados con las cosas, a la responsabilidad de los profesionales ensañada especialmente con respecto a la práctica médica, también en cuestiones de derecho de familia que no son ajenas al tema de la disertación que ha elegido para exponer hoy, y muchas otras.

De estas cuestiones es especialmente importante la que he citado referente a la unificación de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, pues simultáneamente otra comisión está elaborando un proyecto, en el Congreso Nacional, que al parecer lo hace sobre la base del sancionado por la ley 24.032, vetada por el Poder Ejecutivo, y que fue objeto de múltiples críticas, incluso en el seno de nuestra Academia que solicitó oportunamente su veto.

No puedo dejar de evocar la antigua vinculación personal que me ha unido con Borda desde nuestra época de estudiantes en la Facultad de Derecho, en el edificio de nostálgico recuerdo de la calle Las Heras, donde nos tocó el privilegio de haber seguido los cursos de sabios maestros de Derecho Civil como Héctor Lafaille, Raymundo Salvat, Eduardo Busso, todos ellos miembros que fueron de esta Academia.

Esa amistad ha continuado invariablemente, acentuándose su afecto desde entonces, y me ha permitido aquilatar sus condiciones personales, su calidad humana, caballerosidad y rectitud.

Es de justicia, además, dedicar una palabra a su ejemplar esposa Delfina Vitón de Borda, que lo ha acompañado en una larga vida de sacrificada consagración al estudio e igualmente a sus cuatro hijos todos graduados universitarios: Delfina le ha dado a su padre la satisfacción de haber llegado en la magistratura a integrar la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; Guillermo y Alejandro, abogados ambos, profesores ya de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y en activo ejercicio de la profesión, en el estudio del padre, y Teresa, psicóloga. Pocas familias

pueden ostentar este satisfactorio cuadro atribuible a que los hijos han asimilado el ejemplo de esfuerzo intelectual y disciplina del jefe de ella.

Dr. Borda: la Academia lo recibe con explicable satisfacción. Y ahora escuchamos su palabra.

LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA

Palabras previas

Ante todo, debo agradecer las generosas palabras con las que el Dr. Roberto Martínez Ruiz ha querido presentarme ante vosotros. Me une a él una larga amistad que data de sesenta años, cuando juntos cursábamos la carrera en la vieja Facultad de la calle Las Heras y Roberto era el alumno más brillante de su camada.

Han sido muy largos años de una amistad ininterrumpida. Y no sólo nos unió la amistad. Trabajamos también juntamente en la fundamental Reforma de 1968 al Código Civil. La coincidencia de propósitos y de miras respecto de lo que era necesario modificar para adecuar el Código a la época en que vivimos, facilitó enormemente nuestra tarea y permitió terminarla en breve tiempo.

Todo ello explica la generosidad de sus palabras, que no hacen sino confirmar su bondad y su afecto.

Es para mí un singular honor ocupar el sitial que lleva el nombre del Dr. Lisandro Segovia. Su obra sobre el Código Civil, editada en 1881, es un notable trabajo exegético. Sus notas breves, precisas, eruditas, ponen de manifiesto un completo dominio de todo el articulado del Código Civil.

Son constantes sus referencias a otros artículos concordantes o discordantes con los que anota. Su labor fue metódica, paciente y aguda.

Hubiera bastado esta obra brillante para conferirle un lugar de honor entre los grandes juristas argentinos. Pero Segovia fue un trabajador infatigable. Redactó un Código de Procedimientos para Corrientes, su provincia natal, publicó la *Explicación y crítica del Código de Comercio* y unas observaciones críticas al Código Penal, además de otras obras menores.

Me honra suceder en este sitial al Dr. José María López Olaciregui. También él fue un civilista eminente. Fue el principal colaborador del Dr. Eduardo Busso en esa obra señera que fue el *Código Civil Anotado,* título excesivamente modesto para un trabajo de la magnitud y vastedad que tuvo. La obra cuyo último tomo fue publicado en 1955, es todavía hoy el punto de partida de toda investigación seria sobre nuestro derecho civil.

No menos notables son sus adiciones a la parte general del *Tratado* de Salvat, el viejo maestro que lo fue suyo y mío. Dice en el prólogo que concibió la tarea de actualización como un transportar la obra en el tiempo, depositando en sus páginas lo que en el lapso intermedio habían traído la vida y la inteligencia: nuevos problemas, nuevas soluciones y en alguna medida, un nuevo estilo de pensar y sentir ciertas cuestiones de derecho. Propósito plenamente logrado por López Olaciregui.

* * *

La especialidad del derecho de familia no está discutida. Inclusive, Cicu ha llegado a sostener que no forma parte del derecho privado y postula una división tripartita del derecho: público, privado y de familia. Pone de relieve sus características que le dan una fisonomía propia que, a su juicio, lo distinguen del derecho privado.

Primero, la familia es un organismo con fines propios, distintos y superiores a los de sus integrantes; de ahí surge un interés familiar, que debe distinguirse del individual o privado y del estatal o público.

En segundo lugar, el papel de la voluntad en el derecho de familia es mucho más restringido que en el resto del derecho privado. Casi todas las normas reguladoras de esta institución tienen carácter imperativo. De ahí que los derechos y deberes se impongan con entera independencia del deseo de quienes están sujetos a la norma; otras veces, el papel de la voluntad se limita a expresar el consentimiento para que se constituya una determinada relación jurídica, pero todos los efectos y consecuencias de esa relación están fijados imperativamente por la ley. En cambio, en materia patrimonial rige el libre albedrío de las partes interesadas, sin más limitaciones que aquéllas que impone el legislador por razones de orden público (art. 1197, C. Civil). Es verdad que en lo atinente a los derechos reales, la voluntad de las partes no va más allá de constituir el derecho, cuyo contenido está fijado por la ley. Pero aún en este caso, la diferencia es grande. Los titulares de derechos reales pueden transmitir su derecho, renunciar a él, transarlo. En cambio, los derechos de familia, por regla general, no pueden renunciarse, ni enajenarse, ni transarse.

La tesis de Cicu ha tenido conspicuos seguidores como de Ruggiero, Filomusi Guelfi, en Italia, Bunder, Schmidt, Hedemann y Nieperdey, en Alemania; pero hoy se la puede considerar desestimada por la doctrina largamente mayoritaria. Y es que, en verdad, nada hay tan hondamente privado como la familia, en cuyo seno el hombre nace, crece, ama, vive y muere, por lo que el derecho que la regula no puede sino participar de ese carácter. Más aún, el derecho de familia es parte del derecho civil, cuyo campo de aplicación es todo lo que atañe al hombre como tal, con independencia de sus profesiones o actividades peculiares.

Pero aun formando parte del derecho privado, es evidente que el derecho de familia tiene caracteres singulares,

como los que ya he señalado, todo lo cual le confiere una fisonomía peculiar, reacia a admitir la aplicación de soluciones propias de otras ramas del derecho privado, particularmente del derecho patrimonial.

Como regla general, puede considerarse que nada de esto está discutido. Pero cuando se desciende a las soluciones prácticas, la peculiaridad del derecho de familia suele olvidarse. Veamos algunos casos de relevante importancia.

Sabido es que la ley de matrimonio civil, en su art. 8º, disponía: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún Tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado". No obstante tan clara disposición legal, distinguidos civilistas como Rébora, Lagomarsino y Busso, sostuvieron que en caso de ruptura intempestiva de la promesa de matrimonio, era procedente la reparación de los daños materiales y morales ocasionados al novio o novia, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1109 según el cual el culpable de un daño debe indemnizarlo.

Al sostenerlo así, se olvidaba, en primer término, el carácter peculiar del derecho de familia, al cual no son aplicables las soluciones del derecho patrimonial; y, en segundo lugar, que todo principio de orden general deja de ser aplicable, cuando una norma específica, referida a un supuesto concreto, veda su aplicación.

Pero la ley 23.515 modificó el art. 165 del Código Civil, que ahora dice: "Este Código no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio". Como puede apreciarse, el nuevo texto legal omite toda referencia a la prohibición de demandar daños y perjuicios. Ello ha dado pábulo a los sostenedores de la opinión de que dicha acción es procedente, que ahora son más numerosos. Los que así sostienen, pasan por alto que tal acción está expresamente vedada por la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incorporada a nuestro derecho positivo por la ley 23.179, que la ratificó, y que establece en su

art. 16, inc. 2, que "no tendrán ningún efecto jurídico los esponsales". Reconocer acción de daños por la ruptura significa reconocerle efectos jurídicos, lo que, como se ha visto, está expresamente vedado. Es decir que, con relación a esta cuestión, estamos exactamente en la misma situación legal que durante la vigencia del viejo art. 8, ley 2393.

Pero cabe preguntarse: ¿Es buena la solución legal? ¿No sería más justo conceder una reparación por daño moral en caso de ruptura culpable de los esponsales? Por mi parte, no dudo de que la solución de nuestro derecho positivo es la correcta.

Aún después de dictada la ley que autoriza el divorcio vincular, sigo pensando que el matrimonio es una unión *permanente* entre el hombre y la mujer. La fórmula del matrimonio católico expresa cabalmente esta idea: "Y prometo serte fiel tanto en la prosperidad como en la adversidad, en la salud como en la enfermedad, amándote y respetándote durante toda la vida". Es verdad que, en la posterior relación vital, suelen surgir desavenencias, incompatibilidad de caracteres, injurias, otros amores; y la separación se hace inevitable. Pero también es verdad que cuando el matrimonio se asume como una unión *permanente*, el espíritu de los contrayentes está dispuesto a tolerar los pequeños —o graves— inconvenientes y problemas de la vida en común. Muchas veces, el ajuste de los caracteres —sobre todo en los matrimonios jóvenes— es muy difícil; pero el espíritu de tolerancia puede superar esos problemas y con el tiempo y el respeto recíproco, la unión se consolida y se logra una unión feliz.

Por ello mismo, por ser el matrimonio una unión que se asume como definitiva —aunque después no resulte serlo— es que la decisión de contraerlo debe ser libérrima. Ninguna consecuencia jurídica debe derivar de un oportuno arrepentimiento. Lo verdaderamente grave sería que un novio arrepentido se case para evitar sanciones jurídicas.

Es preciso decir que el caso típico, y casi único, que se registra en la jurisprudencia extranjera que ha acogido

este tipo de acciones, es el del hombre que, para seducir una mujer, le promete matrimonio y luego de seducida la abandona sin cumplir su promesa. Es claro que la recta conciencia se subleva ante este indigno proceder y parece necesario imponer una sanción a quien incurre en él.

Pero el argumento que pudo tener peso en otras épocas, hoy ha perdido su fuerza. Las relaciones sexuales entre los jóvenes son frecuentísimas, tengan o no carácter prematrimonial. Aducir que sólo en razón de que se le prometió matrimonio, se ha cedido a las instancias sexuales del novio es hoy poco creíble. Por lo demás, los esponsales han dejado de tener el formalismo de otrora. ¿Quién puede asegurar que el "novio" de nuestros días ha prometido formalmente el matrimonio o no es otra cosa que un amigo, con quién se tiene peculiares relaciones amorosas, más o menos intensas, seguidas o no de un propósito definitivo de contraer nupcias?

Cabe agregar que estas acciones por indemnización del daño moral supuestamente ocasionado a la novia abandonada, han dado lugar a veces a verdaderos chantajes. Es muy interesante la experiencia de los Estados Unidos. El escándalo de estos juicios ha sido tan notorio y repugnante, que algunos Estados, como por ejemplo, Nueva York, Indiana, Illinois, han dictado leyes que prohíben toda acción de daños, porque como lo dice textualmente la exposición de motivos de la ley de Nueva York, ellas "han originado graves abusos y no menores daños, importando serios agravios, humillaciones y pérdidas pecuniarias a personas totalmente inocentes... ya que tales remedios han sido ejercidos por personas inescrupulosas para su indebido enriquecimiento y han proveído de vías legales para la perpetración de fraudes y estafas".

Lo dicho hasta aquí no importa ciertamente negar que muchas veces el rompimiento provoca hondos dolores morales en los novios. Sólo sostengo que en este peculiar caso no debe reconocerse acción de reparación. Además de lo que tengo ya dicho, hay que agregar que el amor o el des-

amor responden a sentimientos tan íntimos, que los extraños a quienes los experimentan no tenemos derecho a juzgarlos. Pertenecen a una zona estrictamente reservada a cada uno de nosotros.

Agregaré que nuestros repertorios de jurisprudencia no registran un solo caso —al menos a estar a mis conocimientos— en que se haya hecho lugar a este tipo de acciones, lo que revela una resistencia generalizada a admitirlas.

Podría ocurrir que quién rompa el noviazgo se sienta responsable ante su novia del daño moral que le ha provocado e indemnice a su novia. ¿Cabe reconocer al que lo ha hecho, una acción de repetición fundada en el pago de lo indebido? Parece evidente que se impone negar tal pretensión. Quién ha reconocido haber ocasionado culpablemente un daño y se ha sentido en la obligación moral de repararlo, no puede pretender luego que se le reintegre lo pagado. El pago que ha hecho importa el cumplimiento de una obligación natural; y por lo tanto, es irrepetible. A lo que cabe añadir que admitir esa acción de repetición repugna al sentimiento moral; importa ir contra sus propios actos. Pero debo decir que ésta no es otra cosa que una hipótesis de laboratorio; no se conoce ningún caso en que tal acción de repetición se haya planteado en nuestro país o en el extranjero.

Negar la viabilidad de la acción de daños no importa, desde luego, negar el derecho que tienen los novios de reclamar la restitución de los bienes donados durante el noviazgo, puesto que las donaciones hechas teniendo en mira el matrimonio, se realizan con la condición implícita de que el matrimonio se realice, según lo disponen expresamente los arts. 1240 y 1248 del Código Civil. Sobre el principio, hay total uniformidad jurisprudencial y doctrinaria. Sólo se discute sobre si los simples presentes de uso deben ser restituidos. Pero éste es un tema ajeno a la cuestión de la reparación del daño moral por la ruptura culpable de los esponsales, que es de la cual me he ocupado.

Otro caso. La mayor parte de nuestra doctrina —no sin

muy autorizados contradictores– sostiene que el cónyuge culpable de la separación o el divorcio debe indemnizar al inocente. Nuevamente se pretende aplicar al derecho de familia los principios generales del derecho de daños.

La culpa en el divorcio ¿quién la tiene? ¿El que comete adulterio o abandona el hogar, o el otro cónyuge, que con su frialdad, su desamor, su desatención de los deberes familiares, ha provocado aquella reacción? Estoy persuadido de que, en la gran mayoría de los divorcios, la culpa es de ambos. El adulterio, el abandono del hogar, no son más que la punta del iceberg. Debajo de la superficie, oculta a los ojos del juez, no expresada –y no expresable– en las fojas del expediente, está la gran masa de pequeños hechos que son la verdadera causa del divorcio: la indiferencia recíproca, la incompatibilidad de caracteres, las desatenciones, las pequeñas rencillas, la incomprensión, el hastío, los procederes injuriosos sólo advertidos por el que los sufre.

No niego, ciertamente, que hay casos en que uno sólo de los cónyuges es culpable. Todos sabemos por nuestra experiencia de vida que los hay. Y, sobre todo, es relativamente frecuente que, para el juez, haya un solo culpable, ya sea porque éste no ha podido procurarse las pruebas de la culpa del otro, ya sea simplemente porque no ha querido hacerlo. Y para ese supuesto, la ley tiene prevista una importante reparación: el culpable debe pasar al inocente los alimentos que le permitan mantener el nivel de vida que tenía durante la unión, conforme lo dispone el art. 211. A ello se agrega que el inocente tiene derecho a continuar habitando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal y a impedir que dicho inmueble sea liquidado o partido.

Agregar a esa reparación otra indemnización de daños y perjuicios, no sólo es abusivo, sino que importa desconocer la especialidad del derecho de familia. No se pueden tratar sus problemas con el frío razonamiento del derecho patrimonial. Porque ¿cómo explica el derecho de daños que el dañado deba pagar al dañador una suma de dinero periódica? Pues el derecho de familia impone esa

solución: el inocente del divorcio debe pagar al culpable los alimentos que le sean necesarios para su subsistencia, según lo dispone el art. 209.

Supongamos ahora que ambos cónyuges sean culpables. Los sostenedores de la doctrina que impugno no se arredran ante esta dificultad y sostienen, aplicando los principios propios del derecho de daños, que cada cónyuge debe indemnizar al otro los daños materiales y morales que se le han infligido; es decir, se aplica exactamente la misma solución que en caso de una colisión de automóviles, en que cada uno de los propietarios o conductores debe indemnizar al otro los daños que le ha ocasionado.

La identidad de soluciones a hechos tan diversos repugna al sentido común.

Supongamos que ambos cónyuges sean culpables de adulterio. ¿Es posible reconocer a cada uno de ellos acción de daño material y moral contra el otro? La pregunta se contesta por sí misma. Supongamos otro caso más frecuente: que ambos cónyuges sean culpables de injurias recíprocas ¿se conforma con la moral reconocer acción de daños a uno contra el otro? Y si uno de los cónyuges fuera culpable de adulterio y el otro de injurias graves ¿se reputará acaso más grave el adulterio, y los daños morales se compensarán hasta el monto en que el juez repute justo apreciar el producido por las injurias y se obligará al adúltero a pagar el saldo?

Todas estas preguntas revelan hasta qué punto es inaceptable aplicar al derecho de familia las soluciones propias del derecho de daños.

Como dice Cifuentes, el matrimonio, trayectoria vital, derechos y obligaciones que lo acompañan, pero particularmente causales de rompimiento en el origen y entraña de la desunión, no tiene ni por asomo semejanza con lo que ocurre en otros ámbitos negociales, ni con lo que ocurre frente a la responsabilidad por hechos ilícitos o por incumplimientos contractuales. En el matrimonio hay una conjugación de comportamientos singulares que parte de la muy

entrañable pasión del amor y que llegan al trato de todos los días en la convivencia de casa, mesa y lecho.

Claro está que si el hecho que se imputa a uno de los cónyuges fueran lesiones físicas o atentado contra la vida del otro cónyuge o de sus hijos, la indemnización de los daños físicos y morales sería procedente, pero no ya fundada en una causal de divorcio, sino en el delito de derecho criminal cometido.

Otra teoría que se está abriendo paso entre distinguidos autores y que ha recibido la adhesión de las XII Jornadas de Derecho Civil, es la que postula que el hijo tiene acción de daños contra sus padres que le han transmitido una enfermedad genética grave conocida por ellos. Más aún, las jornadas de 1990 realizadas en Santa Fe en homenaje a la Dra. Méndez Costa, se pronunciaron mayoritariamente en favor de la procedencia de esta acción, sin exigir el requisito de la gravedad de la enfermedad, criterio que fue seguido por las Jornadas Interdisciplinarias de Morón de 1991.

El razonamiento es simple: hay un daño, un culpable y, por lo tanto, es procedente la acción de indemnización.

Este simple razonamiento pasa por alto un hecho esencial: si se le reconoce al hijo esta acción, es porque vive, porque goza de ese bien supremo que es la vida, que debe a sus padres. Ignora también el hecho constante de que ellos suelen concentrar en su hijo disminuido un acendrado amor, especiales cuidados, gravosos gastos médicos; que sufren tanto o más que sus propios hijos, su disminución psíquica o física.

Por otra parte, aún limitando la doctrina que impugno a las enfermedades graves, el concepto de gravedad se tornaría prácticamente imprecisable. No sólo el SIDA y las taras transmitidas por un padre sifilítico son graves, casos que recuerdo porque ellos han sido tenidos en mira por los sostenedores de esta teoría; hay muchas otras enfermedades, serias, transmitidas de padres a hijos; y también suele ocu-

afectados por el síndome de Down o con otras deficiencias psíquicas o físicas.

De admitir esta teoría, los padres que padecen de alguna de estas enfermedades o las madres mayores de 40 años, estarían privados nada menos que de tener relaciones sexuales con su cónyuge. De ese modo, dice Tobías, la posición que admite la pretensión resarcitoria conduce inevitablemente a calificar de ilícita la acción generadora de la vida.

En sentido coincidente, dice Di Lella que la pretensión de introducir el derecho en el terreno de la procreación, decidiendo quién tiene derecho y quién no, a tener hijos, atenta muy directamente contra profundas convicciones religiosas que son privativas de cada ser humano. Y agrega que es sabido que hay personas que por convicciones religiosas se negarían a adoptar métodos anticonceptivos de ninguna naturaleza. ¿Estamos diciéndoles que están obligados a violentar su conciencia? No se trata de que tales convicciones deban compartirse, sino del derecho de los individuos a profesar esas creencias.

Por su parte, Zannoni dice que la ausencia de responsabilidad de los padres es consecuencia de la ausencia de antijuridicidad. Y agrega que una prohibición legal para practicar relaciones fecundantes entre quienes padecen de enfermedades infecciosas o hereditarias importaría una forma indirecta de eugenesia susceptible de los más impensables abusos.

Todavía más: admitido el principio, no tiene ninguna coherencia limitarlo a las enfermedades graves, porque también en las de carácter leve hay un daño y un culpable que, por lo tanto, debería responder. De este modo, sería indemnizable la cortedad de vista, la sordera o la alergia heredadas de los padres. Tampoco tiene lógica alguna limitar la procedencia de la acción a los daños genéticos; deberían también indemnizarse las enfermedades transmitidas por contagio en vida de los hijos, tales como la tuberculosis, la hepatitis, etc.

Cabe agregar todavía que la doctrina que impugno importa estimular pleitos de los hijos contra sus padres, lo que es destructor de la unidad de la familia y resulta repugnante a una sana política familiar.

Me he referido a algunos de los más graves casos en los que se pretende transferir al derecho de familia, soluciones que son propias del derecho patrimonial. No quiero decir con ello que no sea posible en ningún caso aplicar soluciones del derecho común al de familia; como que éste forma parte del derecho civil, algunas de sus soluciones pueden serle aplicadas; basta pensar, a modo de ejemplo, en todo lo referido a la capacidad de las personas. Pero las soluciones propias del derecho patrimonial no pueden serle transferidas al de familia sin una disposición expresa que lo disponga, salvo que razones insoslayables de justicia y lógica lo impongan.

Sobre este punto, viene bien tener en cuenta la especificidad del derecho de familia en torno al problema de los llamados vicios del consentimiento. El Código Civil, en sus arts. 923 y siguientes, trata de los vicios de error, dolo y violencia, en los actos jurídicos en general. No obstante lo cual, el art. 175, referido a las causales de nulidad del matrimonio, vuelve a mencionar el error, el dolo y la violencia. ¿A qué se debe esta repetición aparentemente innecesaria? Ello se debe, en primer lugar, a que según ya lo he dicho, las soluciones del derecho patrimonial no son, como principio, aplicables al derecho de familia y, por lo tanto, era necesario disponer que tales vicios son aplicables a la celebración del matrimonio. Pero, además, se debe también a que el error, el dolo y la violencia tienen un significado propio cuando se refieren al matrimonio. Así, por ejemplo, el art. 940, referido a los actos jurídicos en general, establece que el temor reverencial no es causa de nulidad suficiente. ¿Esta solución es aplicable al matrimonio? Me parece clara la respuesta negativa. El art. 172 establece termi-

nantemente que es indispensable para la existencia del matrimonio el *libre y pleno* consentimiento de los cónyuges. Y si la voluntad de uno de ellos ha sido objeto de fuerte presión por parte de sus padres para inducirlo a celebrar un matrimonio que consideran ventajoso, es claro que ese consentimiento no ha sido libre ni pleno. A mi juicio, y conforme con el art. 172, ese matrimonio es inexistente.

Lo que prueba una vez más la especialidad del derecho de familia y la improcedencia de aplicarle soluciones pensadas para el derecho patrimonial.

EVOLUCIÓN DE EUROPA

Disertación pronunciada por el académico correspondiente Dr. Mauro Cappelletti, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 29 de julio de 1993

Palabras del académico Dr. Augusto Mario Morello

I. Se me ha discernido la distinción de pronunciar las palabras que —luego de las del Sr. Presidente de nuestra Corporación— sirvan de amadrigante pórtico a este tan significativo acto mediante el cual se incorpora como académico correspondiente el ilustre maestro italiano, Don Mauro Cappelletti.

El gratísimo cometido se cubre de múltiples resonancias por cuanto estamos en presencia de una de las mentes más creativas del Derecho de nuestra centuria, de una trayectoria jurídica opulenta y centellante; y de una personalidad de excepcionales méritos que lo colocan en un registro de sin igual nivel y valía.

El recipiendario, además, exhibe notas destacadas en todo cuanto ennoblece la condición humana.

Su intensa porfía por la efectividad sin restricciones de los Derechos del Hombre, lo puso a la cabeza de una cruzada —la del acceso a la Justicia— que desde los años setenta brega sin tregua por la consolidación universal de un movimiento que logre derribar obstáculos —básicamente externos— al ejercicio concreto de los Derechos, cuáles son la desinformación, la pobreza, las discriminaciones, las notorias desigualdades reales para obtener la tutela que pro-

claman las normas de las Constituciones dictadas después de la Segunda Guerra Mundial. Barreras que se yerguen, en los hechos, cual enormes valladares que debemos destruir para hacer ciertos aquellos Derechos respecto de grandes sectores en tantísimas naciones.

II. Es tan robusta y polifacética su figura que sólo es posible dibujar ahora un tosco esbozo de sus múltiples y notorias virtudes reconocidas y subrayadas en todas las latitudes.

Sabido es que Cappelletti es uno de los más representativos epígonos de la grande escuela italiana de Derecho Procesal, cuya morada vital y científica se centró en Florencia, en donde se graduó en 1952, *summa cum laude* y que multiplica sus luminosas enseñanzas en las jerarquizadas Universidades de Stanford Law School (EE. UU. de A.) y Cambridge (Gran Bretaña), como sedes alternativas de ciclos regulares, que incluyen al Derecho Comparado, otra de las disciplinas en las que su vocación y reflexiones de vanguardia lo muestran diserto y aventajado protagonista.

Baste puntualizar sobre este particular que, entre 1985 y 1990, fue Director del Proyecto sobre las "Dimensiones de la Justicia en las sociedades contemporáneas", que contara con el auspicio de la Fundación Ford y del afamado Instituto Universitario Europeo, de relevante posición en el mundo jurídico de estas horas y que espiritualmente tan ligado se halla a nosotros por su hospitalidad para con los profesores y becarios de la América Latina, singularmente desde hace años con la Universidad Nacional de La Plata y sus instituciones de apoyo.

El desempeño ininterrumpido de la enseñanza superior, la investigación jurídica y la actividad científica, lo colocaron prontamente desde los años sesenta en la punta de una corriente renovadora de la ciencia del proceso. Un método contextual, interdisciplinario con visión comparatista, que corría el eje de las consideraciones del productor del derecho al consumidor jurídico, lo ubica legítimamente en el pelotón de lanzamiento.

Su auténtico amor por las ciencias jurídicas —que no es mayor del que profesa por las utopías e ideales que mueven la dínamo de la Historia— tiene en el amanecer la impronta inigualable de su venerado y venerable maestro, Piero Calamandrei. A su lado, en la ejemplar fe que aquél sentía por el Derecho, la Justicia y la República, nuestro dilecto amigo supo solidificar la difícil faena de ser hombre (Goethe).

A todos les fue inclaudicablemente fiel, y en ellos se aloja todavía porque de esas enseñanzas que polarizan en la consideración y dignidad del hombre, brotaron las incitaciones y paradigmas que orientaron su vivir.

Desde entonces —inicios de los sesenta— su innovadora producción no dejó de alumbrar sobre las nuevas fronteras del Derecho Procesal, sin apegos a la clave dogmática, ni apagando las luces e importancia de los enfoques sociológicos, pues el oído atento del jurista moderno tiene que saber escuchar los requerimientos de las demandas sociales y, sin sacrificar a los principios de escuela los resultados útiles, suministrar las respuestas que los valores y las preferencias del presente exigen a un Derecho en constante proceso de adaptación, que sólo puede brindar seguridad dinámica en lo justo.

Mauro se enorgullece al memorar —en la retrospectiva de una historia melancólica— cuando en sus primeros años de actividad profesional el exigente celo de Calamandrei, en su estudio de Florencia, y luego de la lectura del escrito judicial (un recurso de casación) que le presentaba su discípulo, sin ninguna observación, aprobaba el test de suficiencia, firmándolo; cruza entonces por la franca e inteligente mirada de nuestro flamante académico, el sabor de los pequeños grandes logros que jalonan la ardua fatiga del abogado.

En el correr de los años —y transitando esa misma huella— la totalidad de la ciclópea y lozana obra jurídica de Calamandrei será ordenada y dirigida por Cappelletti con primorosa gratitud y perfección en una edición definitiva,

que permite la frecuente y provechosa consulta de una de las estupendas construcciones del proceso que nos hace gozar no sólo del rigor científico del sesudo doctrinario sino, además, al releer a un preclaro fundador de la República Italiana.

Cuando Cappelletti entregó su *Testimonianza de la parte en el proceso civil,* el libro que lo consagró de inmediato en el cielo estrellado de la literatura universal, en sus páginas anticipó la medulosa arquitectura de uno de los ejes focales del debate judicial; que el querido amigo de Cappelletti e introductor de sus obras en el mundo hispánico, el inolvidable Santiago Sentis Melendo, añoraba concretar con su personal y escrupulosa traducción.

Podríamos por cierto extendernos en el contenido de otras obras que en la proximidad del tiempo culminan en *The Judicial Process in Comparative Perspective*; igualmente el reconocimiento y distinciones de las más jerarquizadas Universidades, Academias e Instituciones Superiores de la cultura jurídica, desde Dublin a Tokio, desde Polonia, adonde viaja tan pronto concluya su visita por Brasil, Argentina y Uruguay, a Corea, y desde México a su terruño natal, Trento.

Miembro Fundador de múltiples entidades líderes, es desde hace varios períodos Presidente del Instituto Internacional de Derecho Procesal cuya secretaría tiene la sede en Gante, Bélgica, así como consultor de los Ministerios de Justicia de Italia, Colombia y de diversas Comisiones que investigan en punto al Derecho Constitucional Comparado, las legislaciones y principios de la Comunidad Económica Europea, el acceso a la justicia, la teoría y la praxis de los Derechos Humanos, los problemas de la prueba y el examen comparativo del Proceso Civil continental, del common law y el de los ex países socialistas, entre otros, y en los que su opinión no puede dejar de ser considerada.

El itinerario de Cappelletti, que supo dibujar en su mocedad, según así lo vemos, no ha sido otro que el cultivo y desarrollo incesante de la inteligencia, un tesonero

esfuerzo, con más la práctica del verbo dar, tan embarazoso de conjugar con habitualidad y sin el cual es muy difícil, si no inabordable, aproximarnos a la excelencia que se sostiene en el talento.

Alguna vez dijimos que Cappelletti era —es— un fabricante de ideas, pues de continuo arroja propuestas superadoras, abiertas, solidarias, sensibles y tensionadas como la flecha que se dispara al blanco, para confirmar que la aventura del hombre es eterna, que sin Justicia no habrá paz social y que sin Igualdad le será muy difícil a la Libertad irradiar las luces y el calor que alimentan la usina de la Democracia.

Advertía Ortega y Gasset que sólo piensa de verdad quien ante un problema en vez de mirar únicamente por derecho hacia lo que el hábito, la tradición, el tópico y la inercia mental harían presumir, se mantiene alerta, pronto a aceptar que la solución brinque del punto menos previsible en la gran rotundidad del horizonte (*Cazador. El hombre alerta,* en "Obras Completas", Revista de Occidente, 6ª ed., 1964, pp. 490-91).

Resuenan en los oídos y reverberan en las pupilas las voces estudiantiles de San Doménico di Fiesole y las tonalidades del arco iris captadas desde el mirador del Forte de Balvedere desde donde se domina la infinita belleza de Florencia, ciudad construida para el día, para la luz, hogar en el que Mauro, en ese clima dulzón —también ahora filósofo y poeta— plasma todas las ecuaciones insusceptibles de desagregarse, pues con su sumatoria es como queda identificada la estampa de nuestro Académico.

Detenernos en un análisis más exhaustivo excedería obviamente los límites de esta presentación, pero sabrán ustedes tolerarme algunas acotaciones últimas.

Es la primera la de que Cappelletti fue invitado en años muy recientes a exponer en África cuáles podrían ser las bases para organizar, allí, el sistema de la Justicia, la Carta y los mecanismos de tutela de los Derechos Humanos, un control de constitucionalidad (mejor concentrado que

difuso) y a diagramar las alternativas contra el régimen del "apartheid" discutidas en el seno de las Universidades de Pretoria, Johannesburg, Durban, Stellenborch y Cape Town, en el vértice de Banjul, no obstante las notorias dificultades del medio, la intolerancia y las causas de anarquía, a fin de que las familias y razas —todas—, abreven en patrones de igualdad y de comprensión. Aguijoneó en el Coloquio los entusiasmos de un formidable esfuerzo educativo, obligatorio desde el nivel primario, con idénticos moldes para blancos, negros o "colorados" acuciados por el reto del futuro de la educación jurídica en Sudáfrica.

Esa experiencia tan enriquecedora es, sin embargo, un dato constante de su accionar que lo templó nuevamente en la línea de sentido y en el legado que Europa, con sus negras noches del siglo xx, continúa adeudando a la Humanidad, según confiesa nuestro digno y emérito miembro correspondiente.

Es la segunda, que se tiñe de un cálido sentimiento del grupo de La Plata, de los procesalistas y discípulos del Cono Sur, de quienes de una u otra forma somos enormes deudores de su generosa fraternidad, de la sapiencia, la incitación continua a mejorarnos y de sus consejos, poder expresarle que, como lo viene comprobando a través de estos actos —en el día de ayer en la Universidad Nacional de La Plata, al otorgarle el *honoris causa*, el de la fecha al incorporarlo en el seno de nuestra hidalga Corporación, mañana en Puerto Madryn en la vastedad sin nubes de la Patagonia Argentina y el lunes en la vieja Casona de la Universidad de la República en Montevideo—, ha prendido en el continente de la Esperanza, en esta nuestra América sin distancias ni fronteras, aquella frase de quien hoy hemos recordado con devota unción, Piero Calamandrei, al cabo el maestro de todos y que tú gustas usar, cuando en una memorable serie de lecciones, en *Proceso y Democracia*, estampara en México la divisa que enarbolamos: *Justicia, tú eres mi Patria.*

III. Agudo observador y hondo analista de su circunstancia, su cultura sin bordes nos obsequiará en el día de su ingreso y sobre la recurrente ilusión de los Estados Unidos de Europa, su perspectiva acerca de un instante de la Historia plagado de incógnitas en el que todavía quedan los focos de la hostilidad, la discriminación, la xenofobia, la envolvente niebla de las injusticias y donde no arraigan los fundamentos de la paz ni los de una filosofía moral suficiente.

Pero, además —y es lo más trascendente—, el mensaje actual para América Latina, desafiada a recrear, en su conjunto, la integración total y definitiva. A no repetir errores, sino, por el contrario, a que emerja como el punto de partida de un decisivo cambio histórico y de una maravillosa etapa civilizadora. De allí la avidez con que aguardamos su palabra.

Querido Mauro:

Te doy así, en nombre de esta Academia, la más cordial bienvenida y expreso la alegría de contarte como uno de sus miembros más insignes.

Muchas gracias.

EVOLUCIÓN DE EUROPA*

Por siglos, Europa ha estado unida por tres instituciones con vocación "universal" antes que "continental". En primer lugar, el Sacro Imperio Romano; en segundo término, la Iglesia; y tercero, y tal vez más importante, la Universidad. La Universidad de Boloña, en particular, que en aquellos tiempos representaba el modelo para las otras Universidades que se iban creando en Europa, contaba a mediados del siglo XIII con alrededor de diez mil estudiantes, aglutinados en torno de diecisiete naciones, de las cuales solamente tres (romanos, toscanos y lombardos) eran italianos, llamados cismontanos, mientras que el resto de los catorce, los ultramontanos, procedían de todas las regiones de Europa: Galia, Picardía, España, Poitou, Provenza, Turena, Maine, Normandía, Cataluña, Hungría, Polonia, Alemania (eran llamados teutónicos) e Inglaterra [1]. (Si se me concede una digresión, quisiera recordar que cuando fui

* Traducción de Guillermo Tempesta, PhD Instituto Universitario Europeo; investigador de la Fundación JUS. Supervisión del Dr. Augusto Mario Morello.

1 La información ha sido extraída del célebre tratado en dos volúmenes de HASTINGS RASHDALL, *Las Universidades de Europa en la Edad Media*, 1ª edición, Oxford, Clarendon Press, 1885; 2ª edición 1936, pp. 152-156, 178, 184 et passim.

convocado por el Instituto Universitario Europeo en el año 1977, organicé un seminario internacional sobre el tema: "Perspectiva para un nuevo Derecho Común Europeo", cuyas ponencias han sido publicadas en 1978, constituyendo la primera publicación del UIE)[2].

La "recepción" que fue la consecuencia de la adopción del Derecho Romano y Canónico en Europa, produjo la constitución del "Jus Commune" europeo, vigente a través de varios siglos hasta la irrupción nacional, que partía de la idea "positivista" —y muy simplista— del derecho como producto exclusivamente del Estado. Y esto quedaba evidenciado, en el campo de la economía, en los grandes mercaderes de Florencia, Venecia, Barcelona, Hamburgo, que participaban en las ferias y mercados más importantes de Europa, incluyendo a Inglaterra. En efecto, cuando se habla de "mercado común europeo", no debe olvidarse que Europa ha sido por siglos un mercado común quizás más integrado que en la actualidad. El origen de la denominación del florín holandés y húngaro proviene de Florencia, y el derecho comercial fue "receptado" también en Inglaterra (en la época de Lord Mansfield).

Pero vayamos a la Europa de nuestros días, o quizás la del mañana, para lo cual, y salvo una breve tentativa de examinar algunos desarrollos recientes desde el punto de vista económico, limitaré mi análisis a las cuestiones jurídicas, que después de todo representan la base necesaria para una unión política y económica.

El derecho europeo se ha ido desarrollando por varios decenios en una dirección "federalista". Esto se ha dado a lo largo de dos líneas: el derecho comunitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

[2] M. CAPPELLETTI (ed.), *New perspectives for a Common Law of Europe, Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Sijthoff, Klett-Cotta, Bruylant, Le Monnier, Leyden, Stuttgart, Bruxelles, Firenze, 1978. El volumen incluye contribuciones de O. Kahn Freund, N. Brown, G. Calabresi, H. Coing, R. David, D. J. Evrigenis, G. Gorla, J. A. Jolowicz, T. Koopmans, O. Lando, J. Limpens, J. H. Merryman, J.D.B. Mitchell, J. Rivero, R. Sacco, además de mi introducción.

I. Detengámonos sobre todo en el derecho comunitario. Las tres características fundamentales de un "sistema federal" están presentes. La primera característica es el "efecto directo"; esto es que, en el ámbito de las competencias de la Comunidad, la normativa comunitaria produce un efecto automático en los países miembros; en otras palabras, aquélla es la "law of the land" (ley del lugar) en los doce países. La doctrina del efecto directo ha sido formulada por primera vez en la etapa inicial de la Comunidad, en la famosa decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad, "Van Gend & Loos" [3].

La segunda característica fundamental de un sistema federal es la "supremacía", efecto por el cual, en la esfera de competencias atribuidas, la norma federal prevalece sobre aquella eventualmente contraria de los Estados miembros. Esta doctrina se remonta también a la década del '60 y ha sido coherentemente reconfirmada por el Tribunal, desde la sentencia "Costa vs. ENEL" de 1964 [4].

Una tercera característica del sistema federal es la "pre-emption", esto es, la imposibilidad del Estado Central de invadir las competencias reservadas al Estado federal (aunque puede darse la posibilidad de que existan competencias concurrentes). También la doctrina de la "pre-emption" ha sido afirmada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad desde el año 1971 en la sentencia "ERTA" [5].

Es asimismo muy importante destacar que los Tribunales Nacionales han ido aceptando gradualmente estas tres doctrinas. Así, la Corte Constitucional alemana desde 1971 [6], la Corte Constitucional italiana desde 1973 [7], y la Corte de Casación Francesa desde 1975 [8]. Más tenaz ha

3 Caso 26/62 "Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen" [1963] ECR. 1.

4 Caso 6/64 "Costa v. E.N.E.L." [1964] ECR. 585.

5 Caso 22/70 "ERTA", decisión del 31 de marzo de 1971 [1971] ECR. 263.

6 Caso "Lütticke" del 9 de junio de 1971, en Bundes Verfassungs Gerichtsentschcidungen, 145.

7 Caso "Frontini", decisión del 27 de diciembre de 1973, en [1974] C.M.L.R. 372.

8 Caso "Administration des Douanes v. Société 'Café Jacques Vabre' ", en [1975] C.M.L.R. 336.

sido la resistencia del Consejo de Estado francés, aunque finalmente ha capitulado en 1989. Otros países miembros, especialmente aquellos que como Irlanda ya conocían un sistema de control judicial de las leyes, tuvieron menos dificultades en acoger las doctrinas federalistas. El Reino Unido, reluctante a aceptar el ideal de una unión económica y política, sin embargo ha recibido sin traumas la doctrina del efecto directo y la supremacía. En el mismo sentido, no han sufrido mayores contratiempos en aplicar estas doctrinas países como España, Portugal y Grecia, que al momento de su ingreso a la Comunidad eran plenamente conscientes de que las tres doctrinas eran una característica consolidada del derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad ha sabido superar también de manera realmente hábil y genial otro punto "débil" de la construcción comunitaria: el hecho de que (y diversamente de los EE. UU., donde paralelamente a la Suprema Corte, numerosas Cortes Federales desempeñan la función de aplicar el derecho federal) en la Comunidad existe una sola Corte específicamente investida de aquella función [9]. Es por ello que en la importantísima decisión "Simmenthal" [10], la Corte Europea ha declarado que como consecuencia del efecto directo y de la supremacía del derecho comunitario, constituye una función y deber de todos los jueces nacionales aplicar el derecho comunitario; con la implicancia —cuya importancia no es posible exagerar— de que todos los Tribunales Nacionales y todos los Jueces Nacionales son, al mismo tiempo, Tribunales y Jueces Comunitarios.

La extraordinaria importancia de esta decisión es fácil de imaginar: una "concientización comunitaria" viene así a difundirse entre todos los órdenes judiciales de los Estados miembros. Esto da lugar a un sistema "descentralizado" de control jurisdiccional de la compatibilidad de la ley nacio-

[9] La situación ha cambiado ligeramente desde la institución de la Corte de Primer Grado, que por otra parte tiene competencias limitadas.

[10] Caso 106/77, decisión del 9 de marzo de 1978, [1978] ECR. 629.

nal con la norma comunitaria, posibilitando a todos los jueces nacionales elevar el caso al Tribunal de Justicia de la Comunidad, cuando se presenten dudas sobre la interpretación y validez de la norma comunitaria relevante para su decisión. De modo que se puede apreciar una combinación del sistema descentralizado (como el que se practica en los EE. UU) y del sistema centralizado (que prevalece en Europa)[11]. La combinación de estos dos sistemas comporta la incorporación de las ventajas de cada uno; de un lado, la vigencia del efecto directo y la supremacía; y por otra parte, la posibilidad siempre latente de obtener una decisión válida para todos, en el caso del recurso "prejudicial" del Tribunal de Justicia de la CE.

II. La segunda línea de desarrollo de la posición federalista se basa principalmente sobre la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscripta en Roma en 1950. La Convención ha sido ratificada por veintitrés Estados miembros del Consejo de Europa. Otros tres países han firmado la Convención: se trata de Polonia, Hungría y Bulgaria.

También en este sistema se aplica el principio del efecto directo a todos los Estados miembros, salvo las siguientes cinco excepciones: el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Suecia e Islandia. De todos modos, en estos países prevalece la doctrina de "presunción de conformidad", que significa que en caso de conflicto entre la normativa nacional y la Convención, los jueces nacionales deben dar preferencia a aquella interpretación que supere el conflicto, y esto se debe a la presunción de que ningún Estado miembro ha de violar un compromiso internacional libremente aceptado.

En cuanto a los restantes dieciocho países para los cuales la Convención posee efecto directo, es decir es la "ley del lugar", debe distinguirse entre los que atribuyen a la

11 Ver sobre el modelo de control descentralizado y el centralizado, y sus respectivas ventajas y desventajas, mi libro *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, especialmente caps. III, IV y V.

Convención el mismo valor que una ley ordinaria: tal es el caso de Italia, Alemania, San Marino, Turquía, con la consecuencia de que una eventual ley nacional posterior, en conflicto con la Convención, prevalecería sobre ésta.

Otros países —Austria, Holanda, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Chipre, Grecia, Malta, Portugal, España y Suiza— atribuyen a la Convención una eficacia superior a la ley ordinaria, con la consecuencia de que la Convención prevalece sobre la ley nacional posterior [12].

Otra característica de importancia histórica de la Convención la constituye la cláusula facultativa del artículo 25, que atribuye legitimación activa para actuar ante la Comisión Europea de Derechos Humanos a quien, habiendo agotado los eventuales remedios internos, afirme ser víctima de una violación de alguno de los derechos proclamados en la Convención, producto de cualquier tipo de acto nacional (legislativo, administrativo o judicial). El hecho verdaderamente impactante es que los veintitrés Estados miembros, incluidos aquellos cinco que no atribuyen efecto directo a la Convención, han aceptado la cláusula facultativa. Esto significa que, en la actualidad, más de cuatrocientos millones de ciudadanos europeos tienen la posibilidad de recurrir a un órgano transnacional en el caso de una violación del catálogo transnacional de derechos. No hay que hesitar en decir que se trata de un desarrollo de importancia histórica y sin precedentes. Piénsese que en el Reino Unido en estos últimos años se ha dado un amplio debate sobre la oportunidad de adoptar un "British Bill of Rights". El hecho es que tal declaración de derechos ya existe allí, como lo demuestra la circunstancia de que en muchos casos se ha visto constreñido a observarlo. Esto último ha ocurrido presumiblemente por la ausencia de una declaración de dere-

12 Un estudio pormenorizado sobre la eficacia de la Convención en los varios países miembros es el de J. POLAKIEWICZ & V. JACOB-FLOTER, *The Impact of the European Human Rights Convention, in Domestic Law: The Impact of Strasbourg Case Law in States where Direct Effect is Given to the Convention,* en 12 "Human Rights Law Journal" (1991), p. 125 ss. (Esta es la segunda parte de un artículo, cuya primera parte analizaba el impacto de la Convención en los cinco países en los cuales no posee efecto directo).

chos vinculante para el legislador, lo que ha provocado que el Reino Unido haya sido el blanco más frecuente de las decisiones condenatorias de la Corte Europea de Derechos Humanos [13]. Con todo, debe reconocérsele al Reino Unido que siempre ha sido muy diligente en cumplimentar las decisiones condenatorias de la Corte, aun en los casos en que aquélla se pronunciaba contra instituciones profundamente arraigadas en la historia del derecho inglés [14].

Es importante remarcar en relación a la protección transnacional de los derechos humanos, que Europa ha conquistado un papel de liderazgo en el mundo contemporáneo. La Carta Interamericana de Derechos Humanos, y la maquinaria de naturaleza judicial establecida para su actuación, esto es, la Comisión y la Corte Interamericana de derechos humanos con sede en San José de Costa Rica, han sido moldeadas sobre la base de las instituciones europeas, como lo ha reconocido, por ejemplo, el Presidente de la Corte, el notable jurista y comparatista mejicano, Dr. Héctor Fix Zamudio [15].

Este liderazgo del Viejo Continente es causa de justo orgullo y es de esperarse que se encuentre también en la base de los desarrollos en otros continentes, como ser África, donde la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en 1981 y en vigor desde 1986 (ratificada al 1 de enero de 1991 por cuarenta estados africanos)[16], ha sido hasta ahora de una eficacia limitadísima. Y esto es

13 Un observador británico ha comentado que "desde el punto de vista de las estadísticas el Reino Unido ha generado la mayor congestión de trabajo a los mecanismos de supervisión de Estrasburgo. Un quinto del total de los casos sometidos a la Corte provienen del Reino Unido", J. L. MURDOCH, *The European Convention on Human Rights in Scots Law*, 1991, "Public Law", p. 40.

14 Este ha sido el caso de la condena en el recurso del "Sunday Times", ver el caso en la decisión del 26 de abril de 1979, Eur Ct. H. R. (Ser A Nº 30 [1979]). Para una síntesis del caso ver M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 84-86.

15 Ver la ponencia de H. FIX ZAMUDIO, en F. Carpi & C. Giovannucci Orlandi (dir.), *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milan, Giuffrè, 1991, vol. I, p. 387 ss.

16 Ver J. B. MARIE, *International Instruments Relating to Human Rights*, en 12 "Human Rights Law Journal", 1991, p. 33.

a causa del hecho de que "sería necesaria una Corte de Justicia como la europea" [17]. Es significativo que la creación de una Corte Africana sobre el modelo europeo haya sido propugnada asimismo por juristas africanos reunidos en un coloquio sobre "Derechos Humanos" realizado en Banjul, Gambia, donde se reconoció que "ha llegado el momento del establecimiento de una Corte independiente cuyas decisiones sean vinculantes para los Estados miembros" [18].

Desearía subrayar que este liderazgo del Viejo Continente en materia de derechos humanos es una conquista de la cual hay que estar orgullosos; en efecto, estimo que la filosofía de los derechos humanos ha sido la contribución más importante de Europa a la cultura política y jurídica; ya que ésta, como lo afirma el profesor norteamericano Louis Henkin, el máximo experto de ese país en la materia, "es el ideal de nuestro tiempo" [19].

Naturalmente, la filosofía de los derechos humanos es una fuerza importantísima de integración en Europa, y más generalmente en el mundo occidental. Los comparatistas han hablado por muchos años de familias jurídicas, pero aquí estamos en presencia de un factor que supera las diferentes familias jurídicas, sobre todo la del Derecho continental y del "Common Law". Irlanda, obviamente, participa a pleno de esta poderosa evolución: muchas de las decisiones importantes de la Corte Europea de Derechos Humanos han sido promovidas por ciudadanos irlandeses; sin olvidar la decisión fundamental contra el Reino Unido que fue producto de un proceso instaurado por el Estado irlandés [20].

17 Como lo ha puesto de relieve un ex Secretario General de la Organización para la Unidad Africana, y uno de los principales redactores de la Carta: "Sin una Corte de Justicia, como la Corte Europea que hace las veces de un genuino tribunal, ¿cómo puede asegurarse una protección efectiva?", EDEM KODJO, *The African Charter on Human and Peoples Rights*, en 11 "Human Rights Law Journal", 1990, p. 261.

18 Ver *Judicial Colloquium on Human Rights: the Banjul Affirmation*, en "Commonwealth Law Bulletin", 1990, p. 357.

19 L. HENKIN, *The Rights of Man Today*, 1978, p. 43 ss., 156 ss.

20 La decisión ha condenado al Reino Unido por el tratamiento degradante de los detenidos. "Irlanda v. Reino Unido", "European Rights Reports", vol. 2, p. 25.

Como es notorio, la filosofía de los derechos humanos ha penetrado también en el derecho comunitario, especialmente después de la decisión de la Corte de Justicia en los casos "Nold v. Comisión" y "Rutili v. Ministerio del Interior" [21].

A partir de estas decisiones, es un dato firme la existencia de una conexión entre el derecho comunitario y la Convención, en el sentido de que el derecho comunitario debe observar ciertos principios generales en materia de derechos humanos, principios que por el momento no se encuentran definidos en un catálogo comunitario; la Corte, en un trabajo esencialmente creativo, debe "encontrar" tales principios, para lo cual se "inspira" en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, pero también en los pactos que obligan a los Estados, en particular, la Convención Europea.

Debe señalarse que la finalidad de integración de la Convención no se escapaba a la intención de sus autores; en el Preámbulo de la Convención se expresa que "Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus Miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la prosecución y el desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales"; y para ello "Resueltos, en cuanto Gobiernos de los Estados Europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas de respeto a la libertad y de preeminencia del derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos anunciados en la Declaración Universal".

III. Hasta aquí he concentrado mi atención sobre el "acquis comunitario" y la Convención, por considerar que este punto es más que importante: es fundamental. Es menester avanzar y considerar otros acontecimientos recientes que impulsan más adelante la empresa europea. En primer

21 Caso "Nold v. Comisión", [1974] E. Comm. Ct. J. Rep. 491; Caso "Rutili v. Ministerio del Interior", [1975] E. Comm. Ct. Rep. 1219.

lugar, el Acto Único Europeo, y en segundo lugar, el Tratado de Maastricht. Discutiremos brevemente estos dos hitos.

El Acto Único Europeo, cuya importancia es de una notoriedad universal, ha configurado gran parte de la actividad de la Comunidad de los últimos años. De particular importancia es la extensión de las áreas en las cuales la regla de la mayoría se aplica, limitándose así el poder de veto de los Estados miembros; asimismo el denominado "déficit democrático" se ha atenuado sustancialmente, o ha sido del todo eliminado. Esto significa un elemento importante del federalismo: la posibilidad del gobierno central de adoptar decisiones aun ante la oposición de cualesquiera de los Estados miembros. Otra importante conquista del Acto Único es la que de manera un poco optimista ha sido llamada la "Europa de los ciudadanos", esto es, un empeño mayor en temas tales como la protección del consumidor y del medio ambiente, con miras a un mejoramiento general de la "calidad de vida" de los ciudadanos de la Comunidad. Precisamente, por la importancia de estos dos temas, dos de los volúmenes del proyecto "Integration Through Law", han sido dedicados a ellos, aun cuando no estaban incluidos entre el ámbito de las competencias comunitarias [22].

En cuanto al Tratado de Maastricht, es un gran paso adelante en la empresa federal; provee las bases para el establecimiento de una unión monetaria, que naturalmente representaría un nuevo pilar de la Europa Federal. No se puede concebir seriamente a los Estados Unidos con monedas distintas para cada uno de los cincuenta Estados de la Unión; a los ojos de todos, los EE. UU. significa, entre otras cosas, el dólar estadounidense. Si Europa será capaz de moverse en la misma dirección es quizás prematuro decirlo. Pero, a mi modo de ver, se debe reconocer la iluminada visión de los líderes europeos que han lanzado

22 Se trata de los volúmenes 3 y 4 del proyecto *Integration Through Law*, cit. supra; los volúmenes han sido redactados respectivamente de T. BOURGOIGNIE y D. TRUBEK, *Consumer Law, Common Market and Federalism*, Berlin/New York, De Gruyter, 1987, y por R. STEWART y E. REHBINDER, *Environmental Protection Policy*, Berlin/New York, De Gruyter, 1985.

el Tratado, como así la de aquellos pueblos, como el irlandés y el francés (aunque con una mayoría estrecha), que lo han aprobado. Naturalmente, existen dificultades en algunos países, incluidos además Italia y España (cuyos Parlamentos, no obstante, han ratificado el Tratado con una amplia mayoría), debido a que sus economías y sistemas monetarios son más débiles que los de Alemania y Francia. A pesar de ello, el proyecto debe elogiarse, y la oportunidad de adoptarlo no parece —en mi opinión— suscitar ninguna duda.

Desearía en este punto agregar algunas observaciones sobre el federalismo. Francamente, encuentro increíble que tantos hombres políticos en Europa parezcan estar perturbados con la idea de una Europa Federal. El federalismo no es solamente una "forma de gobierno"; es sobre todo la mejor forma posible de gobierno "liberal" y "democrático", en grado de proteger y respetar las libertades fundamentales de los ciudadanos. El federalismo es el modo mejor de conciliar "diversidad" con igualdad de tratamiento; centralismo con descentralización. Constituye una forma ulterior de democrática "separación de poderes"; se puede hablar de una "separación de poderes vertical", en el sentido de que algunos poderes "enumerados" pertenecen al gobierno federal, mientras que el resto de los poderes ("poderes residuales") se reserva a los Estados miembros de la Unión. El federalismo se caracteriza por el pluralismo: la razón por la cual los ex países comunistas eran "federales solamente en los papeles pero no en la realidad", fue precisamente porque el pluralismo faltaba en aquellos regímenes autoritarios. Esto explica la explosión de conflictos en las ex Repúblicas Soviéticas y en Yugoslavia ni bien el gobierno central perdió el férreo control, basado en la fuerza y no en el consenso. El federalismo, por el contrario, es un modo de conjugar diversidades étnicas, raciales, lingüísticas, sobre la base del consenso y de la participación, jamás de la fuerza. Esto explica también la razón por la cual en la historia de los pueblos, los grandes imperios fueron destinados a la

disolución apenas la fuerza del centro se atenuaba; al contrario, federaciones como la suiza y la norteamericana han sido estables, a pesar de diversidades de varios géneros, incluida la lingüística.

El proyecto internacional "European Integration in the Light of the American Federal Experience", que he tenido la oportunidad de dirigir juntamente con los colegas Joseph Weiler y Monica Seccombre, en el ámbito del Instituto Universitario Europeo de Florencia, ha sido una tentativa, tal vez un poco audaz, de señalar algunas "lecciones" que Europa podía extraer de dos siglos de federalismo en los Estados Unidos. Naturalmente, no ha faltado la crítica banal como —a mi modo de ver— infundada de que Europa y los Estados Unidos no son entidades comparables. Desearía reproducir en este contexto la réplica que proporcioné a aquel cuestionamiento, que pienso es relevante en el cuadro del presente análisis:

"Precisamente, ha sido a causa de la ausencia de un fuerte gobierno central, que no hubo alternativa al audaz intento de la Corte de Justicia Europea de promover por sí misma los principios del federalismo (efecto directo, supremacía y 'pre-emption'). Es plausible afirmar que Europa se muestra mucho más diferenciada que los Estados Unidos de América; con todo, parece poco probable que tal diversidad esté más acentuada en la actualidad en Europa que en su momento en los Estados Unidos; no solamente dos siglos atrás, sino también un siglo atrás, en un país de dimensiones continentales, con muchas razas y religiones, la combinación de enormes riquezas y pobreza, las heridas de una guerra civil y de la esclavitud, y con un Este industrializado y refinado, un Sur profundo, casi colonial, un Oeste medio agrícola, y un lejano Oeste sumido en la aventura. Un estudio de todas las pruebas posibles de la influencia que el federalismo y el constitucionalismo, tal como han sido aplicados por la Corte norteamericana, han tenido durante siglos de gradual integración de un país tan diversificado, puede ofrecer a los europeos lecciones fundamentales, como

así demostrar la legitimidad de una audaz y creativa jurisprudencia constitucional y federal, como aquella que en los últimos decenios viene adoptando la Corte de Justicia de la Comunidad" [23].

Puntualmente en el caso europeo, debe considerarse que existen cada vez mayores presiones en la dirección de una mayor integración, que derivan de muchas características de la sociedad; de millones de europeos que van del Sur al Norte en búsqueda de trabajo; y de las innumerables empresas multinacionales que son el reflejo del carácter multinacional de los procesos económicos y de las estructuras económicas de nuestra época. La cultura de los individuos y de los grupos de nuestro tiempo, es también inevitablemente transnacional, debido al carácter transnacional de las comunicaciones. Aun las circunstancias de nuestro tiempo, a pesar de las turbaciones producto de escandalosos resurgimientos del racismo y la xenofobia, nos demuestran que, a través de la universalización de ciertos valores fundamentales, los pueblos crecen más vecinos, el riesgo de conflicto disminuye, y nuevas síntesis emergen a partir del encuentro de costumbres diversas, de razas diversas, y de culturas diversas. Toda la historia de Europa es asimismo la historia de encuentros y de la riqueza que produce tal síntesis. La época más gloriosa de la historia europea es resultado de tal síntesis. El encuentro e integración de los pueblos y las culturas mediterráneas, en la época de Roma; el encuentro y la integración de pueblos romanos y germanos, que llevó a aquel renacimiento del comercio, de las artes, y de las nuevas lenguas, después de los siglos del Alto Medioevo ("The Dark Ages", La Era Oscura). La historia de Europa demuestra además que las épocas más gloriosas de la civilidad jurídica se han caracterizado por una gran pluralidad de "fuentes del derecho", en las cuales un rol importante desempeñaba la creatividad de los jueces, exactamente lo mismo que hemos observado en Europa con la justicia constitucional (incluida la de la Corte de Estrasburgo y la co-

23 Ver M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process*..., op. cit., pp. 177-80.

munitaria). Así el derecho romano, en su época de expansión más gloriosa, pudo hallar en el pretor peregrino y sus "edicta", el instrumento principal de su evolución y modernización; obra que fue posteriormente continuada por los "jurisprudentes", con sus "responsa" (a menudo vinculantes) a requisitorias basadas en casos concretos. Muy similar a la labor de los pretores, ha sido la de los "Chancellors" y de las Cortes de Equidad en la fase más imaginativa del derecho inglés. También aquí, la evolución del derecho y la actividad creativa de las Cortes resultó frecuentemente inspirada en principios no escritos de equidad o "aequitas", similares a los criterios adoptados en la actualidad por la Corte de la Comunidad, en su doctrina de los "principios generales", de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, o de los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Cuando posteriormente, con la formación de los Estados Nacionales, tal pluralismo tuvo fin, y comenzó a prevalecer la idea positivista del Estado como fuente exclusiva de derecho, languideció todo aquel pluralismo de fuentes de derecho, especialmente en la Europa continental. Como con la codificación de Justiniano, la idea que dominó es la de que todo el derecho debía ser de carácter legislativo.

Pero esta idea no es válida en la actualidad, y la visión monolítica de un rígido centralismo napoleónico ha sido gradualmente superada por una visión mucho más completa pero también más realista del derecho. Ciertamente, los que tienen conciencia de las lecciones del pasado no se inquietarán por el carácter complejo de la nueva realidad. Un nuevo pluralismo está emergiendo, el derecho estadual legislativo posee en la actualidad muchos competidores y compañeros: el derecho constitucional, que pone límites al poder del Estado; el derecho comunitario, que también reclama el status de "lex superior", superior aun al derecho constitucional nacional; los principios generales no escritos, nacionales y transnacionales. Con ello, la creatividad de los jueces se ha visto incrementada, porque tal creatividad

siempre tiende a intensificarse cuando existe una pluralidad de fuentes: el pluralismo de las fuentes requiere comparación y control, lo que supone la revisión judicial. Estos advenimientos en Europa revelan una semejanza sorprendente con los desarrollos pasados y presentes en los Estados Unidos [24].

Tales similitudes han sido confirmadas por acontecimientos recientes en Europa, como por ejemplo se observa en el tan discutido "principio de subsidiariedad", según se afirma en el artículo 3 (b) del Tratado de Maastricht [25]. El principio de subsidiariedad se asemeja a lo que sucede en los EE. UU., en donde el derecho de los Estados miembros prevalece siempre que no esté en juego una competencia "enumerada" atribuida al derecho federal. De todos modos, el principio de las competencias "enumeradas", no excluye la existencia de las competencias "implícitas", en tanto sean necesarias para un "apropiado" ejercicio de las competencias enumeradas [26]. Como ha sostenido correctamente la profesora irlandesa Brigid Laffen, en un artículo incluido en el volumen *Maastricht and Ireland* [27]: "la subsidiariedad es un principio federalista". El profesor D. Lasok manifiesta, en el mismo sentido, que "la subsidiariedad es un reflejo del federalismo, como lo es también el diseño comunitario" [28]. Francamente, he encontrado increíble que, algunas semanas atrás, el Primer Ministro del Reino Unido definiese como una "estupidez" el considerar la subsidiariedad como un elemento del federalismo.

Otro elemento fundamental del federalismo norteamericano es la doctrina de la incorporación, es decir, que cier-

24 Op. ult. cit., p. 181.

25 El texto inglés es el siguiente: "Any action of the Community shall not go beyon that is necesary to achieve the objectives of the Treaty" y "the Community will act only if and insofar as the objectives of proposed action cannot be achieved by the Member States".

26 Ver M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process...*, op. cit., Cap. VII, especialmente pp. 328 ss., 363 ss.

27 PATRICK KEATINGE, Ed. *Maastricht and Ireland. What the Treaty Means,* Dublin, "Institute of European Affairs", 1992, p. 15 ss.

28 D. LASOK, *Subsidiarity and the Occupied Field,* en 1992 "New Law Journal", pp. 1228-9.

tos derechos fundamentales del "bill of rights" federal, no vinculen solamente al gobierno federal, sino también a los de los Estados miembros. Esto se puede observar asimismo en Europa, debido a que –como ya lo hemos manifestado– la Convención Europea de los Derechos Humanos es vinculante en la práctica para los veintitrés países que la han ratificado, incluidos los doce de la Comunidad.

IV. Algunas otras reflexiones pueden ser oportunas en este punto, sobre el reciente Tratado de "Unión Europea" (Tratado de Maastricht, del 2 de febrero de 1992). Aunque debo reconocer que mi formación jurídica puede ser inadecuada, ya que los conocimientos del economista, sobre todo del macro-economista, son necesarios [29]. Con aquel entendimiento, efectuaré no obstante algunas reflexiones basadas (espero) en el sentido común sobre el Tratado de Maastricht y su contribución a la creación de los Estados Unidos de Europa.

Desde un punto de vista político, el Tratado es bastante cauto, pero no hay que subestimar la importancia de atribuir un derecho de voto, aunque limitado a las elecciones municipales, a todos los residentes comunitarios sin importar sus nacionalidades. También el esfuerzo de procurar una "integración" de las policías de varios países en la lucha contra la criminalidad organizada, me parece un dato significativo de la toma de conciencia de que ciertos fenómenos de nuestra época pueden ser eficazmente controlados sólo desde un plano transnacional.

Pero centremos nuestra atención en lo que constituye el punto fundamental del Tratado: la unión monetaria. El temor más difundido sobre este tema es que la Europa de

29 Los economistas no han logrado ponerse de acuerdo sobre los beneficios y desventajas del Tratado. Una muestra típica es la polémica entre André Grjebin y Philippe Lagayette, en 71 "Le Débat", 1992, p. 15 ss. y 46 ss. Mientras que el primero es de la opinión de que del Tratado de Maastricht derivarán terribles consecuencias, el segundo refuta punto por punto las opiniones del otro. La conclusión que he extraído de aquella discusión es que existen razones "técnicas" de ambos lados; de manera que no me resta más que examinar la cuestión con ojos ingenuos.

Maastricht finalice por ser dominada por el poder económico germano. El sentido común, sin embargo, indica que verdaderamente la política monetaria alemana ha ejercido una influencia muy marcada aun antes de Maastricht; y que es de esperarse una influencia menor desde el momento en que las políticas sean determinadas colectivamente, en vez de por cada uno de los Estados separadamente. Durante la campaña por el referéndum francés se puso en evidencia que el temor principal de los que se oponían a Maastricht era que la economía europea fuera a estar dominada por Alemania reunificada. Curiosamente, este temor estuvo también presente en quienes favorecían el Tratado. Se trata, por lo tanto, de un temor que no tiene raíces puramente ideológicas, pero que preocupa sinceramente a muchos ciudadanos de Europa, incluyendo aquella mayoría que estima que la unión monetaria es un paso muy importante en la dirección correcta.

Una sensación fuertemente extendida entre los europeos es que las turbulencias de las monedas europeas han sido causadas por la política restrictiva del Bundesbank, en particular, por las altas tasas de interés adoptadas por este banco para combatir las tendencias inflacionarias provocadas a partir de la unificación de los Landers de la ex República Democrática Alemana. Las altas tasas de interés han generado una gigantesca fuga de capitales de las otras naciones de la Comunidad Europea. De manera que no fue posible mantener las paridades cambiarias a los niveles establecidos por el Sistema Monetario Europeo (SME), con el resultado de que Italia y el Reino Unido debieron excluirse del SME (España no optó por salir del sistema, pero se vio obligada a devaluar su moneda), y esto debido al hecho de que las distintas monedas nacionales perdían valor frente al marco alemán. Como consecuencia de ello, los bienes importados resultaron más caros, determinando una mayor depreciación de la moneda. Los otros países de la Comunidad no tuvieron la posibilidad de reducir las tasas de interés (lo que según ellos hubiera sido la mejor for-

ma de reaccionar a la recesión mundial), porque esto hubiera acentuado la fuga de capitales. Por el contrario, los países debieron mantener altas las tasas de intereses para atenuar aquel fenómeno. De modo que, de hecho, el Bundesbank determinó las políticas monetarias de los otros bancos centrales. En rigor de verdad, la influencia determinante de las políticas monetarias alemanas hace tiempo que no era una novedad, pero con anterioridad a la unificación alemana, y con una coyuntura más favorable, aquella preponderancia alemana no era observada con disfavor; al contrario, el marco alemán era visto como un elemento estabilizador de las otras monedas, aunque naturalmente las tasas de interés eran más bajas, y el fenómeno de la fuga de capitales no era tan acuciante. Con la caída de los mercados de Europa Oriental, la influencia antiinflacionaria del Bundesbank pasa a ser un dato negativo para las otras monedas. El Bundesbank tiene la misión, establecida en su propio reglamento, de asegurar la estabilidad de la moneda, pero en la actual coyuntura se ve obligado a adoptar políticas que contemplen al resto de los países, a fin de dejar margen de acción a los bancos centrales para procurar sus políticas monetarias.

El gran interrogante que se abre es el de saber si la Europa del post-Maastricht estará en la posibilidad de resolver los problemas señalados; la respuesta a mi modo de ver es afirmativa. Un banco central europeo podría adoptar decisiones sobre la base de una participación colectiva. La supremacía alemana en política monetaria bajo aquella condición no sería fácil, ya que un banco central debería adoptar su política a las exigencias del conjunto de los Estados miembros. No obstante, se debe reconocer que la potencia económica alemana seguiría jugando un rol importante, pero ciertamente las decisiones se adoptarían colectivamente y la responsabilidad sería compartida.

Una preocupación adicional inquieta a los países con monedas fuertes. Se estima que sus monedas perderán valor, debido al hecho de que la moneda única resultará de la combinación de las monedas fuertes y débiles, con la obvia

consecuencia de que de tal combinación surgirá una moneda menos fuerte que las primeras. Asimismo, se prevé la posibilidad de que el Banco Central europeo sea gobernado por una mayoría que prefiera una política de expansión de la economía y de pleno empleo a una política de deflación, lo que puede atentar contra el valor de la moneda. De producirse esto, el debilitamiento de la moneda traerá aparejada una menor capacidad de compra. Aunque, a un nivel macro-económico, esta desventaja podría ser reequilibrada, ya que los países con una economía orientada a las exportaciones se verían aventajados, debido a que sus productos serían menos costosos.

Una tercera fuente de preocupación, esta vez tanto para los países económicamente dotados como para los más débiles, se refiere a la cuestión —todavía irresuelta— de cómo los instrumentos de política monetaria nacionales serán sustituidos. En el pasado, los países económicamente más débiles podían —hasta cierto límite— incentivar sus exportaciones mediante la devaluación de sus monedas; además, en caso de crisis económicas podían solicitar la exclusión del SME. Los Estados no contarán a partir de Maastricht con estas facultades. El gran interrogante es cómo podría una estructura monetaria nacional ocupar el puesto de una política nacional que en este momento es inexistente. Asimismo, no está claro si las políticas presupuestarias nacionales podrán ser utilizadas como instrumento autónomo bajo la severa dirección de las reglas de Maastricht relacionadas con el "budget plafond". En relación a esto, los países económicamente más fuertes tienen el temor de verse obligados a soportar el creciente costo de la "política regional" europea, en razón de la imposibilidad por parte de los países débiles de adoptar políticas monetarias autónomas.

Esta preocupación se agudiza si se tiene en cuenta que las regiones económicamente menos desarrolladas y más pasibles de rebrotes inflacionarios, estarán expuestas al riesgo de una ulterior pérdida de actividad económica, y, por lo tanto, deberán depender cada vez más de la asistencia de

los países más desarrollados. Estos posibles efectos negativos, sin embargo, podrían ser superados debido al hecho de que los países ricos podrían aumentar sus exportaciones a los débiles, ya que la unión monetaria los impulsará a mejorar su rendimiento económico. En la actualidad los países pueden desviar la atención a sus problemas, v.g. mediante la devaluación monetaria; con posterioridad a la unión monetaria los problemas no podrán en adelante ocultarse, por el contrario, será necesario confrontarlos y resolverlos.

Una última duda se relaciona con el denominado "déficit democrático". El punto en discusión es si la transferencia de importantes decisiones a las instituciones de la Comunidad representará un agravamiento de dicho "déficit". El Banco Central europeo, en particular, no podría ser concebido distintamente de los bancos nacionales, como ser el Bundesbank. Esto significa que seguramente habrá un alto grado de independencia de los representantes elegidos por el pueblo. Además, el Banco Central europeo debe tener la facultad de adoptar decisiones rápidas, lo que sería imposible si tuviera que depender de la voluntad de los Estados miembros. De manera que francamente no me parece que el "déficit democrático" en esta materia sea un punto débil. Por el contrario, estimo que está ampliamente probado que las interferencias de los hombres políticos en las materias monetarias han conducido generalmente a un mal manejo de la economía (el caso de Italia, que finalmente se encuentra adoptando una política de privatizaciones del sector público, demuestra la verdad de la afirmación de que la economía en las manos de los políticos está destinada al desastre).

Concluyendo, es innegable que existen problemas y las preocupaciones son justificadas, pero, ¿cuándo se ha visto un proceso de cambios profundos sin que haya sido necesario superar problemas y despejar preocupaciones? ¿No es acaso el "status quo" imperante en sí mismo fuente de problemas y preocupaciones? Ciertamente, los problemas se originan debido a los distintos rendimientos económicos de los varios países. Pero esto no puede oscurecer los aspectos

positivos que el Tratado de Maastricht significa, que son ampliamente más numerosos que los negativos. Una comparación con los EE. UU. demuestra que hasta el día de hoy existen diferencias sustanciales entre los distintos Estados de la Unión, y que un papel fundamental está reservado a la movilidad laboral, para contrarrestar las tendencias inflacionarias de un Estado; y esto es así debido a que el incentivo de salarios más altos aumenta el flujo de la mano de obra hasta el punto de que el aumento de oferta disminuye el precio. En Europa la movilidad se ve obstaculizada por las diferencias lingüísticas. Esto demuestra la importancia de los programas comunitarios como "Lengua", y el entrenamiento de los trabajadores extranjeros y sus familias.

Admitiendo que importantes instrumentos equilibrantes están ausentes en la unión económica y monetaria, es posible sin embargo afirmar que el Tratado de Maastricht ejerce una fuerte presión sobre los países miembros, especialmente aquellos económicamente más débiles, a fin de que operen de manera más competitiva, y esto debido a que en adelante no podrán disimular un rendimiento pobre de sus economías: al contrario, existe un incentivo mayor para mejorar dicho rendimiento, ante la única alternativa de desmejorar su situación, si no se empeñan seriamente en aquel esfuerzo. Una mayor competitividad no puede más que aventajar al conjunto, ya que los Estados se verán lanzados a un nivel más alto de bienestar.

Un estudio excelente, publicado por el Instituto Irlandés de Asuntos Europeos, bajo la dirección del profesor Patrick Keatinge [30], sobre Maastricht e Irlanda, examina las implicancias del Tratado con respecto a Irlanda, efectuando un análisis admirable por su agudeza y exhaustividad. En una primera parte, el Tratado se examina en relación con sus procesos y su "carácter democrático"; en una segunda y tercera partes se analiza el Tratado a la luz de aquéllos que son los agregados y modificaciones al "Pilar Comunitario" y al "Pi-

30 P. KEATINGE, op. cit.

lar Intergubernamental" de la Unión Europea; en una quinta parte se estudia la contribución del Tratado al movimiento "hacia una Unión Federal"; por último, las dos últimas partes examinan los problemas específicos de Irlanda, sobre todo la compatibilidad del Tratado con la Constitución irlandesa. No me corresponde a mí intentar replantear los resultados de tal investigación, sino para poner en evidencia que un grupo de reconocidos expertos irlandeses ha arribado a conclusiones favorables sobre la adopción del Tratado. El hecho de que después de Irlanda, también Francia (aunque con una mayoría estrecha), Italia y España (con el apoyo amplio en sus respectivos Parlamentos), han ratificado el Tratado, es demostrativo de cómo el mismo ha sido considerado beneficioso para otros países (también la Cámara de los Comunes se pronunció con una leve mayoría en favor).

Lo importante en todo esto es que los fenómenos sociales, políticos y económicos más importantes de nuestra época poseen una dimensión transnacional, y que en consecuencia pueden ser disciplinados solamente a nivel transnacional. El gran historiador inglés Sir Arnold Toynbee, discutiendo uno de aquellos fenómenos, escribía en 1970:

"La transformación de las megalópolis en ecumenópolis en todos los continentes, fundiéndose en ecumenópolis. Una nueva clase de ciudad que puede ser representada únicamente por un especimen, debido a que ecumenópolis unifica la superficie del planeta en un solo conurbano". Habiendo notado este fenómeno, Toynbee concluía que: "el interrogante que se abre no se refiere a la cuestión de si ecumenópolis ha de constituirse: sino que la pregunta es si la humanidad ha de ser su conductora o su víctima, ¿hemos de lograr que la inevitable ecumenópolis se constituya en un hábitat tolerable para la suerte de los seres humanos?" La respuesta de Toynbee es que solamente un gobierno mundial puede asumir el rol de "conductor" de la "ciudad mundial" [31].

31 Ver A. TOYNBEE, *Cities on the Move*, 1970, p. 196 "et passim".

La "ciudad-mundo" puede aparecer como una idea visionaria de un remoto futuro, por ello es necesario darle un contenido más específico y concreto, para que acompañe el ritmo del comercio, las comunicaciones y la cultura que asumen —y cada vez lo harán más— un carácter planetario. De ahí la necesidad de una política y de una visión social y jurídica transnacional, aunque sea a nivel continental si no es posible hacerlo a nivel universal. Aunque no debe dejar de mencionarse que dos siglos atrás la visión universal fue avanzada por Emmanuel Kant, quien propugnaba la tesis según la cual la única solución para salvar a la humanidad del flagelo de la guerra era la de promover una "unión de todas las naciones" [32], ideal cuya realización aunque fuera gradual era —según Kant— un imperativo moral de todo el género humano.

Es claro que la visión de Kant ha cobrado un valor realista y urgente en la actualidad, después de haber sufrido dos guerras mundiales, y la creación de instrumentos capaces de producir una catástrofe planetaria. Hoy la cuestión no es si debemos movernos en aquella dirección —que es el único modo razonable y realista de operar en el mundo contemporáneo—, sino preguntarse si tenemos el tiempo suficiente para hacerlo.

* * *

Hemos querido brindar una reflexión que muestra la tendencia actual hacia la Federalización de Europa, expuesta desde el vértice de una de sus porciones más inteligentemente dispuestas al logro de esa trascendental empresa: Irlanda.

En 1981 creí que América (dejando que México "invada" a los EE. UU.) del Centro y del Sur estaba madura para encarar la integración cultural y que para ello podía adaptar —a sus propias circunstancias e idiosincrasia— el

32 EMMANUEL KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*", en "Kant's Werke", "Band VIII (Abhandlungen nach 1781)".

proyecto de crear un Instituto Universitario Superior, de post grado, de alta especialización, como el que funciona en Florencia, órgano de la Comunidad Económica Europea.

Recuerdo que uno de los Fundadores de esa Comunidad, Jean Monnet, en sus años últimos, expresaba que si retrospectivamente pudiese volver a movilizar los entusiasmos en derredor de ese propósito no titubearía en asignar la importancia mayor a la *integración cultural* que reputaba de más significación y trascendencia que la económica.

Tampoco debo omitir que los cuatrocientos cuarenta millones de hispanos y lusitanos que pueblan este Continente tienen la facilidad de entenderse prácticamente en una sola lengua (los brasileños, en general, captan perfectamente el español), factor totalmente diferente al de la Comunidad de los Doce, en donde ese aspecto no deja de ofrecer serias dificultades.

En esta oportunidad, sin embargo, el nivel de las reflexiones circula por un registro diferente. Muchas veces me pregunto cómo naciones de tan rica geografía, de inmensos recursos, variedad de climas y de regiones dotadas naturalmente de potencialidades inigualables, así como de hombres de pensamientos tan jerarquizados, no han podido encontrar los mecanismos adecuados para asumir una formidable empresa de desarrollo, modernización y bienestar.

Mi respuesta —la contrapartida de la experiencia del siglo XIX— es saber encontrar un nuevo Simón Bolívar que reconstruya las veintiuna naciones en un vasto espacio geopolítico que permita, *al conjunto*, el avance equilibrado y justo, en pos de las grandes metas comunes.

No con el peso de la espada ni banderas belicosas sino en la paz de las nuevas y fecundas ideas superadoras de lo existente.

Este sería el núcleo de mi mensaje que augura insinuantes posibilidades y el éxito en su concreción.

¿CONVIENE LA INTRODUCCIÓN DE LOS LLAMADOS "DAÑOS PUNITIVOS" EN EL DERECHO ARGENTINO?

Disertación pronunciada por la académica correspondiente Dra. Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de agosto de 1993

I. *Aclaraciones terminológicas*

La expresión "daños punitivos", traducción literal de la inglesa "punitive damages", no tiene tradición en nuestro derecho; consecuentemente, es necesario aclarar su sentido. Me referiré a lo que en el Common Law se conoce con el nombre de *"exemplary damages", "non compensatory damages", "penal damages", "additional damages", "aggravated damages", "plenary damages", "immaginary damages", "presumptive damages", "smart money"*, etc.

La primera advertencia terminológica es que la palabra "damages" también se utiliza en el Common Law para referirse a la suma *acordada o fijada* por un órgano judicial o por las partes, en caso de incumplimiento de lo estipulado. No hay una coincidencia exacta con la palabra "daño" del idioma castellano pues si el juez o las partes fijaron una suma determinada se hablará de *"damages"*, aunque no exista lesión en el sentido que la voz daño tiene en nuestra lengua; *"damages"* será, entonces, una suerte de sinónimo de *"injury"* [1].

Tampoco hay total identidad entre todas las expresiones que contienen la voz *"damages"*. Así, por ej., se llama *"general damages"* a los que la ley presume siguen a una conducta equivocada (*"the law presumes to follow from*

1 MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, en "Riv. Quadrimestre", Milano, ed. Giuffrè, 1989, Nº 2, p. 403, nota 25.

the wrong complained of" [2]); o sea, los "*general damages*" o daños presuntos, son aquéllos que no necesitan prueba de su concreta entidad pues existen in re ipsa, y pueden o no tener finalidad punitiva [3].

Además, como bien señala Pizarro, la denominación "daños punitivos", en español, es objetable, pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño mismo [4].

También quiero aclarar que el tema no se vincula a la indemnización del daño moral, si bien, en nuestro país, un importante sector de la doctrina y jurisprudencia, hoy minoritaria, considera que se indemniza a título de sanción. No es ésta la oportunidad para reiterar toda la discusión en torno a la naturaleza jurídica del daño moral. He adherido, antes de ahora, a la tesis que lo considera resarcitorio y no punitorio y, desde esta perspectiva, no hay posibilidad de confundir daño moral y daño punitorio. Como dice Salvatore Patti, el daño moral es finalmente un daño, una lesión, aunque diferente al patrimonial; el daño punitivo, en cambio, no corresponde a ninguna lesión, es simplemente un *quid* que se suma al daño efectivamente sufrido por la víctima; dicho en otros términos, el daño punitivo no compensa ni el daño patrimonial ni el moral; se suma a ellos para punir [5]. Sin embargo, algunos autores sostienen que la idea de pena privada subyace en las decisiones judiciales cuando fijan el daño moral [6].

[2] PIER GIUSEPPE MONATERI, *Risarcimento e danno presunto: verso una teoria dei "general damages" in Diritto italiano?*, en "Riv. Quadrimestre", Milano, ed. Giuffrè, 1990, Nº 1, p. 28.

[3] VICENZO ZENO ZENCOVICH, *Pena privata e "punitive damages" nei recenti orientamenti dotrinari americani*, en "Le pene private", Milano, ed. Giuffrè, 1985, p. 383.

[4] RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, en "Derecho de Daños", 2ª parte. Libro Homenaje al Profesor Félix Alberto Trigo Represas, Buenos Aires, ed. La Rocca, 1993, p. 291, nota 7.

[5] SALVATORE PATTI, *La tutela giurisdizionale civile dell'ambiente dopo la legge Nº 349/86*, en "La qualità della vita e l'Ambiente", a cura di D. Ferranti y A. Pascolini, Milano, ed. Giuffrè, 1989, p. 17. Conf. en lo sustancial, CESARE SALVI, *Risarcimento del danno extracontrattuale e pena privata*, en "Le pene private", ob. cit., p. 327.

[6] Según Viney esto sería lo que surgiría de un estudio hecho en Francia

Para poder responder a la pregunta del epígrafe es necesario desarrollar algunas nociones previas.

II. *Principios liminares que dominan el sistema de la responsabilidad civil*

Uno de los principios más firmes del derecho continental europeo, seguido muy de cerca en la Argentina, es que debe resarcirse sólo el daño sufrido, de modo tal que la indemnización no se convierta en un enriquecimiento del dañado [7] (*Le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage* [8]).

Por eso, existe consenso en que el juez, al sentenciar, debe hacer una reconstrucción ideal de la posición que tendría la víctima si la conducta dañosa no hubiese acaecido. En tal sentido, dice la Resolución Nº 75/7 del Consejo de Europa del 14/3/1975 relativa a la reparación de daños en caso de lesiones corporales y muerte, apart. 1.1., "La persona que ha sufrido un perjuicio tiene derecho a su reparación, en el sentido de ser colocada en una situación lo más próxima posible a la que habría sido la suya si el hecho dañoso no se hubiera producido". En suma, a la víctima se la resarce, pero no se la enriquece ni mejora en relación a la situación en que razonablemente se hubiera encontrado de no mediar el hecho dañoso.

Consecuentemente, las indemnizaciones deben fijarse en función del perjuicio sufrido y no de la culpa [9], pues *la indemnización mira al dañado y no al agente dañador.*

---

en 1983; de cualquier modo, la notable jurista duda de los verdaderos alcances de estas estadísticas y advierte que un juez francés nunca podría argumentar en este sentido en su sentencia pues la Corte de Casación la anularía. GENEVIÈVE VINEY, *Traité de Droit Civil. La responsabilité: effets,* Paris, LGDJ, 1988, p. 8.

7 GIOVANNI VALCAVI, *Indennizzo e lucro del creditore nella stima del danno,* en "Riv. Quadrimestre", Milano, ed. Giuffrè, 1986, Nº 3, p. 681.

8 VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, *La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual,* en "Rev. de Derecho Privado de Madrid", Dic. 1991, p. 1023.

9 MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit Civil,* t. II, Obligations, 8ª ed., Paris, Montchrestien, 1991, Nº 623.

Por lo demás, por ser el elemento esencial constitutivo de la acción resarcitoria, la *prueba* del daño incumbe al actor [10].

Estos principios liminares explican el escaso desarrollo que la idea de "pena privada" tiene en nuestro sistema resarcitorio, pues la única manera de justificar un importe mayor al del daño sufrido es acudiendo a la idea de *pena*, de *aflicción* al dañador. En efecto, toda vez que el damnificado, después de ser indemnizado, se encuentre en una situación en la que obtenga mayores ventajas, menores costos o asuma un riesgo inferior del que tenía antes del hecho dañoso, conseguirá un lucro y no una mera indemnización y habrá una pena privada a cargo del responsable [11]. ¿Y cómo recurrir a esta noción cuando se afirma, casi con orgullo, que la responsabilidad civil ha evolucionado positivamente de la idea de pena privada a la de resarcimiento del daño; cuando se recuerda que "la historia de la pena privada es la historia de su decadencia"? [12].

III. *El comienzo de la revisión de estas ideas*

Las ideas antes expuestas comienzan a perder algo de su verdad inconmovible. Intentaré demostrarlo.

1. *La presunción de ciertos daños*

A veces el legislador presume la existencia de determinados daños porque está interesado en disuadir al destina-

10 MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. El proceso de daños*, Buenos Aires, ed. Hammurabi, p. 177 y toda la jurisprudencia allí citada; conf. SILVIA TANZI, *Prueba del daño: relevancia de su acreditación*, "L.L.", 1992-A-315 y jurisprudencia citada.

11 GIOVANNI VALCAVI, *Indennizzo e lucro del creditore nella stima del danno*, en "Riv. Quadrimestre", Milano, ed. Giuffrè, 1986, Nº 3, p. 685.

12 SAVIGNY, *Obligazioni*, Torino II, Nº 82, cit. por GIOVANNI VALCAVI, *Indennizzo e lucro del creditore nella stima del danno*, ob. cit. "Riv. Quadrimestre", 1986, Nº 3, p. 683.

tario de la norma para que no cometa ataques lesivos a ciertos derechos. Así por ej., el art. 9.3 de la ley española 1/1982 del 5/5/1982, relativa a la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, presume que cada vez que hay intromisión ilegítima, hay perjuicio, al menos moral [13].

En esta misma línea, la Casación italiana ha resuelto que la tutela *inhibitoria o cautelar* del abuso del nombre de otro no requiere la prueba de la posibilidad de que el daño acaezca [14].

La presunción del daño, sin embargo, no debe provocar enriquecimientos; por eso, la doctrina interpretativa de esos textos insiste en que hay que evitar el lucro personal y aconseja al juzgador tener en consideración, al momento de la cuantificación, que la disuasión es un elemento esencial, pero también lo es la noción de reparación. Hay que *reparar* y, paralelamente, hay que *disuadir* a futuros infractores de tal modo que no puedan encontrar en indemnizaciones mínimas la vía de hacer un negocio [15].

2. *Funciones múltiples de la responsabilidad civil*

Jerarquizados autores italianos sostienen que la responsabilidad civil cumple funciones múltiples: *reintegradora, preventiva, sancionadora y distributiva* [16]. Quienes compar-

13 Compulsar EULALIA AMAT LLARI, *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, ed. La Ley, 1992, p. 17. La doctrina discute sobre los alcances de esta presunción; para algunos, alcanza sólo al daño moral; para otros, también al material; un sector sostiene que no admite prueba en contrario; para otro, es meramente iuris tantum. Para las diferentes posiciones, compulsar FERNANDO HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, ed. Colex, 1990, p. 266.

14 14/10/1963, "Caporaso c/Soc. de Laurentis", transcripto en GIOVANNA VISINTINI, *I fatti illeciti*, Cedam, Padova, 1987, p. 165.

15 MANUEL DE COSSIO, *Derecho al honor. Técnica de protección y límites*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1992, p. 75.

16 PAOLO CENDON, *La responsabilità civile en Somalia*, en "La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza", Milano, ed. Giuffrè, 1988, p. 166 y ss.

ten la visión económica del derecho agregan la de *reducir la suma de los costes de los accidentes y la de reducir los costes para evitarlos* [17].

Además, aunque lo deseable es que se aborden directamente los problemas particulares en lugar de utilizar los medios indirectos, lo cierto es que el sistema de la responsabilidad civil también puede servir, eventualmente, a otras finalidades *secundarias,* tales como:

a) Subsidiar implícitamente el desarrollo industrial durante una época (piénsese, por ej., en los límites numéricos de la responsabilidad aeronáutica).

b) Mitigar las desigualdades derivadas de la distribución de la renta.

c) Combatir los problemas de la depresión económica.

d) Ser un impuesto a los monopolios, etc. [18].

Los adherentes de esta tendencia propician renunciar a una visión *fragmentaria*; no hay que *elegir* sino *sumar* una serie de compartimentos que no son estancos: daño, imputabilidad, causalidad, injusticia [19]. La responsabilidad civil —decía Hugueney— cumple también una función política de prevención, de disuasión de los comportamientos antisociales [20]. La falta de esta visión global trae como consecuencia negativa que deba consentirse la insoportable impunidad de quien viola la lealtad, las expectativas, el decoro, la verdad procesal, la concurrencia, las tratativas, las relaciones crediticias, la paz de los espíritus, etc., pues muchas

17 GUIDO CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil,* trad. de Joaquín Bisbal, Barcelona, ed. Ariel, 1984, p. 44.

18 GUIDO CALABRESI, *El coste de los accidentes,* ob. cit., p. 48 y ss. Por todo lo expuesto en el texto, dice Castronovo, con razón, que en nuestros días hay un *exceso de funciones* de la responsabilidad civil: todos caemos en la irresistible tentación de resolver la totalidad de los problemas a través de su normativa.

19 Conf. en lo sustancial, GIOVANNI BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale,* en "Le pene private", ob. cit., p. 302.

20 Cit. por ANDRÉ TUNC, *La pena privata nel diritto francese,* en "Le pene private", ob. cit., p. 351.

veces, el lucro obtenido por el autor de la conducta antijurídica es sensiblemente mayor al daño padecido por el titular del derecho violado.

Justamente, para que no se produzca esa indiferencia aparecieron figuras como las astreintes, etc.[21].

No se trata de eliminar el principio de la reparación integral; al contrario, sin tocarlo se intenta encontrar una previsión legislativa que disponga, además de ese resarcimiento, una medida de carácter prioritariamente aflictivo.

Con este criterio, la Corte Constitucional italiana resolvió el 30/12/1987, refiriéndose al llamado daño ambiental, que "la responsabilidad civil puede asumir en estos tiempos, carácter preventivo y sancionador" [22].

3. *La noción de sanción*

La palabra *sanción* no sólo es sinónimo de punición [23]. Para un sector muy importante de la doctrina, las *sanciones* son medidas caracterizadas por el hecho de ser impuestas para reforzar la observancia de las normas del sistema y, eventualmente, para poner remedio a los efectos de su inobservancia; desde una perspectiva muy general, pueden ser clasificadas en dos tipos:

21 PAOLO CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, en "Contratto e impresa", Padova, Cedam, 1989, Nº 3, p. 887 y en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Milán, Cedam, 1991, p. 691.

22 Cit. por PIER GIUSEPPE MONATERI, *Risarcimento e danno presunto: verso una teoria dei "general damages" in Diritto italiano?*, ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1990, Nº 1, p. 31. La Corte de Casación francesa, en cambio, se opone oficialmente a la tendencia de dar a la responsabilidad cualquier corte sancionador; recuerda permanentemente que la responsabilidad no tiene naturaleza penal y que la mayor gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño (Ver jurisprudencia citada por GENEVIÈVE VINEY, ob. cit., *Traité de Droit Civil. La responsabilité: effets*, p. 8).

23 La bibliografía sobre el tema es extensísima. Véase, por todos, JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Buenos Aires, A. Perrot, p. 25; GABRIEL STIGLITZ, *Daños y perjuicios*, Buenos Aires, ed. La Rocca, 1987, prólogo de F. A. Trigo Represas, p. 60 y ss.

— *Punitivas*: se inspiran en el principio retributivo y consisten en la privación de un bien jurídicamente relevante.

— *Reparadoras*: tienden a eliminar, o por lo menos a atenuar, las consecuencias desfavorables de su violación.

Se reconoce, no obstante, que la distinción, teóricamente correcta, puede desdibujarse en la práctica, y que una única suma condenada puede cumplir ambas funciones [24].

Tradicionalmente se ha dicho que pena (sanción punitiva) y reparación (sanción reparadora) pueden ser distinguidas por tres tipos de pautas.

a) *Objetiva*: El monto de la reparación coincide con el daño sufrido; el concedido a título de pena, en cambio, con el grado de culpabilidad.

b) *Subjetiva*: El elemento que desencadena la reparación es la obligación de reparar; el de la pena, es la culpabilidad.

c) *Teleológica*: La reparación se preocupa de la víctima; la pena mira al autor del hecho [25].

La distinción entre pena privada y reparación del perjuicio debería perder todo interés en un sistema en el cual la represión de los comportamientos culpables es una cuestión de interés público y, consecuentemente, de interés del Estado; desde esa óptica, en beneficio de la víctima sólo tendría que existir la acción tendiente a la reparación del perjuicio sufrido. "Entre la represión pública y la reparación privada no debería haber lugar para la pena privada" [26].

24 N. BOBBIO, voz "Sanzione" en Noviss. Digesto Italiano, t. XVI, Torino, 1969, p. 530. Conf. MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitive e profili di legittimità costituzionale,* ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1989, Nº 2, p. 396 y ss.

25 Hugueney es quien establece esta distinción a principios de siglo. Ver DENIS MAZEAUD, *La notion de clause pénale,* Paris, LGCJ, 1992, Nº 539.

26 MARIE ÈVE ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation,* Paris, ed. Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 37.

Sin embargo, las cosas no siempre se presentan con esta claridad; por lo pronto, para quien debe reparar, la indemnización es una sanción, no por su carácter infamante, pero sí por su carácter aflictivo y preventivo; además, las indemnizaciones no siempre se fijan sobre la base del daño sufrido pues existen indemnizaciones tarifadas legalmente; algunas penas del D. Criminal se fijan en función del resultado dañoso y no del grado de culpabilidad (por ej., los diferentes tipos de lesiones), etc.

4. *El despertar o "revival" de la pena privada*

1. La doctrina que admite un sistema de responsabilidad civil con funciones múltiples afirma que el rechazo a la pena privada está fundado en una serie de prejuicios, de reacciones instintivas y superficiales; la contraposición entre las dos ramas fundamentales del sistema (el Derecho Penal, punitivo; el Derecho Civil, reparador) es sólo aparente y temporal porque lo cierto es que la realidad muestra una serie de situaciones en las que ambos órdenes se cruzan. En ese entrecruzamiento, pueden darse diversas situaciones:

Existe pena privada cuando sobre la base de una obligación surgida de la ley, un sujeto está obligado a pagar una determinada suma a otro con un motivo exclusiva o prevalentemente sancionatorio.

Se está *dentro* de la responsabilidad civil, toda vez que la medida del deber resarcitorio, sin ultrapasar la frontera del daño, se sitúa en un umbral más severo respecto del cual se encuentra normalmente el interés de la víctima (obtener la compensación) y el del dañador (no tener que soportar una carga excesivamente gravosa).

Se está *fuera* de la responsabilidad civil cuando se constata que el legislador ha establecido una obligación de reparar o de indemnizar *sin* el rígido componente del daño. El legislador puede adoptar esta solución por varias razones, entre ellas haber advertido que:

a) La falta de un daño verdadero no es razón suficiente para dejar ciertos comportamientos sin consecuencias jurídicas.

b) La prueba de la existencia de ese daño o de su monto es excesivamente difícil o imposible.

c) El resarcimiento integral del daño es muy poco para ese tipo de ilícito [27].

Por ej., en los casos de difamación a través de los medios masivos de comunicación, puede suceder que el autor potencial no encuentre, en la amenaza resarcitoria, una razón suficiente para desistir de su conducta antijurídica pues el daño que deberá reparar será inferior (poco o mucho) a las ganancias que él podrá extraer del curso de su propia iniciativa. Por esta razón se lo condena no sólo a pagar el daño que sufrió la víctima, sino a restituir todas las ganancias que le ha procurado el éxito comercial de su película, libro o periódico [28].

Estos casos, y otros de igual resonancia, han provocado un verdadero renacimiento de la noción de pena privada, a punto tal de convocar a los juristas a su tratamiento en importantes jornadas y congresos (por ej., el de Pisa, de 1984)[29]; se asiste al "despertar" de una figura [30], de la cual, hasta hace pocos años, sólo se podía hablar "con pudor, *sottovoce* y en puntas de pie", al solo fin de subrayar la escasa importancia en el derecho vigente; o, como dice De Cupis, como "instrumento arcaico que se consideraba sepultado o re-

27 PAOLO CENDON, *La riparazione nella diffamazione a mezzo stampa*, en "La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza", Milano, ed. Giuffrè, 1988, p. 252.

28 MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1989, Nº 2, p. 396 y ss.

29 Los trabajos fueron publicados bajo el título de "Le pene private", bajo la dirección de F. Busnelli y G. Scalfi por Giuffrè ed. en 1985; muchos de ellos son citados a lo largo de estas líneas.

30 FRANCO BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, en "Le pene private", ob. cit., p. 48, habla de un *"revival"* de la pena privada, o al menos, de la necesidad de acentuar el aspecto no exclusivamente reparatorio de la responsabilidad civil.

ducido a una entidad insignificante [31]. En nuestros días, en cambio, la pena privada aparece en las más diversas figuras del derecho de las obligaciones (astreintes), de familia (privación de la patria potestad), en el derecho sucesorio (indignidad para suceder), en los contratos (cláusula penal); en el derecho laboral, en la legislación monetaria, urbanística, agraria, etc.[32].

2. Este despertar está conectado no sólo a la dudosa conveniencia de la fidelidad del legislador civil al modelo resarcitorio, sino también a la impotencia declarada del legislador penal para hacer frente al fenómeno de la criminalidad creciente [33].

No puede ignorarse que en el Derecho Penal hay una tendencia a la despenalización de ciertos delitos (por ej., el hurto en los supermercados), cuya regulación se traslada al campo de las indemnizaciones; muchos penalistas considerán que la verdadera respuesta a este tipo de conductas debe estar en el derecho civil [34]. En otros términos, "la renovada atención de la doctrina civilística respecto de la pena privada responde a una exigencia de nuestro tiempo, cual es la moderna tendencia de la política criminal que auspicia una drástica reducción del área penalmente relevante y mira con particular favor la búsqueda de alternativas a la tutela penal [35]. En esta posición se ubica un documento elaborado en 1980 por el Comité Europeo para los problemas de la

31 ADRIANO DE CUPIS, *Sul tema del danno e del risarcimento,* en "Le pene private", ob. cit., p. 321.

32 FRANCESCO D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private?,* en "Le pene private", ob. cit., p. 3.

33 GIULIO PANZANELLI, *I "punitive damages". Il caso Texaco e il diritto italiano,* "Riv. di Diritto Civile", anno XXXIII, Padova, Cedam, 1987, Parte Seconda, p. 406.

34 Para esta cuestión ver interesantísimo artículo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales de reparación a la víctima* (con especial referencia a los supuestos de responsabilidad profesional), "L.L.", 1993-B-815 y ss. Para la tendencia abolicionista del derecho penal, compulsar LOUK HULSMAN y J. BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa,* Barcelona, ed. Ariel, 1984.

35 LUCIA VIGNALE, *Decriminalizzazione e pena privata (a proposito del reato di emissione di assegni a vuoto),* en "Le pene private", Milano, ed. Giuffrè, 1985, p. 48.

Criminalidad que da precisas indicaciones en favor de una política de drástica descriminalización [36]. El informe propone recurrir a mecanismos sancionatorios alternativos y advierte que la elección de desincriminar un cierto comportamiento no debe ser conectado, necesariamente, a un cambio de opinión sobre la negatividad social del comportamiento mismo, sino ligarse a una valoración de oportunidad, del cual es el recurso más eficaz y apropiado [37].

No es necesario pertenecer a la "escuela abolicionista" para sostener esta posición; basta con admitir la idea, mayoritariamente aceptada, de que el derecho penal tiene naturaleza subsidiaria, juega un rol de "extrema ratio", por lo que no debe acudirse a él si existen otros medios eficaces [38].

Algunos autores, con visión más pesimista, afirman que este "redescubrimiento" tiene un origen *emocional*: la angustiosa constatación de la enorme cantidad de delitos que quedan impunes conduce a dotar a lo privado de un poder punitivo, como una especie de compensación psicológica, aun sabiendo que "lo privado nunca podrá sustituir al Estado en el ejercicio de la función represiva sin traicionar los derechos inviolables del hombre, pues no es hipotizable una restricción a la libertad personal fuera de la garantía jurisdiccional" [39].

Creo, entonces, que hay que buscar el punto medio. Como alguna vez se ha dicho: "Que la pena privada no ceda a la locura de inflarse desmesuradamente, como la rana de la fábula, que quería ser tan grande como el buey. Que permanezca discreta, modestamente, cerca de la pena pública, como el ratón escapado de su celda se quedó cerca del león, para hacer, en la oportunidad precisa, con sus pe-

36 LUCIA VIGNALE, *Decriminalizzazione e pena privata (a proposito del reato di emissione di assegni a vuoto)*, en "Le pene private", ob. cit., p. 48.

37 LUCIA VIGNALE, *Decriminalizzazione e pena privata*, ob. cit., en "Le pene private", p. 72.

38 FRANCO BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, en "Le pene private", ob. cit., p. 32.

39 UGO MAJELLO, *Pena privata e responsabilitè civile*, en "Le pene private", ob. cit., p. 333.

queños dientes, lo que la pena pública, con sus creencias, no puede hacer. Como ha dicho el fabulista, a veces, se tiene necesidad de alguien más pequeño que uno" [40].

3. Por estas razones prestigiosos autores italianos sostienen que la figura de los daños punitivos, aunque nacida en el Common Law, está pronta a ser *trasplantada* al derecho continental [41].

IV. *Importancia cuantitativa de los daños punitivos. Causas probables de su escaso desarrollo en el Derecho Continental Europeo y en la Argentina*

Un solo dato estadístico puede mostrar la trascendencia económica de la cuestión: entre 1983 y 1985, los tribunales del Estado de California (EE.UU.) impusieron, en 138 casos, penas punitivas de más de un millón de dólares en favor de cada damnificado [42].

No obstante la importancia cuantitativa, la doctrina nacional había prestado, hasta 1993, muy escasa atención a este tema, aunque algunos autores esbozaron la necesidad de su introducción argumentando que "la ausencia del aspecto sancionatorio marca otra falencia que conspira contra la prevención; las comunidades reaccionan negativamente ante la ausencia de punición: la sanción se compadece con la necesidad de un orden social justo" [43]. Pizarro es, a mi

40 FRANCO BRICOLA, ob. cit., *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista,* en "Le pene private", p. 27, citando a Hugueney.

41 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages". Il caso Texaco e il diritto italiano,* ob. cit., "Riv. de Diritto Civile", anno XXXIII, 1987, Parte Seconda, p. 405; PAOLO CENDON, *Responsabilità civile e pena privata,* en "Le pene private", ob. cit., p. 300 (el autor afirma que, de hecho, los jueces fijan montos que contienen esta penalidad cuando no quieren confesar abiertamente la motivación de la sentencia que pronuncian).

42 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages". Il caso Texaco e il diritto italiano,* ob. cit., "Riv. de Diritto Civile", anno XXXIII, 1987, Parte Seconda, p. 409.

43 ALFREDO J. KRAUT, *Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva,* "J.A.", 1989-III-907.

entender, el primer civilista argentino que transmitió en nuestro país la experiencia jurisprudencial y doctrinal del Common Law en la materia [44].

No estamos solos en la falta de tratamiento. La doctrina española también está en deuda, aunque algunos autores se han pronunciado expresamente en contra de su introducción, pero a favor del abandono de la idea tradicional de que la indemnización no puede sobrepasar el empobrecimiento del damnificado [45].

Igual situación se da en Francia [46].

Los autores alemanes discuten sobre la conveniencia o no de introducir elementos punitivos en las indemnizaciones civiles [47]; pero hasta hace poco tiempo se decía que hablar de pena privada en el campo del resarcimiento del daño era, para un alemán, un anacronismo, un sacrilegio [48]. Mencionan los siguientes obstáculos: a) Una acentuada tendencia a la colectivización del daño a través de los seguros, los fondos de garantía, etc.; b) La creciente extensión de la responsabilidad objetiva, en cuyo caso la obligación de indemnizar no depende de un comportamiento culposo [49].

Quizás, la terminología utilizada haya coadyuvado al rechazo de su profundización. Se ha dicho que la idea de "pena privada" suscita reacción instintiva de desconfianza

44 RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 287 y ss. El autor responde afirmativamente a la pregunta del título de este trabajo; considera que los daños punitivos son un instrumento útil aunque perfectible. El exhaustivo relato de la jurisprudencia norteamericana, a la cual remito por tratarse de un libro de fácil acceso, me exime de reiterarla en el texto.

45 VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, *La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria*, ob. cit., "Rev. de Derecho Privado de Madrid", Dic. 1991, p. 1027.

46 ANDRÉ TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, en "Le pene private", ob. cit., p. 349.

47 Autores citados por JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales de reparación a la víctima*, ob. cit., "L.L.", 1993-B-815 y ss.

48 WOLFANG GRUNSKY, *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, en "Le pene private", p. 365.

49 Sin embargo, se ha dicho que la unión entre los "punitives damages" y la "strict liability in tort" es una de las más felices en el derecho norteamericano (GIULIO PONZANELLI, *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, en "Le pene private", ob. cit., p. 393.

por varias razones; entre ellas, el prejuicio de que el campo del derecho privado es el de la tutela de los intereses personales o patrimoniales del individuo y el convencimiento de que la función punitiva para reprimir los comportamientos antisociales debe ser *institucionalmente* cumplida [50].

La falta de desarrollo puede obedecer también a la íntima conexión que el tema tiene con la doctrina del análisis económico del derecho, generalmente rechazada por nuestros autores. En efecto, las relaciones entre Economía y Derecho y, consecuentemente, la interpretación económica del derecho, han encontrado campo fértil en el área de la responsabilidad civil. No debe llamar la atención que los países donde los jueces aplican los daños punitivos son los mismos donde mayor aceptación ha tenido el análisis económico del Derecho [51]. Como los daños punitivos tienen función preventiva, se dice que la protección contra un daño sólo debería justificar una erogación de recursos cuando el valor de prevención sea más bajo que el valor del

50 UGO MAJELLO, *Pena privata e responsabilitè civile,* en "Le pene private", ob. cit., p. 331.

51 Paradigmas de lo expuesto en el texto son las obras de GUIDO CALABRESI, *El coste de los accidentes,* ob. cit.; de RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law,* 3ª ed., Boston, ed. Little, Brown and Co., 1986, p. 147 y ss. y de A. MITCHELL POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho,* trad. de Joaquín Bisbal, Barcelona, ed. Ariel, 1985. Compulsar, igualmente, ROBERT RABIN, *Perspectives on Tort Law,* 3ª ed., Boston, Little, Brown and Co., 1990, p. 167; VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, *La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria,* ob. cit., "Rev. de Derecho Privado de Madrid", Dic. 1991, p. 1035; UGO MATTEI, *Tutela inhibitoria e tutela risarcitoria,* Milano, ed. Giuffrè, 1987, p. 9 y ss.; PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, *Una aproximación al análisis económico del derecho,* Granada, ed. Comares, 1992, p. 121 y ss.; CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza,* Padova, 1990, p. 225 y ss.; BERTRAND LEMENNICIER, *Économie du Droit,* Paris, ed. Cujas, 1991, p. 95 y ss. Para el análisis económico del derecho en materia de responsabilidad en los países del Common Law es fundamental la obra *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law,* bajo la dirección de Francesco Macione, Padova, Cedam, 1989, en la cual se pueden compulsar trabajos de notable jerarquía de los autores de la primera línea en el Derecho italiano; me refiero a Guido Alpa, Mario Bessone, Stefano Rodotà, Cesare Salvi, Pietro Trimarchi, Antonio Gambaro, Guido Ferrarini, Cossimo Mazzoni; también el libro *Interpretazione giuridica e analisi economica,* bajo la dirección de Guido Alpa y otros, Milano, ed. Giuffrè, 1982, p. 455 y ss., donde se encuentran artículos de Pietro Trimarchi, S. Shavell y Guido Calabresi.

daño evitado, pues en caso contrario, el costo se trasladará a los precios con perjuicio social inevitable [52].

En Italia, en cambio, el tema es objeto de tratamiento continuo en revistas y monografías, como surge de las notas bibliográficas de estas reflexiones.

V. *Orígenes, nociones conceptuales y fines de los daños punitivos*

1. *Conceptos y fines*

Con estas nociones preliminares, estoy en condiciones de abordar específicamente el tema en estudio.

Los *punitive damages* se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo [53].

Persiguen, entonces, una doble finalidad: punir, sancionar (*punishment*) y disuadir, motivar para que no se vuelva a cometer la misma conducta (*deterrence*).

Su procedencia exige:

a) Que el juez entienda que está frente a un caso en que hay que punir y, además, disuadir o desanimar acciones de este tipo.

b) Que el demandado haya actuado, al menos, de mala fe; dicho de otro modo, que su conducta se caracterice por circunstancias agravantes como el capricho, la temeridad, la malicia, la negligencia o el descuido craso, la opresión, la contumacia o fraude, etc.[54]. Algunos de los calificativos usados por la jurisprudencia son "malignidad, intenciona-

52 RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 313.

53 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, Padova, Cedam, 1983, Parte prima, p. 438.

54 MARÍA OTILIA LASALLE, *Evaluación de la doctrina de los daños punitivos en Puerto Rico*, "Rev. Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico", vol. VIII, 1973, Nº 1, p. 150.

lidad, perversión, actitud moralmente culpable, grosera negligencia" [55], etc.

2. *La jurisprudencia inglesa*

Según algunos autores, el primer caso que recogió la noción de daños punitivos fue "Hucke c/ Money", en 1763; se trataba de una pesquisa ilegal, seguida de la injusta detención de una persona por algunas horas. El tribunal dijo que "entrar ilegalmente en la casa de una persona en virtud de una autorización innominada con el fin de procurarse evidencias, es actuar peor que la Inquisición Española; ningún inglés quisiera vivir ni una sola hora bajo una ley que lo permitiera". La solución se reafirmó en "Tulldge c/ Wade", en 1769. La misma doctrina señala que, con anterioridad, estos daños eran conocidos con el nombre de *"multiple damages"*, cuyos orígenes podrían llegar a remontarse al código de Hammurabi, a las leyes de Moisés, etc.[56].

Los *punitive damages* tendrían su antecedente en los *"aggravated damages"*, introducidos en la jurisprudencia inglesa en el siglo XVIII, originariamente concebidos como clave resarcitoria para ilícitos de especial gravedad a los cuales no corresponde una acción autónoma o un daño concreto de fácil liquidación. Estos daños se concedían como una suerte de compensación extra por la ofensa al honor, a la dignidad, etc.

En nuestro siglo, el *leading case* es "Rookes c/ Barbard", de 1964. Se trataba de un supuesto de "intimidation" en un litigio comercial. Este precedente es muy significativo pues estrechó el campo de acción de estas sanciones, restringiéndolas considerablemente [57]. Lord Devlin distinguió los

55 RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 298.

56 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 436, nota Nº 3.

57 Conf. RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de la responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 1993, p. 63, quien afirma, ante esa restricción, que los daños punitivos han desaparecido del derecho inglés salvo los supuestos mencionados en el texto.

"punitive damages" de los *"aggravated damages"* y los limitó a tres categorías:

a) Cuando haya disposición legal que los autorice (es lo que sucede en Inglaterra con la ley de derechos de autor).

b) Cuando se trate de sancionar una conducta vejatoria, opresiva, arbitraria o inconstitucional, realizada por un funcionario público, que vulnera un derecho fundamental del ciudadano. Los primeros casos de este grupo fueron "Hucke c/ Money" y "Wilkes c/ Wood". La condena se fundó en que los montos fijados no sólo estaban destinados a satisfacer el daño personal sino que también eran la prueba de la indignación de la jurisdicción por la conducta de los funcionarios.

c) Cuando el autor del ilícito actuó evaluando que la utilidad derivada de la conducta dañosa sería mayor que la indemnización debida al damnificado [58]. Este efecto se produce, muchas veces, en los casos de difamación por medio de la prensa. Dijo entonces Lord Devlin que "un hombre no debería estar autorizado a vender la reputación de otro con beneficio propio"; cuando este cálculo se ha hecho, es necesario que la ley muestre que no se la puede violar impunemente [59]. Ahora bien, la tendencia a la aplicación de los daños punitivos es tan restrictiva en Inglaterra que la "House of Lords" ha sostenido que la prueba de este recaudo incumbe a quien lo alega; por eso, en el caso "Broadway Approvals c/ Odhams Press Ltda." (1965) rechazó el pedido de su imposición porque el actor no había probado que la publicación había sido hecha con la intención de aumentar la venta del diario aun a costa de la reputación del ciudadano ofendido. La doctrina ha criticado

58 GENEVIÈVE VINEY, *Traité de Droit Civil*, ob. cit., p. 7, nota 26; GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 433, nota 5.

59 GENEVIÈVE VINEY y BASIL MARKESINIS, *La reparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, ed. Economica, p. 58.

justamente esta decisión pues se advierte claramente que se trata de una prueba prácticamente imposible [60].

En suma, el derecho inglés de nuestros días presenta un criterio muy restrictivo; el ámbito de aplicación está circunscripto a estos tres casos; la condena debe ser siempre *moderada* (lo primero a analizar es si la suma otorgada a título de compensación es o no suficiente para indemnizar otros aspectos [61]) y el juez debe tener en cuenta no sólo la conducta del demandado sino también la de la víctima.

Este criterio restrictivo no ha sido seguido, sin embargo, ni en Canadá [62], ni en Australia, ni en Nueva Zelandia, lo que ha llevado a algunos autores ingleses a solicitar a la *House of Lords* que repiense su posición [63].

3. *La evolución en el derecho norteamericano*

Los tribunales norteamericanos no siguen esta tendencia "castradora" y admiten la operatividad de estas penas en tres grupos de casos:

a) Cuando el resarcimiento debido al damnificado, en el cálculo del autor del ilícito, es inferior a las ganancias obtenidas. Así por ej., fueron impuestos a un productor que prefirió pagar los daños y perjuicios a reparar o sacar del mercado los productos defectuosos [64].

60 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 437, nota 5.

61 MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitive e profili di legittimità costituzionale*, ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1989, Nº 2, p. 405.

62 La ley de protección al consumidor de Quebec, Canadá, autoriza expresamente al consumidor a reclamar daños ejemplares en ciertos casos de graves inconductas del empresario y productor (referencias extraídas de RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 297).

63 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, Parte prima, p. 437, nota 5.

64 "Sturm, Ruger and Co. c/ Day", 1979, resuelto en EE. UU. por la Corte de Alaska, cit. por MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1989, Nº 2, p. 406, nota 34.

b) Cuando la conducta dañosa presente, sobre la base de un cálculo probabilístico, poco riesgo de ser judicialmente sancionada; esto puede ocurrir porque:

— La antijuridicidad de la conducta no es fácilmente reconocible por quien la sufre.

— El daño que produce es modesto respecto al costo del eventual proceso.

— El autor del ilícito tiene una posición de tal dominación que no se siente amenazado por un proceso por resarcimiento [65].

c) Cuando, independientemente de sus consecuencias, el sujeto actúa con el fin específico de producir un daño.

Además de esta función sancionadora, los daños punitivos pueden llegar a tener un contenido *resarcitorio* residual; esto sucede cuando se reservan para pagar los honorarios y costas del abogado vencedor. En EE.UU. no existe el sistema de costas al vencido sino que, en general, cada parte le paga a su abogado. Por eso, a veces, los daños punitivos tienen una finalidad compensadora, pues se otorgan, justamente, para pagar esas costas [66].

De cualquier modo, hay que tener en cuenta que no todos los Estados tienen el mismo régimen: No aceptan los "*punitive damages*", con el argumento de que nadie puede ser penado dos veces por el mismo hecho, Nebraska y Washington. Louisiana y Massachusetts los receptan sólo en los casos en que una disposición legal los admita expresamente. Les dan sólo función compensatoria, Connecticut, Michigan, New Hampshire y Georgia. La jurisprudencia portorriqueña también se mostraba reacia a su aceptación, aunque los

65 "Kohler c/ Kansas Power", 1963. La empresa que suministraba energía eléctrica fue condenada a pagar daños punitivos por haber cesado culpablemente en el suministro durante el verano con la excusa de que el usuario se había ido de vacaciones, lo que causó la descomposición de todo lo que conservaba en el frizer. Cit. por MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1989, Nº 2, p. 407, nota 35.

66 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 467.

concedió en algunos casos [67]. Conforme al art. 908 del *Second Restatement of Torts* sólo operan en los casos asimilables al dolo y la culpa grave.

Además, debe señalarse que ciertas situaciones especialísimas, aunque encuadren en alguna de las categorías antes mencionadas, no admiten la aplicación de daños punitivos. Así por ej., en "Gertz c/ Welch", (1976) (fallo que continúa la línea de "New York Times c/ Sullivan", de 1964), la Corte resolvió que si el difamado es un funcionario o un personaje público, el resarcimiento de los daños compensatorios requerirá la prueba del dolo (*"actual malice"*), y *no* proceden los daños punitivos; en cambio, si el ofendido es un ciudadano común, es posible la condenación, pero se requiere la prueba del dolo [68].

VI. *Algunas situaciones especiales tratadas por la jurisprudencia norteamericana*

1. *Culpa de los dependientes*

Ha sido motivo de discusión si los daños punitivos son admisibles contra los empresarios cuando la conducta reprochable es imputable a los dependientes y no a los comitentes. La respuesta negativa se fundó no sólo en el principio de la personalidad de la pena, sino también en que, en definitiva, si el principal es una sociedad, los daños punitivos son soportados también por los accionistas minoritarios, con la incidencia que ello significa sobre los costos [69].

Excepcionalmente, serían admisibles en los siguientes casos:

67 Ver jurisprudencia citada por MARÍA OTILIA LASALLE, *Evaluación de la doctrina de los daños punitivos en Puerto Rico*, ob. cit., "Rev. Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico", vol. VIII, 1973, Nº 1, p. 150.

68 VICENZO ZENO ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dotrinari americani*, en "Le pene private", ob. cit., p. 384.

69 RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 320.

a) El principal había autorizado la realización del acto.

b) El dependiente es totalmente incompetente respecto del encargo y el comitente no se ha cerciorado oportunamente de su capacidad. (Piénsese, en nuestro país, en la cantidad de procesos en los cuales el Estado responde por los daños causados por policías por el manejo torpe de las armas).

c) El dependiente está dotado de poderes directivos y actúa para obtener la finalidad inherente al propio encargo.

d) Un dirigente dotado de poder a tal efecto ratificó o aprobó el acto [70].

La respuesta afirmativa, prevaleciente en nuestros días, se funda en razones de utilidad social; en efecto, con la teoría negatoria, bastaría que los estratos superiores de la organización empresarial no se inmiscuyesen, para que la empresa no responda; por lo demás, la tesis negatoria impide alcanzar la finalidad disuasoria buscada con los daños punitivos [71].

2. *Los daños punitivos en la responsabilidad contractual*

En EE.UU., al igual que en Inglaterra, estas sanciones no se aplican en la órbita de la responsabilidad contractual.

No obstante, se conceden si se prueba el fraude. Por ej., si se vendió un auto ocultando que había tenido un accidente con graves secuelas sobre su mecanismo. Caracterizar el fraude no siempre es tarea fácil; a veces, la conducta

70 MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitive e profili di legittimità costituzionale,* ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1989, Nº 2, p. 409, notas 46, 47 y 48.

71 RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos,* ob. cit., p. 323. La aplicación de sanciones de naturaleza penal a los órganos de una sociedad no es ajena a nuestro derecho: así lo ha resuelto la Corte Federal en diversas materias, entre ellas, las multas aduaneras (Ver LUIS M. GARCÍA y PATRICIA LLERENA, *Criminalidad de empresa. Responsabilidad penal de los directivos de sociedades comerciales y de entidades financieras,* Buenos Aires, ed. Ad Hoc, 1990, p. 71 y ss.).

reprochable aparece en el cumplimiento de la obligación. El *leading case* es "Welborn c/Dixon", de 1904; se trataba de un préstamo garantizado con una cláusula por la cual, pagadas las sumas debidas, los inmuebles que habían sido entregados "en propiedad" al acreedor, volverían automáticamente al deudor; el deudor pagó, pero en el interregno, el acreedor había transferido los inmuebles a terceros de buena fe haciendo imposible la devolución.

La jurisprudencia ha calificado de fraudulentos varios casos de incumplimiento de compañías aseguradoras [72], pero según la doctrina, en la mayoría de ellos, no existía verdadero fraude sino una aplicación de los principios de protección del contratante más débil frente al más fuerte (el *"little guy"* frente al *"big guy"*)[73].

Algunos fallos parecen acoger los daños punitivos en la responsabilidad contractual con el mismo alcance que en la extracontractual, hecho que "es causa de peligrosa incerteza en un mundo en el cual la incerteza no puede, por definición, ser tolerada" [74]. Así por ej., un tribunal de California condenó a una compañía aérea a pagar 5.003 dólares a un cliente que, por causa de la sobreventa de pasajes, no pudo ser ubicado en el avión correspondiente; los 3 dólares recompensaban la llamada telefónica a la esposa del pasajero para avisarle que llegaría unas horas más tarde y los 5.000 se impusieron "para incentivar o disuadir a las compañías aéreas a que no continúen en la práctica del '*overbooking*'" [75].

De cualquier modo, los jueces no han dado razones muy convincentes de por qué los daños punitivos no son admisibles en la responsabilidad contractual. Esto ha motivado que se abran espacios también en esa órbita (por ej. cuando la prestación se presta a través de empresas de servicios pú-

72 MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1989, Nº 2, p. 393 y ss.

73 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 483.

74 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 471.

75 Cit. por ANDRÉ TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, en "Le pene private", ob. cit., p. 350.

blicos). Sin embargo, los tribunales justifican la solución y salvan la regla diciendo que la obligación violada es *ajena* al contrat o[76]. Lo cierto es que, al igual que sucede en el derecho continental, la línea demarcatoria entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no siempre es clara, por lo que en nuestro país se propicia, mayoritariamente, terminar con ella.

3. *Los daños punitivos y la lesión al derecho del crédito*

El *leading case* es "Texaco-Pennzoil". Los hechos eran los siguientes: Pennzoil había suscripto con Getty Oil una carta intención para comprar gran parte de su paquete accionario. Texaco interfirió proponiendo a Getty mejores condiciones, lo que motivó que, finalmente, Getty vendiera a Texaco. El comportamiento de Texaco fue calificado de "*tortius interference*" (interferencia culpable, agraviante), idónea para producir una "*breach of contract*" (ruptura del contrato), por lo que la Corte condenó a Texaco a pagar una suma millonaria, que poco o nada tenía que ver con los daños compensatorios sufridos por Pennzoil. Es evidente que el tribunal quiso punir a Texaco, una de las 10 empresas más fuertes del mundo, por la ligereza con la que operó, sin respetar un mínimo de honestidad y transparencia en el desarrollo de un negocio [77].

4. *Daños punitivos y seguro*

Se afirma, con razón, que la función de desalentar el acaecimiento de hechos como los que se vienen describiendo, puede estar fuertemente amenazada cuando existe un

76 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 475.

77 Caso relatado por GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages". Il caso Texaco e il diritto italiano*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXXIII. Parte seconda, p. 410.

seguro. Por eso, la jurisprudencia ha declarado la invalidez de las cláusulas por las cuales las aseguradoras también asumen los daños punitivos. El *leading case* es "Northwestern National Casualty Co. c/ McNulty", de 1962. Sin embargo, algunos tribunales les han dado cierta eficacia, sobre todo frente a cláusulas oscuras a las que corresponde aplicar la norma de la interpretación en favor del asegurado [78].

5. *Los daños punitivos y la responsabilidad por los productos elaborados*

La procedencia de los daños punitivos en este campo es, en teoría, muy discutible, pues se trata de una responsabilidad de derecho estricto, que no requiere culpa y, justamente, los daños punitivos exigen una conducta que, al menos, puede ser calificada de gravemente culposa.

Por esta razón, hasta 1975/76, prácticamente no se conocían condenas de daños punitorios en los productos elaborados; sin embargo, en esos tiempos se produjo una verdadera explosión y hoy son frecuentes los casos en que el actor que acredita una particular "coloración" de la conducta del productor o elaborador, recibe sumas a título de daños punitorios.

Variados tipos de conductas empresariales han motivado imposición de "*punitive damages*". Enunciaré algunas [79]:

a) *Conducta comercial fraudulenta* ("*Fraudulent Type Misconduct*").

Encuadran en este grupo los 1.500 casos fallados con motivo de un medicamento (el MER/29), que supuestamente servía para reducir el colesterol y el infarto; la auto-

78 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, Parte prima, p. 461. Conf. ALFREDO J. KRAUT, *Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva*, "J.A.", 1989-III-907.

79 Jurisprudencia norteamericana sobre los distintos supuestos expuestos en el texto puede compulsarse en RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 326 y ss.

rización para la venta de este medicamento fue obtenida con fraude a la Food and Drug Administration, falsificándose el resultado de algunos experimentos que se habían hecho en el laboratorio; el medicamento causó cataratas a los pacientes; durante tres años la empresa mantuvo el producto en el mercado, asegurando que no era dañoso, no obstante que ya se habían detectado los efectos colaterales.

b) *Violaciones a las previsiones concernientes a los standards de seguridad presentes en el producto.*

c) *Inadecuados controles de calidad ("inadequate testing or quality control").* Por esta razón se condenó a un laboratorio que fabricaba contraconceptivos intrauterinos, que causaron perforación del útero, por estar construidos con un material inadecuado.

d) *Falta de adecuada información sobre los peligros conocidos del producto.* De cualquier modo, un exceso de advertencias (*"warnings"*) también puede llegar a ser revelador de una clara e insuficiente política de control preventivo.

e) *No haber eliminado daños conocidos o conocibles ("post marketing failure to remedy known damages").* Aunque el producto haya sido lanzado al mercado, el elaborador tiene la obligación de controlar el producto. El caso más significativo es "Grimshaw c/ Ford Motor Co.", resuelto por la Corte de Apelaciones de California, en 1981. Ford había lanzado al mercado el primer auto subcompacto (Ford Pinto); la empresa, conociendo los inconvenientes del material con el que había construido el depósito de combustible, decidió, no obstante, sacar el vehículo al mercado; un auto se incendió apenas fue tocado por otro vehículo en el depósito de combustible; las personas que viajaban en el auto incendiado murieron. La condena de los daños punitivos se fundó en que la conducta del fabricante de auto-

motores reflejaba una "flagrante indiferencia hacia la seguridad del público consumidor" [80].

f) *Publicidad engañosa.* Pizarro relata la causa "Leichtamer c/ American Motors", de 1981, en la cual se condenó al fabricante de un jeep a pagar daños punitivos por un accidente producido por fallas en la barra estabilizadora, que no era lo suficientemente fuerte como lo sugería la propaganda [81].

La evolución jurisprudencial de esta materia, no obstante su aparente "éxito", a veces casi confinante con el abuso, manifiesta la profunda crisis de identidad de los daños punitivos, pues algunas veces se han dado sin reunirse los caracteres propios de estas sanciones. En realidad su imposición y sus límites derivan del análisis de la relación "costo-beneficio" ("*cost-benefit analysis*"). Lo único cierto es que han creado tantos problemas que la doctrina reclama una ley para poder solucionarlos [82].

Según las conclusiones a las que llegó una Comisión de Trabajo (*Interagency Task Force on Product Liability*), los efectos macroeconómicos de la responsabilidad del elaborador en EE.UU. son extremadamente graves. La Comisión dijo que los daños punitivos ("verdadera lotería financiera" y no reparación de un perjuicio), producen consecuencias perjudiciales importantes; por ej., que un solo defecto en una línea de productos pueda conducir al fabricante a ser condenado a pagar sumas muy superiores a las que el derecho penal ha podido prever para una conducta normalmente mucho más reprensible. Ante tal situación propuso que:

a) Los montos sean fijados por el juez y no por el jurado.

80 Todos estos casos han sido extraídos de GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 435 y ss.

81 RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 329.

82 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 486.

b) Se impongan sólo cuando se pruebe certeramente que el elaborador, con conocimiento de causa, con mala fe, ha dado su acuerdo o ha participado en la fabricación del producto sin atender a la seguridad del público.

c) Los montos obtenidos se destinen a los fondos de garantía para afrontar las indemnizaciones de deudores insolventes [83]. De hecho, en algunos Estados, un porcentaje va a las arcas públicas; por ej., en Florida el 60 % de lo pagado como daño punitivo se destina a la *Florida Public Medical Assistance Trust Found.*

VII. *Visión crítica de los daños punitivos en el derecho norteamericano* [84]

No sólo en la órbita de la responsabilidad por productos elaborados se escuchan críticas contra los daños punitivos. Enunciaré algunas:

1. Los daños punitivos son una suerte de anomalía; apuntan a la disuasión, la rehabilitación, el castigo, fines perseguidos por el derecho penal; no es legítimo introducir principios del derecho represivo en un sistema que, por estar dentro del derecho civil, debiera ser exclusivamente resarcitorio. En esta línea, la Corte Suprema de New Jersey ha dicho que los daños punitivos constituyen una especie de híbrido entre la indignación ética y la imposición de una multa penal. Se los califica como "saliente" o "forúnculo"

83 PERRINE MARÉE, *Nouveaux developpements de la responsabilité du fait des produits en droit américain*, Paris, ed. Economica, 1985, p. 137. Un resumen de los intentos parlamentarios en la materia puede compulsarse en M. ANGELES PARRA LUCAN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 146. Se sostiene que la última solución propuesta es poco viable pues ni la parte, ni su abogado, tendrán interés de iniciar un proceso en el que no obtendrán ventajas correlativas al riesgo corrido; se afirma, además, que si el Estado se hace parte en el juicio, éste se convierte en un juicio penal.

84 Sigo en el texto, en lo fundamental, a VICENZO ZENO ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dotrinari americani*, en "Le pene private", ob. cit., p. 276 y ss.

no saludable, que deforma la simetría del cuerpo de la ley (*"an unhealthy escrescence, deforming the symmetry of the body of the law"*)[85].

Se responde que cualquier rama del ordenamiento puede servir para prevenir daños; no se puede marcar un *"actio finium regundorum"* de excesiva rigidez entre el derecho civil y el derecho penal, sobre todo, en la tradición del Common Law.

2. El sujeto corre el riesgo de estar sometido a una doble condenación pues en la mayoría de los supuestos en que se aplican daños punitivos hay también un delito de derecho criminal. Habría, en estos casos, una violación al principio constitucional del *non bis in idem*. Acogiendo esta crítica, en varios Estados se resuelve que si el sujeto ya pagó una multa de naturaleza penal, no puede estar sometido en el juicio civil a pagar daños punitivos [86].

Los defensores de los daños punitivos reconocen que, en sus orígenes, fueron casi una "vendeta pública"; hoy, en cambio, son un remedio privado y no una sanción pública penal; por lo demás, señalan que todo el sistema norteamericano tiende a transmitir a la sociedad la idea de que los ciudadanos deben confiar en el proceso legal y que no deben tomar la justicia por mano propia. Esa Justicia la encontrarán en el sistema, que va a sancionar, aunque se trate de un juicio civil.

3. Los daños punitivos no quedan vinculados a ningún elemento objetivo verificable; consecuentemente, violan el debido proceso legal (*"Due Process of Law"*). La crítica apunta a un sector de la jurisprudencia que aplica a los daños punitivos la regla de la *"preponderance of evidence"*

85 Ver autores y fallos norteamericanos citados por GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 439, nota 10.

86 Legislación citada por GENEVIÈVE VINEY y BASIL MARKESINIS, *La reparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, ob. cit., p. 59 y ss.

siendo que en el orden penal, la prueba se rige por el principio de que la culpa debe resultar *"beyond all reasonable doubts"* (más allá de toda duda razonable).

Se contesta que para superar estos inconvenientes basta que los jueces apliquen la regla más exigente de la "clear and convincing evidence". En esta línea, la jurisprudencia de Minessota, Colorado, Iowa, Dakota, Alaska y otros Estados exige la prueba "clara y convincente" [87].

4. La determinación de los montos, por ser excesivamente genérica, dificulta la contratación de seguros [88] y provoca una verdadera "perversión" del régimen general de la responsabilidad civil. El riesgo es aún mayor por la intervención del jurado, normalmente propenso a ser influido por consideraciones emotivas y extrajurídicas.

Se responde que este problema se soluciona si la liquidación de los montos queda reservada al juez, pero aún así, todos los autores reconocen que los tribunales debieran dar pautas más firmes. La jurisprudencia mayoritaria tiene en cuenta las siguientes circunstancias:

a) La conducta del demandado; grado de culpa o dolo (elemento subjetivo).

b) La naturaleza del daño producido (lesiones, daños a las cosas, etc.).

c) Condición económica del autor (no sólo la que tenía, sino la que adquirió a través de la comisión del ilícito); tipo de actividad a la que se dedica; condiciones sociales, etc. En el famoso caso "Grimshaw c/ Ford Motor Co.", la decisión de primera instancia, que fijó la elevadísima suma de 125.000.000 de dólares, tuvo en cuenta que ese año, Ford había tenido una ganancia extraordinaria de 1.67 billones; en cambio, cuando la Cámara de Apelaciones debió pronunciarse (1980) había perdido 1.54 billones; éste fue el ele-

87 Datos extraídos de MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1989, Nº 2, p. 425.

88 LUCIO FRANCARIO, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, Jovene ed., 1990, p. 306.

mento determinante para la reducción del monto de la condena [89].

Owen [90] propone las siguientes pautas para los supuestos de daños punitivos en la responsabilidad por productos elaborados: Monto de las costas judiciales; probabilidad de peligros para el público; posibilidad de recibir beneficios de la *"marketing misconduct"*; modo cómo la sociedad reaccionó frente a esta inconducta; grado de conciencia o conocimiento que la empresa tenía del riesgo inherente al producto; número y nivel de los dependientes interesados o involucrados en la producción peligrosa; tiempo que duró la inconducta empresarial; condiciones financieras de la empresa y probable incidencia de la sentencia de condena; sanción penal completa que la empresa recibirá como consecuencia de su acción, etc.

En suma, una vez más, el criterio rector es el de la *razonabilidad*. Sin embargo, en muchos Estados se liquidan sumas enormes que han producido efectos dañosos sobre la eficiencia del sistema económico. Así por ej., en Texas, las demandas por daños punitivos comprenden el 75 % de los casos de responsabilidad por productos elaborados. Para evitar estos inconvenientes, algunas leyes estaduales han puesto límites; por ej., en Colorado, los daños punitivos no pueden superar los compensatorios; en Florida no pueden sobrepasar el triple de lo dado por daños compensatorios. El sistema de establecer múltiplos (el doble, el triple), etc., ha dado lugar a los llamados *"daños múltiplos"* [91].

5. El tema se complica frente a las acciones "encadenadas"; las llamadas *"mass disasters litigation"* [92]; en nues-

89 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 468, nota 108.

90 OWEN, *Punitive damages*, cit. por GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 468, nota 169.

91 GENEVIÈVE VINEY, *Traité de Droit Civil. La responsabilité*, ob. cit., 1988, p. 7.

92 GIULIO PONZANELLI, *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, en "Le pene private", ob. cit., p. 389 y ss.

tros días, las sentencias que se hacen valer en otros juicios en donde se dirime el mismo ilícito, no son *rara avis*. Este tipo de condenaciones puede generar sumas imposibles de afrontar; la situación se visualiza, sobre todo, en la responsabilidad por los productos elaborados o por la contaminación ambiental; el juez se enfrenta a una especie de "juicio piloto" y no se sabe cuántos más vendrán; quiere punir, pero no mandar la empresa a la quiebra.

El problema es grave: una solución sería otorgar daños punitivos al primero que demandó, "premiándolo" por haber asumido el riesgo de abrir el camino; otra es reparar a todos los demandantes sus daños compensatorios, esperar hasta el final y conceder una sola suma por daños punitivos que luego todos se repartirán; una tercera posibilidad está en tramitar este tipo de reclamos a través de las *"class action"* [93].

6. Producen un enriquecimiento sin causa.

Se responde que no existe obstáculo para que una ley pueda autorizar puniciones pecuniarias en casos de graves inconductas, ni para que dichos montos se destinen a los propios damnificados [94]. Esto es lo que sucede, por ej., con las astreintes.

En síntesis: aunque todas las críticas admiten una réplica, la desconfianza hacia el sistema es evidente, a punto tal que no se acepta que los daños punitivos puedan ser impuestos por un tribunal arbitral [95].

93 GIULIO PONZANELLI, *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, ob. cit., "Riv. di Diritto Civile", anno XXIX, 1983, Parte prima, p. 469. Del mismo autor, *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, en "Le pene private", ob. cit., p. 389 y ss. Las diferentes soluciones dadas por la jurisprudencia norteamericana pueden compulsarse en RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 316 y ss.

94 RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 307.

95 RISKIN-WESTBROOK, cit. por JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales de reparación a la víctima*, ob. cit., "L.L.", 1993-B-815 y ss.

VIII. *¿Es trasladable a nuestro derecho la experiencia norteamericana?*

No dudo de que las penas privadas son un incentivo para que el ciudadano haga valer sus derechos; en el fondo subyace, en alguna medida, la idea de Ihering de luchar por el Derecho y la concepción corriente en los EE. UU. de que el gobierno no puede estar detrás de cada ciudadano cuidándolo, por lo que es necesario impulsar a los particulares a que ellos mismos actúen en pro de los derechos que la ley les acuerda [96].

Tampoco puede negarse que en la teoría de la responsabilidad civil hay una serie de campos donde reina la incerteza. En efecto, no se sabe si pasar o no de la clásica relación bilateral entre el dañador y el damnificado a un sistema amplio de distribución de daños, donde reine el seguro y la seguridad social; de un régimen privado a otro de naturaleza pública [97]; de uno que tenga función exclusivamente resarcitoria, a otro que también la tenga preventiva y por qué no, punitiva, etc.

Sin embargo, creo inconveniente la implantación de los daños punitivos por varias razones:

1. He relatado los grandes inconvenientes que ellos presentan en los EE. UU., un país donde la judicatura goza de gran prestigio y confiabilidad. Las dificultades se agravarían en la Argentina, donde los jueces no han sido formados teniendo en mira los principios que informan las penas privadas.

2. La efectividad disuasoria (*deterrence*) de la figura es dudosa. Un modelo general de disuasión requiere que

96 ANDRÉ TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, en "Le pene private", ob. cit., p. 350.

97 Conclusiones de GUIDO CALABRESI al tema *La ricerca sui nuovi fondamenti della responsabilità e il ripensamento degli strumenti riparatori*, en "La civilistica italiana dagli anni '50", cit. p. 715. El prestigioso jurista relata que los norteamericanos BLUM y KALVEN presentaron en 1964 un trabajo al que titularon *Prospectiva pública sobre un problema que una vez fue privado.*

los destinatarios de las normas las conozcan y aún hoy, la mayoría de la gente ignora los alcances del sistema general del derecho de daños. Un autor se pregunta: ¿cuántos dueños de bares cambiaron de conducta después que se conoció el fallo de una Suprema Corte estadual norteamericana que hizo responsable a quien sirvió demasiada bebida al cliente que luego mató a una persona mientras conducía su automóvil? Por lo demás, un gran número de daños se causan a través de los dependientes de las empresas y éstas nunca repiten contra los autores del daño [98].

3. El mensaje económico enviado por las soluciones legales no siempre es disuasor. Así por ej., económicamente es preferible matar a una persona que dejarla gravemente lesionada. Como irónicamente dicen los franceses, *"Il vaut mieux achever les victimes"*.

4. Dice Calabressi, con razón, que es más fácil describir situaciones de injusticia que ejemplos de justicia. "Estamos dispuestos fácilmente a señalar las injusticias de un sistema existente, pero es muy difícil definir las condiciones de equidad que debería reunir el nuevo. Por eso, normalmente decimos generalidades, con la esperanza de tocar alguna fibra sensible. Sin embargo, el sentimentalismo no es de mucha ayuda para averiguar cuál sería nuestra conducta si el procedimiento cambiase. Argumentar que una determinada solución, no experimentada todavía, reparará las injusticias presentes, no entraña mucha dificultad; lo complicado es prever las injusticias que el nuevo régimen puede engendrar" [99].

98 STEPHEN SUGARMAN, *Doing away with Personal Injury Law*, transcripto en ROBERT RABIN, *Perspectives on Tort Law*, 3ª ed., Boston, Little, Brown and Co., 1990, p. 131.

99 GUIDO CALABRESI, *El coste de los accidentes*, ob. cit., p. 43.

IX. *Otra alternativa para mejorar el sistema resarcitorio*

La respuesta anterior no significa que el ordenamiento jurídico deba contemplar de manos cruzadas que una persona cometa ilícitos al amparo del cálculo de que los daños reparables serán inferiores a las ganancias obtenidas. El remedio a esta anormalidad del sistema predominantemente resarcitorio que nos domina puede encontrarse en otras figuras jurídicas, sin necesidad de acudir a la discutida categoría de los "daños punitivos". Intentaré demostrarlo.

1. *El enriquecimiento sin causa y el derecho de daños*

Tradicionalmente, la acción de enriquecimiento sin causa se ha separado de la acción por reparación de daños y perjuicios con una línea de trazo firme. Pero en nuestros días, prestigiosos autores han demostrado que en algunos casos ambas figuras se entrecruzan [100]. Así por ej., si un medio de difusión usa un libro escasamente conocido, sin autorización del autor y sin pagarle ningún tipo de retribución, tiene gran éxito en el público e incrementa las ventas del periódico, la conducta ilícita habrá provocado también un enriquecimiento sin causa del usurpador [101].

Para solucionar estos casos en que una persona dispone, disfruta o explota ilícitamente los bienes de otra, un importante sector de la doctrina alemana desarrolló la teoría de la "*intervención o infracción del derecho ajeno*" que encuentra sus raíces en la "*condictio por intromisión o condictio por enriquecimiento*", cuyo fundamento está en el "*ejercicio de los derechos reales*".

La llamada "*condictio por intromisión*" o "*condictio por enriquecimiento*" contempla aquellos supuestos en que, gracias a la invasión de bienes ajenos, ingresan valores que

100 PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, Cedam, 1990, p. 365 y ss.

101 LUIS DIEZ PICAZO, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, en "Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa", Madrid, Civitas, 1988, p. 59.

no corresponden a un patrimonio. La *condictio* cumple una función similar o complementaria a la acción reivindicatoria o a la de resarcimiento por daños y perjuicios culposamente causados. Consecuentemente, cuando el daño consiste en la utilización o explotación de bienes ajenos, el autor del ilícito no debe sólo el menoscabo patrimonial producido en el patrimonio del titular del derecho subjetivo, sino todo el valor obtenido. Lo demuestra muy gráficamente un ejemplo de Sacco [102]: Si encontrándose mi casa vacía, que he rehusado alquilar, penetran en ella unos desconocidos, que la habitan durante un lapso de tiempo, sin causar ningún daño, no obtendré nada por la vía del resarcimiento, porque ningún daño existe, pero lo tendré, en cambio, por la vía de la condictio de enriquecimiento y me deberán el valor de uso que en el mercado tengan casas similares.

Más actual es el ejemplo de Diez Picazo: Quien explota indebidamente una patente ajena o una marca no debe sólo el daño causado al titular (que puede ser exiguo, v.gr. si la utilización que el titular hacía no estaba muy desarrollada), sino todo el valor obtenido por la intromisión en el derecho ajeno.

Para justificar esta *condictio por intromisión o por enriquecimiento* se han formulado varias teorías:

a) Teoría de la *antijuridicidad*: el acto cometido es antijurídico porque representa una intromisión en un derecho subjetivo de otro y el que lo realiza estaba obligado a no llevarlo a cabo.

b) Teoría de la *atribución*: el enriquecimiento no tiene justificación porque contraviene el *contenido atributivo* que se puede detectar en el derecho lesionado. El problema consiste, entonces, en decidir si el derecho perjudicado o lesionado posee ese contenido atributivo y cuál es su alcance.

Una variante de esta teoría es la de la *protección ge-*

102 RODOLFO SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, ed. UTET, 1959, p. 2.

neral de los bienes, aplicable toda vez que se da a los bienes protegidos un rango prioritario al del interés del autor de la intromisión.

La Corte Suprema de Alemania, en decisión de 1971, resolvió el siguiente caso: un menor se embarcó en un avión y voló de Hamburgo a Nueva York sin haber pagado el pasaje; a la llegada fue descubierto y la empresa aérea inició una demanda para que pagara el precio. No podían aplicarse las reglas de la responsabilidad contractual, pues no existía contrato; según un autor, tampoco las de la responsabilidad extracontractual, porque no había un verdadero daño (el viaje representaba para la compañía aérea la misma inversión); el tribunal hizo lugar a la acción de enriquecimiento sin causa, pues el polizón se había enriquecido a costa de la compañía aérea; el juez dijo que para la procedencia de los reclamos *restitutorios* no es necesaria la prueba de haber sufrido un daño sino que es suficiente que el enriquecimiento se haya producido a expensas de otra persona, invadiendo sus derechos sin consentimiento [103].

En el Common Law, un medio de llegar a obtener todo el enriquecimiento del autor del hecho (aunque sea mayor que el daño sufrido por la víctima), es el llamado *"waiver the tort"*, que paso a explicar.

La acción de enriquecimiento no es subsidiaria; consecuentemente, el actor puede renunciar o desistir (*waiver*) de la acción de responsabilidad y acudir a la del enriquecimiento. Esta regla nació en el siglo XVIII, a través de una decisión de Lord Mansfield, en los tiempos en que la muerte del autor del ilícito producía la extinción de la acción de daños; en ese caso se acudía a la acción de enriquecimiento. Hoy, que la acción se transmite a los herederos, la regla sigue sirviendo para obtener la *devolución de las ganancias o provechos* (*"accounting for profits"*). El *"accounting of profits"* es un remedio de equidad; su concesión no es automática sino que, en gran medida, queda reservada a la discrecionalidad del juez.

103 PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa,* ob. cit., p. 383.

El primer supuesto en que se admitió el desistimiento (*waiver*) fue el de *"conversión"* (apropiación ilícita); al principio, fue solo de bienes o cosas, pero luego se extendió a otros aspectos (por ej., en la usurpación de funciones; el usurpador debe restituir todos los sueldos que percibió). Es lo que los ingleses llaman *"trespass"* que no requiere la prueba del daño sino de la simple injerencia no autorizada en los bienes de otro [104]. Así, por ej., en el caso "Edwards c/ Lee'Administrators", el propietario de un fundo había descubierto una galería subterránea de particular belleza, que explotó como atractivo turístico no obstante que la galería se continuaba en el terreno lindero; el vecino inició y ganó un juicio en el que pretendía que le distribuyeran las ganancias obtenidas.

En el caso "Hambly c/ Trott", Lord Mansfield formuló el criterio en base al cual es posible optar por la acción cuasicontractual y reclamar las ganancias obtenidas cuando la comisión del ilícito, además de configurar una ofensa contra la persona, comporta una injerencia en los bienes de otra, dando lugar a una transferencia injustificada de riqueza (se trataba del uso no autorizado del caballo de otro). Los ilícitos, entonces, se clasifican en dos tipos: aquellos que sólo son fuente de daños pero que no dan lugar a transferencia injustificada de riqueza (por ej., una violación) y los que, además, son fuente generadora de riqueza para el autor (ej., la usurpación o "conversión"); en estos casos, la víctima puede optar entre reclamar el daño sufrido o peticionar el enriquecimiento obtenido por el autor [105]. La dificultad práctica reside, no obstante, en determinar qué ilícitos de la segunda categoría permiten reclamar las ganancias obtenidas.

De cualquier modo, la finalidad "disuasiva" (*"deterrence"*) no lleva a atribuir al dañado *todo* el enriquecimiento

104 PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, ob. cit., p. 399. Es que para los ingleses, el daño no es el elemento constante en la responsabilidad civil (GENEVIÈVE VINEY y BASIL MARKESINIS, *La reparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, ob. cit., Nº 6).

105 PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, ob. cit., p. 366/375.

conseguido por el usurpador mediante el ilícito [106]. En efecto, otorgar al lesionado la totalidad de los beneficios obtenidos por el demandado es también injusto en los casos en que éste ha contribuido causalmente a obtenerlos. En el Common Law, un problema semejante se ha solucionado con la figura del "prorrateo de los beneficios" (*apportionment of profits*), según la cual, aun en los casos de daños de mala fe, la obligación restitutoria no se extiende a toda la riqueza producida; hay que repartir el provecho entre todos los factores que han intervenido en el proceso productivo proporcionalmente a lo que cada uno aportó [107].

En el derecho francés y en el italiano, al igual que en el nuestro, la acción de enriquecimiento es siempre subsidiaria, no dando lugar a la opción (o desistimiento). Sin embargo, en muchos casos, la jurisprudencia de esos países europeos llega a soluciones similares a las del derecho alemán e inglés, porque siempre ha aceptado que el que usa el bien de otro sin su consentimiento, debe indemnizar el valor de uso; así lo resolvió la Casación francesa, el 11/12/1928, cuando dijo que la compañía hídrica que había usado una turbina sin autorización debía indemnizar el valor de uso; en este caso, puede no haber daño (por ej., porque el bien no era utilizado), no obstante lo cual se hace lugar a la reclamación, acudiendo a una verdadera ficción, cual es afirmar que ha habido empobrecimiento del demandante [108].

2. *Casos regulados en leyes especificas donde se tiene en cuenta la ventaja obtenida por el dañador y no sólo el daño efectivamente causado*

La tolerancia jurídica al hecho de que el delincuente obtenga ventajas o provecho de su ilícito ha preocupado desde siempre, no sólo a privatistas, sino también a penalistas [109].

106 PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, ob. cit., p. 405.
107 PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, ob. cit., p. 426.
108 PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, ob. cit., p. 402.
109 FRANCO BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, en "Le pene private", ob. cit., p. 30.

El legislador y el juez de nuestros días han prestado especial cuidado al tema en algunos ámbitos específicos que paso a analizar.

a) *Violación al derecho a la imagen y a la intimidad*

La apropiación de la imagen de una persona no sólo produce daño moral sino un verdadero daño patrimonial; por ej., disminución de los ingresos que podría obtener mediante contratos; pérdida de eventuales anunciantes (pues generalmente el comerciante de un producto similar no solicitará sus servicios), etc.

La captación ilegítima de la imagen de personas desconocidas generalmente no causará daño material significativo, pues el valor en el mercado de esa imagen es escaso.

Pero se trate o no de personas que tienen actuación pública, es probable que las ganancias obtenidas por el infractor con la captación ilegítima sean muy superiores a las pérdidas del dañado [110].

En los países del Common Law se ha consolidado una jurisprudencia por la cual, en estos casos (al igual que ante el uso ilegítimo de las patentes, derechos de autor, uso indebido de marcas, etc.), el autor del ilícito está obligado a restituir todo o parte de las ganancias obtenidas. Así, por ej., en 1977, en el caso "Athans c/ Can Adventure Cam Ltd.", se hizo lugar al reclamo de un campeón de sky náutico, cuya imagen había sido usada, sin su consentimiento, para la publicidad del campeonato de ese año; los organizadores adujeron que habían tratado de contactarse con él, pero que ante su ausencia, utilizaron de todos modos la fotografía [111].

Esta es también la solución del art. 9 de la ley española 1/1982 del 5/5/1982 de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que dice: 9.2. "La

110 EULALIA AMAT LLARI, *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, ob. cit., p. 19.

111 PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, ob. cit., p. 405.

existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. 9.3. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya introducido. *También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*".

La norma ha sido criticada por un sector de la doctrina; se ha dicho, por ej., que esta pauta puede ser un "curioso incentivo para la litigiosidad" [112]. Sin embargo, la gran mayoría la aplaude; se sostiene que en este campo la indemnización debe tener triple función: satisfactoria para la víctima, punitiva para el responsable, y preventiva frente a terceros [113]; se dice, además, que aunque el damnificado no hubiese sido privado de una ganancia que él mismo no habría obtenido, es mejor que estos beneficios aprovechen al ofendido antes de que saque ventaja el autor de la intromisión ilegítima; consecuentemente, se propicia un sistema dentro del cual el actor pueda elegir entre reclamar el valor en el mercado de su imagen o los beneficios que hubiese obtenido el demandado [114].

En Italia, al igual que en nuestro país, el uso de la imagen se encuentra previsto en la ley de derechos intelectuales a través de la exposición abusiva de fotografías (art. 97). Hasta no hace muchos años, la Corte de Casación rechazaba las demandas por daño material cuando no se probaba un perjuicio cierto; así, por ej., el 10/11/1979 revocó un fallo que había hecho lugar a la pretensión de un jugador

112 ROJO AJURIA, cit. por FRANCISCO CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, Fundación Universitaria de Jerez, p. 230 y por FERNANDO HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, ob. cit., p. 279.

113 JOSÉ ROYO JARA, *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, Colex, 1987, p. 175.

114 MARÍA YSÁS SOLANES, *La protección a la memoria del fallecido en la L.O. 1/82. Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, ed. de la Junta de Decanos de los colegios notariales de España, 1988, p. 823.

de football con cuya imagen se habían fabricado muñecos; los jueces de grado habían condenado a pagar al deportista (Mazzola) la diferencia de beneficios que él hubiese podido obtener si hubiese estado dispuesto a usufructuar su imagen; la Corte italiana dijo que no estaba probado el daño material; esta sentencia muestra todos los inconvenientes que puede producir aferrarse a la idea fielmente resarcitoria como si fuese la panacea para solucionar todos los problemas. Otro caso análogo fue resuelto en 1963, cuando se rechazó la demanda de una cantante famosa (Pizzi) que se quejaba de que su imagen había sido reproducida, sin su autorización, para hacer tarjetas postales. Idéntica suerte corrió la acción interpuesta contra quien utilizó la fotografía de un equipo en almanaques publicitarios. Recién en 1979 un tribunal de Roma consideró que había daño a la vida de relación de una persona cuya fotografía fue expuesta en una revista pornográfica [115].

Hoy la jurisprudencia italiana resuelve que cuando se trata de personas conocidas (y su fotografía es usada, por ej., con fines publicitarios), debe indemnizarse no sólo el daño moral, sino también el daño material, desde que esa imagen tiene un verdadero valor económico. A la hora de fijar ese daño, la jurisprudencia italiana lo busca en el "valor que esa imagen tiene en el mercado" (o sea, si la persona célebre hubiese consentido la nota, la publicación, la publicidad, etc., cuánto hubiese cobrado por ella); en otros términos, fija el precio del consenso; de ese modo se determina cuánto dejó de ganar; cuál es el valor publicitario de esa imagen.

Un sector de la doctrina sostiene que los jueces deben atender a este "valor del mercado" y, tratándose de personas célebres, presumir la existencia del lucro cesante, que debe conmensurarse con dos parámetros: la pérdida de la prestación conseguible con la comercialización del retrato y la eventual disminución del valor comercial en razón de la

115 Todos estos casos están referidos en la obra de PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, ob. cit., p. 410 y ss.

utilización contraria al proyecto de autovaloración del retratado [116].

En los hechos, la jurisprudencia italiana ha provocado una especie de "alargamiento" del concepto de lucro cesante, pues el valor económico se presume, aun sin prueba al respecto; por eso, estas decisiones están cargadas de un tinte punitivo y su finalidad es "disuadir" para que estos ilícitos no se cometan [117].

Iguales reflexiones corresponden para la violación a la intimidad. Recuérdese que, antiguamente, la vida privada de la persona se vinculaba, exclusivamente, a su domicilio y a su correspondencia. En nuestros días la prensa y los refinados avances de la tecnología han conducido a un nuevo modelo de "privacy" [118] cuya violación puede llegar a producir grandes lucros al violador [119].

b) *Violación a los derechos intelectuales y a la propiedad industrial*

La regla de que el daño no se presume genera inconvenientes serios en las acciones de daños y perjuicios causa-

116 Corte de Casación italiana, 16/4/1991, Nº 4031, con nota de MARCO RICOLFI, *Questioni in tema di regimen giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*, en "La nuova giurisprudenza civile commentata", anno VIII, Padova, Cedam, 1992, Nº 1, p. 59; conf. Cam. App. Milano, 16/5/1989 (reclamación iniciada por Liz Taylor al haberse utilizado una foto de la película "El gato sobre el tejado de zinc caliente" para una publicidad de ropa de mujeres), con nota de CRISTINA AMATO, *¿Quanto costa lo sfruttamento esclusivo dell'immagine di una persona famosa?*, "La nuova giurisprudenza civile commentata", Padova, Cedam, 1990, p. 641.

117 Compulsar ONOFRIO TROIANO, *L'utilizzazzione economica della celebrità: right of publicity e dintorni*, en "Riv. Quadrimestre", Milano, Giuffrè, 1991, Nº 3, p. 768; P. G. MONATERI, *Risarcimento e danno presunto: verso una teoria dei general damages in diritto italiano?*, ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1990, Nº 1, p. 30. No obstante, alguna doctrina italiana estima que los jueces no han logrado comprender la importancia de la reparación pecuniaria como pena privada dentro de la tutela de los derechos de la persona frente al poder creciente de los medios de comunicación (Dogliotti, cit. por CARLOS FERNÁNDES SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 71).

118 GIOVANNI FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, en "Le pene private", ob. cit., p. 131.

119 Numerosos casos de la jurisprudencia norteamericana se encuentran en RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, ob. cit., p. 307.

dos por plagio a la obra intelectual, infracciones a la ley de marcas y a la de patentes industriales, etc.

En este tipo de acciones, normalmente, la prueba del daño es difícil; mucho más aún, su cuantificación.

Frente a estas dificultades comienza a abrirse paso una jurisprudencia que dice: "el hecho de la infracción y de que el competidor desleal haya efectivamente vendido productos con la marca imitada, de la misma naturaleza de los artículos expedidos por la actora y dentro de un mismo mercado, crea la presunción de que algún daño se derivó de la conducta dolosa, daño éste que, malgrado las dificultades probatorias que existen al respecto, debe ser indemnizado. Una posición contraria contribuirá a la creación de un halo de impunidad alrededor de las infracciones marcarias [120].

En esta línea de pensamiento, la Comisión Nº 5 de las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, reunidas en Mar del Plata en diciembre de 1992, reco-

120 Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, 4/9/1990, "Mc Taylor S.A. c/ Mc Leyton S.R.L.", "E.D.", 140-695 y "J.A.", 1991-III-298; conf. sala III, 17/5/1991, "África Kueros S.A. c/ Sacatex S.R.L.", "L.L.", 1991-E-329, con nota de ERNESTO O'FARRELL, *La indemnización debida por los usurpadores de derechos marcarios* (la sentencia fija un monto en forma prudencial) sin valorar ninguna circunstancia fáctica que pueda motivarla (por ej., tamaño del negocio, importancia del giro comercial, etc.). La solución jurisprudencial citada en el texto cuenta con apoyo doctrinal; en tal sentido véase ISIDRO SATANOWSKY, *Derecho Intelectual*, Buenos Aires, Tea, 1954, t. II, Nº 467 (para la propiedad intelectual); SANTOS CIFUENTES, *Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)*, en "V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales", Buenos Aires, ed. Zavalía, 1990, p. 303 y en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, A. Perrot, 1990, t. I, p. 401; CARLOS ALBERTO VILLALBA, *Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del abogado)*, en "V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales", Buenos Aires, ed. Zavalía, 1990, p. 313; OSCAR ETCHEVERRY, *La reparación de daños en las infracciones de marcas y nombre*, en "Derechos intelectuales", Buenos Aires, Astrea, 1988, Nº 3, p. 15; SILVIA FABIANA FAERMAN, *La condena al pago de indemnización por infracción a los derechos marcarios*, en "Derechos Intelectuales", Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 218; JORGE OTAMENDI, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, A. Perrot, 1989, p. 296; JOSEFINA ORZABAL, su ponencia a las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, *Valuación de los daños y perjuicios que causa la piratería del software.*

mendó: "XI. En los supuestos de piratería de software, el daño emerge de la sola violación del derecho exclusivo a reproducirlo".

Aunque el daño se presuma, subsiste el problema de su cuantificación. Muchos fallos rechazan la idea de que el daño sufrido pueda ser fijado sobre la base de la ganancia obtenida [121]. Otros, entienden que estas ganancias sólo pueden tener un valor indiciario para medir la entidad del daño [122]. Sin embargo, un importante sector jurisprudencial, atendiendo a la finalidad *sancionatoria y preventiva de futuros daños*, acepta que estas ganancias puedan tomarse como pauta no excluyente para la valuación de los daños sufridos; en tal sentido se recuerda que el art. 20 del dec. 6673/63 de diseños industriales recoge el llamado "derecho a la restitución de los frutos" [123].

La violación del derecho del autor de fotografías ha dado motivo a interesantes decisiones judiciales. La tendencia mayoritaria se inclina en el sentido que "la publicación de fotografías adjudicándose la autoría intelectual de otro configura un ilícito que da lugar a la reparación del daño moral cuyo monto debe ser fijado, entre otras pautas, sobre la base de la gravedad de la conducta del demandado. En cambio, la reparación del daño material exige la prueba de su existencia" [124].

121 Cám. Nac. Civ., sala F, 14/10/1991, "D. Pepe c/ Editorial Atlántida S.A.", "L.L.", 1992-B-475 (publicación de una fotografía del rompimiento del glaciar Perito Moreno atribuyéndose la autoría el personal de la revista, cuando en realidad correspondía a otro fotógrafo).

122 Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, 4/9/1990, "Mc Taylor S.A. c/ Mc Leyton S.R.L.", "E.D.", 140-695 y "J.A.", 1991-III-298.

123 OSCAR ETCHEVERRY, *La reparación de daños en las infracciones de marcas y nombre*, en "Derechos intelectuales", Buenos Aires, Astrea, 1988, Nº 3, p. 18; SILVIA FABIANA FAERMAN, *La condena al pago de indemnización por infracción a los derechos marcarios*, en "Derechos intelectuales", Buenos Aires, Astrea, 1989, Nº 4, p. 219; JORGE OTAMENDI, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, A. Perrot, 1989, p. 299; JOSEFINA ORZÁBAL, su ponencia a las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, *Valuación de los daños y perjuicios que causa la piratería del software*. Compulsar jurisprudencia citada por los tres primeros.

124 Cám. Nac. Civ., sala A, 1/10/1985, "H. Lazaridis c/ Editorial Perfil S.A.", "E.D.", 121-648, con nota adversa, en este aspecto, de CARLOS VILLALBA y DELIA LIPSZYC, *Derecho de los autores de obras fotográficas. Daño y re-*

La legislación comparada ofrece soluciones más equitativas.

Un tribunal de Milán resolvió el 4/2/1982, aplicando el art. 162 de la ley de derechos de autor italiana, que cuando una obra es servilmente copiada, el derecho de autor debe ser reparado mediante la transferencia de los beneficios económicos que el plagiador recibió por la utilización de la obra. En ese caso, se había utilizado un dibujo de un tercero, que no había prestado su consentimiento, para la portada de un disco de Pepino di Capri. El tribunal entendió que la empresa discográfica debía resarcir al autor de la obra imitada, con independencia de su dolo o culpa; en un *obiter dictum*, la sentencia afirma que en hechos de este tipo no debe aplicarse la *lógica resarcitoria* sino la *restitutoria* [125].

Con criterio coincidente, el art. 38 de la ley española de marcas Nº 32/1988 del 10/11/1988 dispone que el perjudicado puede utilizar los *beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación* como uno de los diversos criterios para el cálculo de la indemnización.

Idéntica solución consagra el art. 66 de la ley 11/1986

paración. El criterio del tribunal es el de un viejo fallo de la Corte de Casación italiana, pero en aquel caso, la rectificación había aparecido en el mismo diario, tres días después (Corte di Casazzione, 6/3/1941, "Foto Luxardo c/ Giornale", con nota de G. B. FUNAIOLI, *Violazione senza danno del diritto d'autore*, "Riv. del Diritto Commerciale e delle Obligazioni", vol. XLIII, 1945, Parte seconda, p. 9). También el de un tribunal español que resolvió: "El daño económico comprende el lucro cesante y requiere datos objetivos probados como base para estimar la pérdida de unas cantidades que han de concretarse, al menos de modo aproximado, lo que no acontece en el caso de autos, por lo que debe acudirse a los daños morales, para cuya fijación debe atenderse a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de las obras" (Audiencia Provincial de Barcelona, 5/6/1992, "Rev. General de Derecho", Valencia, 1993, Nº 580/581). Frente a esta jurisprudencia mayoritaria, la Comisión Nº 5 de las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, reunidas en Mar del Plata en diciembre de 1992 recomendó: "XIII. Dado que en muchos supuestos de ataques a los derechos intelectuales y de la propiedad industrial, los daños causados al titular son inferiores a las ganancias del violador, se recomienda la introducción, por vía legal, de la categoría de las sanciones punitivas con el fin de desalentar la comisión de estos actos ilícitos".

[125] Casos citados por PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, ob. cit., pp. 415/416.

de Patentes española [126]. El legislador ofrece al lesionado la opción de escoger entre tres alternativas posibles: los beneficios que hubiera podido obtener previsiblemente de no haber mediado la violación, los beneficios efectivamente obtenidos por el infractor mediante la ilícita explotación del invento y el precio que hubiera debido abonar el infractor por la concesión de la licencia que le hubiera facultado para realizar lícitamente los actos de explotación.

Adviértase que esta ley permite a la víctima, directamente, elegir por ese modo de liquidación; no se trata de una norma dirigida al juez, sino de un derecho concedido al dañado. Como contrapartida, la ley establece en el art. 66 inc. 3 una limitación: cuando el juez estime que el titular no cumple con la obligación de explotar la patente, la ganancia dejada de obtener incluirá exclusivamente el precio que el infractor hubiera debido pagar por la concesión de licencia. La solución es razonable, pues de otro modo, el titular de una patente no explotada se aprovecharía del esfuerzo ajeno (adviértase que, en definitiva, el infractor ha tenido que poner en marcha el proceso de explotación, aunque ilícita, de la patente [127]).

126 Todos los casos del derecho español los he extraído de la obra de VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, *La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual,* en "Rev. de Derecho Privado de Madrid", Dic. 1991, p. 1031 y de la de FRANCISCO CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito,* ob. cit., p. 223 y ss. En nuestro país, el proyecto de sustitución de la ley 111 por un nuevo régimen de patentes, presentado por Varela Cid, con trámite parlamentario Nº 102, del 21/9/1991 dice en su art. 48: "El titular de la patente violada podrá exigir, además, la restitución de los frutos que el demandado haya percibido con la explotación del invento usurpado". En sentido coincidente el proyecto de Héctor Siracusano y Federico Clérici dispone: "La indemnización de daños y perjuicios debida al titular de la patente comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular a causa de la violación de su derecho. El valor de esta ganancia dejada de obtener se fijará en base a los beneficios que el infractor haya obtenido de la explotación de la invención patentada" (art. 90).

127 FRANCISCO CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito,* ob. cit., p. 235.

c) *Daños producidos al prestigio del productor por la publicidad* [128]

Un tribunal de nuestro país resolvió el 16/10/1969 que "no habiéndose probado en qué medida la publicidad efectuada por la accionada se tradujo en una real y efectiva reducción de la venta de una bebida elaborada sobre la misma base por ambos litigantes, corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios" [129]. Los hechos eran los siguientes: Bols S.A. lanzó al mercado una bebida con la siguiente publicidad: "primero y auténtico aperitivo de alcauciles". Costa Hnos., que venía elaborando desde hacía varios años una bebida sobre la base de alcauciles, inició un juicio por daños y perjuicios. No pudo probar que esa publicidad hubiera disminuido sus ventas, por lo que la demanda fue bien rechazada.

El caso resuelto por la Pretura de Roma, el 7/4/1987, tenía características muy diferentes, por lo que la solución, opuesta a la del tribunal argentino, es también correcta. El juez italiano resolvió que la persona que sin haber contratado con el prestigioso modisto Valentino Garavani (el actor), hacía publicidad de los productos de éste en su catálogo de venta por correspondencia, debía reparar los perjuicios causados por la pérdida de prestigio. El comentarista del fallo dice: Normalmente, en estos casos, un juez italiano debió preguntarse: ¿se hizo un sondeo de opinión? ¿Se constató una disminución de las ventas? En este caso, en cambio, se consideró, como hacen los ingleses, que se trata de los llamados "daños generales" que no es necesario probar; se repara, simplemente, como forma de restaurar el daño sufrido por el acto ilícito [130].

128 PAOLO CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, en "Contratto e impresa", Padova, Cedam, 1989, Nº 3, p. 887.

129 Cám. Nac. Com., sala A, 16/10/1969, "Costa Hnos. S.C. c/ Bols S.A.", "L.L.", 137-554.

130 Cit. por PIER GIUSEPPE MONATERI, *Risarcimento e danno presunto: verso una teoria dei "general damages" in Diritto italiano?*, ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1990, Nº 1, p. 25.

d) *Daños producidos al medio ambiente* [131]

El art. 18.6 de la ley italiana Nº 349/1986, que regula la acción del Estado contra el contaminador, dice: "Cuando no sea posible una cuantificación precisa del daño, el juez determinará el monto de modo equitativo, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa individual, el costo necesario para la reposición y *el beneficio obtenido por el transgresor como consecuencia de su comportamiento lesivo al ambiente*".

La mayoría de la doctrina afirma que la norma tiene un notorio tinte represivo, una finalidad aflictiva o sancionadora [132] y configura una verdadera pena privada [133]. Se funda en los siguientes razonamientos:

131 No me propongo analizar la amplia temática del daño ambiental y si la ley debe establecer un sistema absolutamente objetivo, a la manera de la legislación alemana o teñido de aspectos subjetivos, como la italiana (para esta cuestión ver ALESANDRO SOMMA, *Il danno ambientale nel sistema tedesco di responsabilità civile*, en "Riv. Contratto e impresa", 1992, Nº 3, Padova, Cedam, p. 1032 y ss.). Traigo el tema a colación sólo porque la referencia a las ganancias obtenidas aparece en una ley de un país de la misma tradición jurídica a la que pertenecemos. Por lo demás, el derecho italiano presenta sus propias particularidades, dado la norma restrictiva del art. 2059 (que dispone la reparación del daño moral sólo cuando el hecho es al mismo tiempo un delito del derecho criminal), la regulación del daño ambiental imponía establecer una norma amplia, diferente a la del derecho común (Conf. ANNA MOLLE, *Il danno ambientale nella legge 349 del 1986*, "Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", anno LXXXVII, Padova, ed. Vallardi, 1989, parte prima, p. 205; ver DIANORA POLETTI, *L'art. 2059 CC come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, en "Le pene private", ob. cit., p. 335. Advierto, finalmente, que la ley bajo comentario regula la obligación de resarcir en favor del Estado (Ver SALVATORE PATTI, *La valutazione del danno ambientale*, "Riv. di Diritto Civile", anno XXXVIII, Nº 4, Padova, Cedam, 1992, Parte seconda, p. 447 y ss.).

132 CARLO CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, en "Il danno all'ambiente", Napoli, ed. Jovane, "Riv. Critica del Diritto Privato", anno V, Nº 3, sett. 1987, p. 480. GIUSEPPE MORBIDELLI, "Il danno all'ambiente", Napoli, ed. Jovane, "Riv. Critica del Diritto Privato", anno V, Nº 3, sett. 1987, p. 614.

133 PAOLO CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, en "Contratto e impresa", Padova, Cedam, 1989, Nº 3, p. 887; del mismo autor, PAOLO CENDON, *Il danno ambientale*, en "La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza", Milano, ed. Giuffrè, 1988, p. 368; PAOLO CENDON y PATRIZIA ZIVIZ, *L'art. 18 della legge 349/86 nel sistema di responsabilità civile*, en "Il danno all'ambiente", Napoli, ed. Jovane, "Riv. Critica del Diritto Privato", anno V, Nº 3, sett. 1987, p. 545; MASSIMO FRANZONI, *Il danno all'ambiente*, "Riv. Contratto e impresa", 1992, Nº 3, Cedam, Padova,

— A los efectos de la cuantificación del resarcimiento el artículo invita expresamente al juez a tener en cuenta elementos que no se vinculan al daño efectivamente sufrido, tales como la gravedad de la culpa y la entidad del beneficio conseguido por el que causó el daño ecológico. Adviértase, sin embargo, que en una interpretación literal, estas pautas serían aplicables sólo cuando no se pueda probar el quantum de los daños compensatorios producidos, pero no si ellos son comprobables; no obstante, tal interpretación debe ser rechazada, por ser contraria al principio de razonabilidad y de igualdad de tratamiento [134].

p. 1022; FRANCO GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente,* Milano, ed. Giuffrè, 1988, p. 278; ANNA MOLLE, *Il danno ambientale nella legge 349 del 1986,* "Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", anno LXXXVII, Padova, ed. Vallardi, 1989, parte prima, p. 206; LUCIO V. MOSCARINI, *Responsabilità aquiliana e tutela ambientale,* "Riv. di Diritto Civile", anno XXXVI, Padova, Cedam, 1990, Parte prima, p. 506; ENRICO MOSCATI, *Il danno ambientale. Tra risarcimento e pena privata,* en "Riv. Quadrimestre", Milano, ed. Giuffrè, 1991, Nº 1, p. 171; PIETRO RESCIGNO, *Conclusiones,* en "Il danno ambientale" en "Proprietà, danno ambientale e tutela dell'ambiente", a cura di Lelio Barbiera, Napoli, ed. Jovene, 1989, p. 195; MARÍA SILVIA ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale,* ob. cit., "Riv. Quadrimestre", 1989, Nº 2, p. 399 y ss. Sin negar el carácter sancionador, advierte que esta calificación no puede ser sobrevaluada ANGELO LUMINOSO, *Sulla natura della responsabilità per danno ambientale,* "Riv. Contratto e impresa", Cedam, Padova, 1989, Nº 3, p. 909; en la misma posición, MARIO LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente,* en "Il danno all'ambiente", Napoli, ed. Jovane, "Riv. Critica del Diritto Privato", anno V, Nº 3, sett. 1987, p. 581; un criterio similar sostiene SALVATORE PATTI (ob. cit., *La valutazione del danno ambientale,* "Riv. di Diritto Civile", anno XXXVIII, Nº 4, Padova, Cedam, 1992, Parte seconda, p. 447 y ss.). Considera que la culpa del autor es un mero factor a tener en cuenta; en cambio, el criterio de la ganancia del productor es, en su opinión, el más significativo de los introducidos por la ley italiana; recalca los diferentes puntos de mira pues antiguamente se trataba de buscar límites a las responsabilidades de los empresarios; en el daño ambiental, en cambio, se las amplía haciendo referencia a las ganancias obtenidas. No faltan quienes, sin señalar el carácter punitorio, advierten que la solución legal está fundada sobre parámetros totalmente heterogéneos (en esta posición, DOMINIQUE FEOLA, *L'art. 18, l. 349/1986 sulla responsabilità civile per il danno all'ambiente: dalle ricostruzioni della dottrina alle applicazioni giurisprudenziali,* "Quadrimestre", Milano, Giuffrè, 1992, Nº 2, p. 559).

134 FRANCO GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente,* Milano, ed. Giuffrè, 1988, p. 266; esta parece ser también la opinión de ADALBERTO ALBAMONTE, *Danni all'ambiente e responsabilità civile,* Cedam, Padova, 1989, p. 37.

— El costo de reposición de las cosas al estado anterior, en materia ambiental, no siempre está conectado con el daño sufrido singularmente por una víctima (por ej., el costo de la limpieza del río contaminado puede no guardar ninguna vinculación con el daño particular).

— Aunque la vinculación exista, la ley especial elimina la pauta genérica del art. 2058 del C. C. italiano que regula, entre las excepciones a la reparación en especie, el caso de que sea excesivamente onerosa para el dañador [135].

Autores de gran prestigio la han criticado severamente. Así, por ej., Adriano De Cupis dice que esta norma consagra un procedimiento híbrido, pues establece una pena que no es impuesta por el juez penal; es, en definitiva, un "monstruo" porque si bien es posible dejar librado al juicio prudente y equitativo de los jueces el monto de los daños compensatorios, no sucede lo mismo con el de las sanciones, que siempre requieren de una ley que precise sus límites para evitar las "intemperancias" de los jueces [136].

Para otros, en cambio, se trata de una norma con "luces y sombras", pero de ningún modo es un monstruo [137]; hay que merituar que el daño ambiental tiene características especiales u originales asemejándose, para su fijación, en muchos casos, a la determinación del daño moral, que también puede ser cuantificado en función de la gravedad

135 MASSIMO FRANZONI, *Il danno all'ambiente*, "Riv. Contratto e impresa", 1992, Nº 3, Cedam, Padova, p. 1012; LUCIO V. MOSCARINI, *Responsabilità aquiliana e tutela ambientale*, "Riv. di Diritto Civile", anno XXXVI, Padova, Cedam, 1990, Parte prima, p. 506.

136 ADRIANO DE CUPIS, *La riparazione del danno all'ambiente. Risarcimento o pena?*, "Riv. di Diritto Civile", anno XXXIV, Padova, Cedam, 1988, Parte seconda, p. 402. Del mismo autor, sus conclusiones a la mesa redonda sobre el tema "La ricerca sui nuovi fondamenti della responsabilità e il ripensamento degli strumente riparatori", en "La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative", ob. cit., pp. 712/713. Fue una mesa redonda "de lujo", en la que participaron Guido Alpa, Ugo Carnevali, Carlo Castronovo, Paolo Cendon, Giovanna Visintini, Adriano De Cupis y Guido Calabresi. El libro presenta todos los trabajos escuchados durante el Congreso en Homenaje al Profesor Aldro Trabucchi en Venecia, 23/26 junio de 1989.

137 ANDREA MAGAZZÙ, *Note minime in tema di responsabilità per danno ambientale*, en "La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi", ob. cit., p. 735.

del ilícito [138]; de cualquier modo, se admite que la ley es ambigua y que sólo su aplicación jurisprudencial podrá determinar las bondades o deficiencias de las pautas receptadas [139].

Pero cualquiera sea el juicio crítico que merezca, no puede dudarse de que la ley italiana ha querido dejar muy claramente establecido que el principio "el contaminador paga" no quiere decir "el que paga puede contaminar", pues está claro que no le basta con la "internalización de la externalidad negativa" [140] sino que tiene una verdadera función disuasoria [141]. Por eso ha dicho la pretura de Verona, en fallo del 1/12/1988, que la tutela prevista en el art. 18 de la ley 349/86 no sólo tiene carácter resarcitorio, sino también *inhibitorio, preventivo y dinámico* [142].

e) *El daño a la economía general*

Un caso de singulares características fue resuelto en Italia. La Corte dei Conti, en sentencia Nº 115/1980, condenó al Banco di Napoli por haber permitido la fuga de capitales. El tribunal dijo que la fuga de capitales al extranjero constituye una perturbación de la economía nacional; mas, como resultaba muy difícil estimar este daño, dijo

138 MASSIMO FRANZONI, *Il danno all'ambiente,* "Riv. Contratto e impresa", 1992, Nº 3, ob. cit., p. 1022.

139 ANGELO LUMINOSO, *Sulla natura della responsabilità per danno ambientale,* "Riv. Contratto e impresa", ob. cit., 1989, Nº 3, p. 919.

140 Nadie ignora que el análisis económico del derecho se ha servido del daño ambiental para explicar su visión en torno a la responsabilidad civil. Ver, entre muchos, SALVATORE PATTI, *La tutela dell'ambiente,* Padova, Cedam, 1979, p. 161 y ss.; VINCENZO LOJACONO, *Gli atti di immissione,* Milano, ed. Giuffrè, 1986, p. 1 y ss.; LUCIO FRANCARIO, *Danni ambientali e tutela civile,* Napoli, ed. Jovene, 1990, p. 3 y ss.

141 LUCIO FRANCARIO, *La responsabilità civile per danni ambientali: un primo bilancio e prospettive di riforma,* en "Danno all'ambiente e responsabilità", Cedam, Padova, 1992, p. 59; del mismo autor, *Danni ambientali e tutela civile,* ob. cit., p. 302.

142 Cit. por VITTORIO PISAPIA, *Questioni in tema di danno ambientale,* en "La nuova giurisprudenza civile commentata", Padova, Cedam, 1991, p. 543.

que había que cuantificarlo con la suma que el Estado hubiese percibido por el impuesto a los réditos si el dinero hubiesen seguido depositadas en el país. O sea, consagró el llamado *daño tributario.*

La Corte de Casación italiana modificó el fallo ampliando el monto de la condena y dijo el 8/1/1980, que asegurar el equilibrio económico de la sociedad constituye una finalidad pública primaria del Estado moderno; para eso ha instrumentado todo un sistema normativo, judicial y administrativo cuyo fin es la tutela concreta del interés general del cuerpo social. Este interés, de naturaleza eminentemente pública, es valuable en términos económicos en cuanto su lesión es susceptible de repercutir perjudicialmente en la situación de la economía nacional. Mencionó entonces el daño al *equilibrio económico nacional* y liquidó el daño teniendo en cuenta la tasa de rentabilidad que el capital tiene como factor de la producción nacional; o sea, el tribunal tuvo en cuenta que si la suma de dinero ilegítimamente exportada hubiese quedado en Italia, hubiese producido réditos en la medida del porcentual fijado [143].

X. *Razones que hacen preferible el sistema que atiende a las ganancias o ventajas obtenidas por el dañador por sobre el de los llamados daños punitivos*

Concluyo, entonces, que en supuestos como los que he mencionado (invasiones a la intimidad por medio de la prensa, daños al medio ambiente, a la propiedad industrial, a los derechos intelectuales, los causados a través de productos elaborados, etc.), el ordenamiento debe permitir que el dañado opte por reclamar o el daño efectivamente sufrido, o las ganancias obtenidas por el dañador. La opción debe tener como límites los previstos en la ley española de pa-

143 F. G., *Civile e penale nella responsabilità del banchiere,* en "Contratto e impresa". Cedam, Padova, 1987, Nº 1, pp. 24/25.

tentes y por la jurisprudencia del Common Law del "prorrateo de los beneficios" (*apportionment of profits*), a los que ya he hecho referencia.

No se me escapa que el sistema que propicio implica una ruptura importante al régimen de la relación de causalidad adecuada [144]. Sin embargo, creo que su recepción, en casos como los señalados, puede significar un avance auspicioso en el derecho nacional. Explicaré por qué:

1. Es evidente que si el infractor es condenado a pagar sólo el perjuicio efectivamente causado, puede convenirle delinquir pues obtendrá ganancias de su acto ilícito.

Condenándolo a abonar una indemnización tasada por la medida de su ganancia, se le priva del fruto de su proceder antijurídico, por lo que contrariar el ordenamiento jurídico ya no será un negocio [145].

Piénsese que el autor del ilícito, el enriquecido, si hubiese actuado lícitamente gestionando bienes ajenos, tendría que haber participado de los beneficios al dominus; si la víctima del ilícito ratificase a posteriori el acto de gestión no autorizado, transformaría al responsable de la lesión en un representante que tiene que restituir los frutos [146]. Es absurdo, entonces, que el ordenamiento jurídico proponga una lectura tan inmoral que el que actúa lícitamente esté en peores condiciones económicas que el que lo hace ilícitamente.

144 PAOLO CENDON, *La riparazione nella diffamazione a mezzo stampa*, en "La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza", Milano, ed. Giuffrè, 1988, p. 254. De cualquier manera, quiero señalar que, en el derecho inglés, después del caso "Quinn c/ Leathem", no es infrecuente que se reparen aún las consecuencias no adecuadas de los actos. Por ej., el caso del investigador que, con el objeto de obtener una carta, convenció a una joven de que su novio era un espía alemán, lo que le provocó serias perturbaciones mentales, de las que se lo hizo responsable. (Caso "Janviert c/ Sweeney", de 1919) (Jurisprudencia citada por PAOLO CENDON, *Conseguenze volute e risarcimiento del danno*, en "La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza", Milano, ed. Giuffrè, 1988, p. 61).

145 FRANCISCO CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, ob. cit., p. 224.

146 PAOLO GALLO, *L'arricchimento senza causa*, ob. cit., p. 376.

Quien asume el riesgo de la comisión de un ilícito y de él obtiene provechos, debe cargar con sus consecuencias [147].

2. En muchos casos, el parámetro de la ganancia obtenida por el infractor no comportará un notable incremento de la cuantía de las indemnizaciones por las siguientes razones:

a) A veces, el lucro es difícil de establecer.

b) Otras, la intromisión no produce un beneficio económico [148].

3. Es verdad que estas indemnizaciones están teñidas de carácter punitivo o de sanción civil [149]; pero ya he explicado que el derecho civil no debe temer introducir la noción de pena cuando ésta sirva a los otros fines del derecho de daños, fundamentalmente, a su finalidad preventiva [150].

4. A diferencia de los llamados daños punitivos, estas indemnizaciones tendrán límites objetivos y no hay razones para que se traduzcan, como en EE. UU., en la expulsión del mercado de la empresa condenada, pues siempre tendrán como tope lo que ésta lucró [151].

5. La solución no es ajena a las mejores tradiciones del derecho continental. Los autores coinciden en que la obligación del poseedor de mala fe de reintegrar todos los frutos

147 Conf. VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, *La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual,* ob. cit., "Rev. de Derecho Privado de Madrid", Dic. 1991, p. 1033.

148 FRANCISCO CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito,* ob. cit., p. 231.

149 FRANCISCO CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonia. universal y el fortalecimiento de la protección del crédito,* ob. cit., p. 232.

150 Conf. VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, *La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidaa extracontractual,* ob. cit., "Rev. de Derecho Privado de Madrid", Dic. 1991, p. 1033.

151 FRANCO BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista,* en "Le pene private", ob. cit., p. 51.

percibidos, aunque en concreto el dueño no los hubiese podido producir (art. 1148 del C. C. italiano, 2438 del C. C. argentino, 455 del Código español, 549 del C. C. francés, etcétera), es equivalente a la de restituir todas las ganancias obtenidas por el ilícito [152], con independencia del perjuicio efectivamente sufrido.

152 LUIS DIEZ PICAZO, *La doctrina del enriquecimiento injustificado,* en "Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa", ob. cit., p. 117; conf. JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa,* 2ª ed., Granada, Comares, 1989, p. 137. El tema de la intromisión ha sido tratado escasamente por la doctrina argentina; se refiere a ella Compagnucci de Caso, pero sin opinar sobre su viabilidad en nuestro ordenamiento (RUBÉN COMPAGNUCCI DE CASO, *Enriquecimiento sin causa,* en "Derecho de Daños". Homenaje al profesor Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, ed. La Rocca, 1993, p. 392).

LA VIDA Y LA MUERTE FRENTE AL DERECHO

Disertación pronunciada por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 9 de setiembre de 1993

Ante la vida y frente a la muerte resultan insuficientes las visiones meramente técnicas del derecho.

Los ordenamientos positivos pueden regular los efectos derivados del comienzo y del fin de la vida humana. Pero por sí solos no alcanzan a dar respuesta a los enigmas que plantea la presencia en el cosmos de esa sustancia individual de naturaleza racional, con vocación de eternidad, creada a imagen y semejanza del Altísimo, compuesta de materia y espíritu, que adquiere en la perspectiva cristiana un valor y una dignidad inmensurables.

Se me dirá, no obstante, que debo hablar desde una perspectiva exclusivamente jurídica. Ocurre, empero, que a pesar de los esfuerzos mecanicistas de los últimos siglos, que tienden a divorciar, de modo absoluto, a la teología de la filosofía y a ésta de las diversas disciplinas científicas, una visión del hombre que guarde fidelidad a Aristóteles y Cicerón, a Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, a Montesquieu y Jefferson, a Estrada y Alberdi, a Kentenich y Maritain, no puede ceñir su enfoque jurídico a lo que dispongan los ordenamientos positivos vigentes.

Quiero, por ello, ser sincero. Mi visión del derecho no se agota en la exégesis de la norma jurídica sancionada por el legislador humano. Tiene como Fundamento a Dios, Causa Eficiente Primera de todo orden. Las corrientes ateas, agnósticas, inmanentistas, relativistas, materialistas, y otras que niegan la existencia de un Dios trascendente, pretenden

prescindir de Aquél que es el único verdadero sustento del orden natural. El negar a Dios tiene, además, consecuencias trágicas en el campo del Derecho. Porque como lo apunta Dostoievski en *"Los endemoniados", si Dios no existe todo está permitido.* En vano invocaremos la intangibilidad de la vida o la significación trascendente del hombre porque éste ha quedado reducido a una partícula en la inexorable evolución del cosmos, a un fragmento de un gran engranaje, a lo sumo, al momento en que la materia en evolución dialéctica toma conciencia de su existencia.

Todo esto no son abstracciones distantes de la realidad. Todo lo contrario. El siglo xx, a través de los satánicos totalitarismos de signo diverso pero de común vocación humanicida, ha comprobado a qué extremos conduce la negación de Dios y, por vía de consecuencia, de la dignidad connatural al hombre y de sus derechos esenciales.

Por eso no oculto que en la base de mi pensamiento jurídico se encuentra la *ley eterna,* a través de la cual "desde su eternidad Dios pone orden en los seres materiales y en el ser espiritual del hombre" [1]. Esa ordenación —como explica Monseñor Derisi— Dios la comunica a sus creaturas por la *Ley Natural,* impresa en su naturaleza y que el hombre conoce por medio de su inteligencia. El *Derecho natural* es uno de sus capítulos más relevantes y tiene por objeto el *obligar* a dar a cada uno lo suyo [2]. Finalmente, la *ley positiva* que sancionan los hombres no tiene otra vigencia o fuerza moral obligatoria que la que viene de constituirse en una determinación histórica del Derecho Natural [3]. Por ello enseña el Dr. Angélico en su *Suma Teológica* que "todas las leyes en cuanto participan de la recta razón, en tanto se derivan de la ley eterna" [4]. Agrega Derisi que "porque el derecho positivo se funda y alimenta de la obligación mo-

1 OCTAVIO NICOLÁS DERISI, *Los fundamentos metafísicos del orden moral,* Editorial El Derecho, Buenos Aires, 1980, p. 251.
2 Idem, p. 259.
3 Idem, p. 260.
4 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica,* traducida por el R. P. Manuel Mendía, Madrid, Moya y Plaza Editores, 1881, I-II, 93, 3, p. 615.

ral del Derecho Natural, cuando se opone a este Derecho Natural pierde su fundamento moral y su consiguiente vigencia y obligación de ser acatado" [5]. Como lo expresa con claridad Santo Tomás, "en cuanto (la ley humana) se separa de la razón, dícese ley inicua, y no tiene carácter de ley, sino más bien de cierta violencia" [6]. En otras palabras, el derecho positivo, en la perspectiva jusnaturalista, pierde su vigencia jurídica, deja de ser derecho, cuando se opone abiertamente a la justicia. Más que de derecho injusto —advierte Derisi— debe hablarse de un derecho inexistente o de "corrupción de la ley".

El tema de la oportunidad y legitimidad de la desobediencia, activa o pasiva, o de la conveniencia de soportar prudencialmente una ley inicua, así como todo lo concerniente a la forma cómo la Historia y la Cultura condicionan el campo propio del legislador humano, remite al examen de otras cuestiones que están más allá de esta exposición. Baste afirmar que en la perspectiva jusnaturalista toda ley positiva puede y debe ser objeto de una exégesis que determine, en primer lugar, si vulnera algún parámetro de la ley natural. El jusnaturalismo opera así como una garantía frente a cualquier extralimitación estatal. Fue el olvido, el desconocimiento o el rechazo de este enfoque lo que en el siglo xx abrió las puertas a los desbordes totalitarios precisamente porque en sus presupuestos figuraban enfoques inmanentistas, negadores de Dios y de todo orden natural objetivo. Y ya que tengo que hablar de la muerte frente al derecho, señalo, con Zbigniew Brzezinski [7], que ese extravío práctico, a nivel planetario, justifica que la presente centuria sea considerada "el siglo de las megamuertes".

No me parece exagerado el rótulo que pone a nuestra época el autor de *El Gran Fracaso* [8], en el que efectuó un

5 OCTAVIO N. DERISI, op. cit., p. 261.

6 SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., I-II, 93, 3, p. 615.

7 ZBIGNIEW BRZEZINSKI, *Out of Control*, cit. por Emilio J. Cárdenas en "A propósito de mi primer 'Seder' ", "La Prensa", 8-4-1993.

8 ZBIGNIEW BRZEZINSKI, *El gran fracaso*, Javier Vergara, Editor, Buenos Aires, 1989.

detallado inventario que eleva a aproximadamente 50 millones de muertos el costo en vidas humanas del experimento bolchevique. No menos escalofriantes son las cuentas del racismo germano. Baste recordar que la eliminación de 300.000 minusválidos y de supuestas "vidas humanas sin valor", de 6.000.000 de hebreos y de 800.000 gitanos, durante el régimen de Hitler, se cumplió con adecuación a "leyes eugenésicas" que, en rigor, eran sólo iniquidades con forma de normas.

El siglo XX se nos presenta así como una extraña paradoja. Por un lado, la afirmación de los derechos humanos ha alcanzado nivel planetario. Y por otro, nunca la muerte de personas inocentes había sido prodigada en la Historia con tanta desaprensión. Brzezinski arriesga la cifra de 170 millones de muertos, víctimas de las guerras, el totalitarismo o el genocidio.

Este humanicidio cósmico no se habría producido si los hombres no hubieran extraviado la genuina visión del derecho, recibida de griegos, romanos, judíos y cristianos, y no hubieran llevado hasta extremos apocalípticos el pecado de soberbia, pretendiendo erigirse en supremos y absolutos creadores de normas negadoras de Dios y del orden natural.

El Derecho argentino

La República Argentina, desde sus orígenes históricos, se encuentra indisolublemente unida a la tradición jusnaturalista de inspiración cristiana. Al adherir al constitucionalismo, lo hizo descartando las versiones racionalistas, voluntaristas o iluministas del jusnaturalismo [9], para optar

9 Ver: OCTAVIO N. DERISI, op. cit.; TOMÁS D. CASARES, *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, 1945; JOSÉ CORTS GRAU, *Curso de Derecho Natural*, Madrid, 1953; GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La historicidad del hombre, del derecho y del Estado*, Buenos Aires, 1965; MANUEL V. ORDÓÑEZ, *El derecho natural*, en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", Nº 15; FEDERICO TORRES LACROZE, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1967.

por la corriente que reconoce a Dios como fuente de toda razón y justicia. Así lo proclama el Preámbulo de nuestra Constitución histórica, consagrando su texto, de modo explícito o implícito, derechos esenciales cuya vigencia no puede ser alterada por las leyes que los reglamenten. Sarmiento, al postular en la Convención de 1860 la incorporación al texto constitucional del art. 33, precisó que los principios que sirven de base a los derechos fundamentales del hombre *son superiores a la Constitución*. En igual sentido se expresó en dicha Asamblea Vélez Sársfield, sosteniendo que tales derechos *son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley y a todo cuerpo legislativo, y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución* [10]. Igual enfoque jusnaturalista adoptó, diez años después, Bartolomé Mitre, al manifestar en la convención porteña de 1870 que *hay derechos superiores y anteriores a toda constitución escrita, que no se inscriben ni se borran nunca* [11].

Resulta, pues, forzado, pretender agotar el derecho argentino en el marco de la legislación positiva. Los autores de la Constitución no pretendieron crear los derechos que proclamaban. Como lo explica Bidart Campos, los reconocían como naturales, "o sea, exigidos por la justicia en forma tal que la normatividad constitucional sólo los reconoce, los constata, los positiviza, en cuanto encierran un valor, un deber ideal: no nacen del texto estatal, ni de la voluntad de los constituyentes" [12].

Como debo referirme a la muerte, no puedo menos que recordar a su presupuesto, que es la vida, en particular, la vida inocente. Dejo, por ello, ahora a un costado otras hipótesis de significación jurídica en las que se *muere* y se *mata*, como la guerra, regulada por el Derecho de Gentes —que es parte del Derecho Natural— y el Derecho Inter-

10 Asambleas Constituyentes Argentinas, Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad de Buenos Aires, 1937, t. V, pp. 702 y 705.

11 Cit. por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, t. II, p. 98, Buenos Aires, 1966.

12 Ver: ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, Capítulo, *Fundamentos del derecho a nacer*, en el volumen *El derecho a nacer*, p. 15, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

nacional Público, cuyas normas forman parte del derecho positivo. Tampoco me ocuparé de la legítima defensa, contemplada en el art. 34, inc. 6º del Código Penal y considerada por Santo Tomás como aplicación del "principio del doble efecto" [13]. Finalmente, dejo también de lado el tema de la pena de muerte, que el reciente Catecismo de la Iglesia Católica admite para hipótesis de extrema gravedad, y la cuestión derivada del derecho que tiene la autoridad pública de rechazar por medio de las armas a los agresores de la sociedad, tal como lo destaca el mismo documento romano [14].

Quiero limitarme, en esta exposición, a comentar ciertos aspectos jurídicos del comienzo de la vida y del momento de la muerte, y a precisar el sentido y alcance de la *prohibición de matar de modo directo* a cualquier persona inocente [15].

La legislación argentina

La Constitución Nacional, precisamente porque positiviza criterios básicos del derecho natural, ampara la vida inocente y proscribe todo pretenso "derecho a matar". Bidart Campos lo explica claramente cuando señala que "toda autorización legal o infralegal para privar de la vida ofende a la Constitución, en cuyo art. 33 (de los derechos implícitos) se aloja sin lugar a duda el derecho a la vida, porque sin vida humana no se puede gozar ni ejercer ningún otro derecho" [16]. Como lo sostiene Gregorio Badeni en un libro reciente [17], una interpretación finalista, sistemática y diná-

13 SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., II-II, 64, 7, p. 408.

14 Catecismo de la Iglesia Católica, versión oficial en español, Asociación de Editores del Catecismo de la Iglesia Católica, Madrid, 1993, Nos. 2263/2267.

15 Ver: Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción "Donum vitae", intr. 5, cit. en Catecismo de la Iglesia Católica, op. cit., Nº 2258.

16 GERMÁN J. BIDART CAMPOS, Comentario a fallo Nº 40.831, publicado en "El Derecho", 17-6-1988, p. 7.

17 GREGORIO BADENI, Capítulo, *El derecho constitucional a la vida*, en el volumen cit. *El derecho a nacer*, p. 31.

mica de los preceptos de la Ley Fundamental obliga a reconocer que el derecho a la vida integra el concepto de "hombre" al que se refiere el articulado del texto constitucional. "Sin vida —subraya Badeni— no existe el hombre, ni la libertad y dignidad que le garantiza el texto constitucional. *Sin el amplio reconocimiento del derecho natural de vivir no existe una Constitución personalista*".

La implícita declaración del texto constitucional adquiere carácter explícito en la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" suscripta en Puerto Rico el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por el Congreso mediante la ley 23.054. Con arreglo, pues, al art. 31 de la Constitución dicha Convención es, desde su vigencia, *ley suprema de la Nación*. Su artículo 4º, apartado 1º, establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida "a partir del momento de la concepción". En igual sentido, el art. 63 del Código Civil reconoce como personas a las que "no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". Con sujeción a elementales principios de hermenéutica constitucional, de los tratados internacionales y de la legislación positiva, y a la aplicación de la regla analógica del art. 16 del Código Civil, la condición de persona debe reconocerse también a quienes fueren concebidos fuera del claustro materno. Unos y otros, de acuerdo con el art. 70 del mismo ordenamiento, pueden adquirir ciertos derechos "como si ya hubiesen nacido". Sabiamente Vélez Sarsfield advierte en la nota al art. 63 que las personas por nacer no son personas futuras porque ya existen desde el momento de la concepción.

Lo expuesto significa que el derecho argentino ha incorporado a su normativa un axioma que el Miembro de la Academia Pontificia de Ciencias, Profesor Jerome Lejeune, describe en los siguientes términos: "tan pronto —dice Lejeune— como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos, está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo". Así —agrega Lejeune— "el nuevo ser empieza a

manifestarse tan pronto como queda concebido" [18]. Añade J. C. Wilke que en la historia del mundo nunca existió, ni existirá jamás, un ser idéntico a éste. Es un ser único que contiene dentro de sí un código genético, completamente programado, y que se mueve activamente hacia una existencia humana adulta. Tiene, bajo cualquier marco, una vida propia, y de ninguna forma es una parte de la madre o del padre. *Nada se añadirá a este ser, entre el momento de la fecundación y el momento de su muerte al llegar a la vejez, excepto el tiempo, la nutrición y el oxígeno. Está ahí en su totalidad, a la espera de recorrer cada una de las etapas del desarrollo*" [19].

El aborto

Como consecuencia de lo expuesto, el primer tema, en orden cronológico, que debemos considerar al referirnos a la muerte frente al derecho es el de la interrupción provocada de la gestación. Ello así porque como lo explica Jean Rostand, Premio Nobel de Biología, "existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre, todo entero, ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero, con todas sus potencialidades... Por lo tanto, *todo aborto es, sin duda, un pequeño asesinato*".

El tema del aborto, en el curso del siglo xx, adquiere dimensiones inmensurables. Me refiero, en primer lugar, al denominado *aborto no convencional*. Eduardo Zubizarreta señala al respecto que hay hoy en el mundo aproximadamente doscientos cincuenta millones de mujeres a las que se les ha colocado un dispositivo intrauterino. Agrega que está científicamente demostrado que hay un promedio anual de dos abortos anteriores a la anidación por cada mujer

[18] Cit. por ARMANDO S. ANDRUET (h.), *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación 'in vitro' en particular*, "El Derecho", t. 127, p. 824.

[19] Dr. y Sra. J. C. WILKE: *Manual sobre el aborto*, Pamplona, EUNSA, 1983, p. 22.

que lleve dicho dispositivo [20]. Por esta vía llegamos a la aterradora cifra de quinientos millones de abortos anteriores a la anidación, a los que debemos sumar los abortos convencionales que algunos calculan en aproximadamente cincuenta millones. ¿Qué juicio definitivo formulará Dios con relación a este contradictorio siglo xx, que enaltece al hombre hasta extremos mitológicos y que al mismo tiempo le niega, como nunca en la historia, el derecho a vivir? Los 170 millones que Zbigniew Brzezinski invoca para calificar la presente centuria como "el siglo de las megamuertes", se vuelven pocos frente al número de abortos convencionales y no convencionales, registrados no en un siglo sino en sólo un año.

No puedo detenerme, por los límites de esta exposición, en la reseña de la legislación comparada, orientada en las últimas décadas hacia la legalización del aborto. Quiero, no obstante, mencionar un caso, porque ha ejercido y continuará ejerciendo un deletéreo influjo sobre las legislaciones y las prácticas de todo el planeta. Me refiero, concretamente, a los Estados Unidos de América, en los que no hubo ninguna regulación federal sobre el aborto hasta el 23 de marzo de 1973. En esa fecha la Corte Suprema dictó sentencia en el célebre caso "Roe vs. Wade". En su pronunciamiento el Alto Tribunal descalificó como inconstitucional una ley estadual que reprimía el aborto no terapéutico. Con arreglo a la doctrina de la sentencia, corresponde a la propia mujer y a su marido decidir por su cuenta y riesgo el aborto durante los tres primeros meses de gestación. Entre el tercero y sexto mes, la autoridad sanitaria intervendrá para que el aborto se practique en las mejores condiciones. A partir del sexto mes de gestación la decisión queda reservada a las autoridades [21].

20 Ver: EDUARDO ZUBIZARRETA: *El derecho a la vida de la persona por nacer*, en el volumen citado, *El derecho a nacer*, p. 37. OLSEN A. GHIRARDI afirma que, sin lugar a dudas, la vida comienza con la concepción, por lo que es inadmisible sostener —como algunos pretenden— que antes de la anidación el embrión es "pre-humano" (*El derecho a la continuidad de la vida*), pp. 46 y 47, Córdoba, 1991.

21 Ver: NICETO BLÁZQUEZ, *El aborto*, Edición B.A.C., Madrid, 1977,

La Conferencia Episcopal de los Estados Unidos calificó la sentencia de la Corte Suprema de *licencia para matar*. Declaró, asimismo, que se trata de un pronunciamiento inmoral, no sólo por atentar contra la vida misma de los inocentes, sino también por las injustas y despóticas atribuciones que el Estado asume y delega en los médicos. Es una decisión —expresan los Obispos— que desafía todos los derechos divinos y humanos, por lo que se pide a los ciudadanos *desobediencia formal* a la autoridad y poner todas sus fuerzas al servicio de una campaña abierta y eficaz contra tan injusto decisorio [22].

Los presidentes Reagan y Bush procuraron una modificación del criterio abortista de la Corte Americana a través de la designación de jueces comprometidos con la defensa del derecho a la vida. No les alcanzaron, empero, los doce años de sus mandatos para lograr esa anhelada modificación jurisprudencial. Las perspectivas, a partir de la asunción del presidente Clinton, son inquietantes. Precisamente, al conmemorar los 20 años de "Roe vs. Wade" adoptó medidas tendientes a eliminar restricciones impuestas a la práctica del aborto por el presidente Reagan y "autorizó el uso de fetos abortados para investigaciones médicas" [23]. "Nuestra visión —sostuvo Clinton— debe ser la de unos Estados Unidos donde el aborto sea seguro y legal, pero poco común". Lamentablemente la realidad ya ha desmentido tan ingenuo pronóstico. El aborto, a partir de su legalización, ha aumentado en forma geométrica. Con la experiencia de los diez años transcurridos desde la sentencia de "Roe vs. Wade", el presidente Reagan declaró en 1983 que en los Estados Unidos, durante ese período, habían muerto quince millones de personas por nacer, una cifra superior a la nómina de

p. 52. El mal ejemplo americano ha sido seguido por el Tribunal Supremo de Canadá en la sentencia del 28 de enero de 1988 ("Dr. Henry Morgentaler c/ la Reina"). El Tribunal de Otawa, por mayoría de cinco votos contra dos, fundó el "derecho a matar" en el derecho a la seguridad de la persona... Ver: FERNANDO MIGNONE, *Los grupos pro vida emprenden la batalla. El debate sobre el aborto en Canadá*, en "ASD Prensa", año IV, edición semanal, Nº 94, 30-11-88.

22 NICETO BLAZQUEZ, ob. cit., p. 52.

23 Ver: "La Prensa", 23-1-92, primera sección, p. 3.

caídos en todas las guerras internas y externas mantenidas por el gran país del Norte. El promedio oficial es, pues, alucinante: aproximadamente 4.500 abortos diarios y tiende a incrementarse.

En cuanto a la experimentación fetal que cuenta ahora con el auspicio de Clinton, las perspectivas son tenebrosas. La licenciada Susana M. Rini, en el ciclo de conferencias sobre procreación artificial y experimentación fetal desarrollado en Caracas, en mayo de 1989, hizo una reseña de los pasos cumplidos por investigadores americanos en los últimos años, con menosprecio total de la vida y dignidad de personas concebidas y con el aplauso de numerosos integrantes de la comunidad médica. Explicó cómo en el Hospital George Washington se practicaron abortos con bebés de siete meses de gestación para experimentar con placentas artificiales. Cuando se consideró suficiente la información recibida, se interrumpieron los circuitos y los bebés murieron. Lo notable es que el médico responsable de la investigación fue premiado por la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de los Estados Unidos. El segundo grupo de "científicos" que practicó la llamada "experimentación fetal" fue el de los genetistas. Su objeto fue el diagnóstico precoz de enfermedades o malformaciones para "liberarse" de los discapacitados antes de su nacimiento. Los experimentos neuronales constituyeron el tercer grupo de investigaciones practicadas en personas por nacer. Omito los detalles pero advierto que son verdaderamente impresionantes. No puedo, empero, callar el último capítulo de la experimentación fetal. Me refiero al trasplante de células fetales para el tratamiento de la enfermedad de Parkinson. Para que esta incalificable terapéutica produzca resultados apreciables, deben implantarse en el mesencéfalo gran número de células provenientes de 8 a 12 fetos de 8 a 10 semanas de edad por paciente trasplantado. Los fetos abortados por procedimientos comunes no son idóneos para este "tratamiento". Los que se usan como fuente de células han de extraerse con precauciones especiales para practicarles

la vivisección, con la ayuda de la ecografía y un sistema especial de aspiración [24].

Lo que suscitó espanto a los presidentes Reagan y Bush parece entusiasmar al presidente Clinton. A su juicio, hay que "liberar a la medicina de las trabas de la política" [25]. En rigor, lo que está promoviendo es el divorcio absoluto entre la moral y el derecho, acentuando así, respecto de la vida inocente, lo que Juan Pablo II ha denominado una "hecatombe silenciosa".

Nada de lo expuesto es todavía teóricamente posible en la República Argentina. La persona por nacer está penalmente protegida en el capítulo del Código reservado para los "Delitos contra la vida". Los arts. 85/88 reprimen con diversas penas el aborto provocado según mediare o no el consentimiento de la mujer, según ésta falleciere o no como consecuencia de la interrupción de la gestación, o según se produjere o no ese resultado letal en forma preterintencional. Los profesionales del arte de curar tienen pena de inhabilitación especial. Media, empero, una causal de no punibilidad en ciertos casos denominados terapéuticos, eugenésicos y sentimentales, contemplados en el art. 86, segundo párrafo, del Código Penal [26].

Germán J. Bidart Campos, al comentar la sentencia de un juez de instrucción que declaró la inconstitucionalidad del art. 86, segundo párrafo, inciso 2º del Código Penal, y denegó la autorización solicitada para que se practicara un aborto, coincidió con el criterio expuesto por el magistrado interviniente. A juicio de dicho autor, la norma en controversia vulnera, en primer término, el derecho a la vida, y, en segundo lugar, el derecho a la igualdad entre todas las personas concebidas [27].

24 ANTONIO PARDO, *¿Programar abortos para trasplantes? El trasplante de células fetales para el tratamiento de la enfermedad de Parkinson*, en "ASD Prensa", año IX, Edición Nº 300, 15-3-1993.

25 "La Prensa", 24-1-93, primera sección, p. 2.

26 Ver: LUCAS J. LENNON, Capítulo, *La protección penal de la persona por nacer*, en el volumen *El derecho a nacer*, p. 61.

27 GERMÁN J. BIDART CAMPOS, comentario citado en nota 16.

Señalo, no obstante, que a pesar de esas excusas absolutorias que agravian el Derecho natural y desconocen derechos consagrados en la Constitución y en el Pacto de San José de Costa Rica, la legislación penal argentina no es, respecto al aborto, en líneas generales, de carácter permisivo. Son varios, no obstante, los intentos de alterarla a través del aborto sentimental, para avanzar seguramente después hacia la desincriminación general que tanto espanta a Juan Pablo II. "Abiertas las puertas a la muerte —ha dicho el Papa— ¿quién las podrá cerrar?"

La destrucción de embriones

La ingeniería genética abre hoy posibilidades no imaginadas hasta hace pocos años. Su aplicación, sin embargo, al campo de la generación humana, está sujeta a normas objetivas y trascendentes que no pueden ni deben ser vulneradas. No obstante, el extravío generalizado, a nivel planetario, de la conciencia moral, ha inducido a la aceptación por determinados sectores de criterios y medios que se encuentran reñidos con elementales principios del Derecho Natural y que vulneran ordenamientos positivos como la Constitución Nacional, el Pacto de San José de Costa Rica y el Código Civil.

No voy a detenerme en este tema. Sólo quiero subrayar que toda persona concebida, dentro o fuera del claustro materno, tiene derecho a la vida y que —como lo advirtió claramente Pío XII— *nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente* [28].

No tengo dudas en el sentido de que la fecundación in vitro, por las razones que ha expuesto el Cardenal Joseph

28 PÍO XII, Discurso a la Unión Médico Biológica "San Lucas", 12-11-1944, cit. por el Cardenal Joseph Ratzinger, *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, Ediciones Paulinas, Buenos Aires, 1987, p. 15.

Ratzinger [29], es en sí misma inmoral. No es éste, empero, el punto de vista que quiero desarrollar en esta breve disertación. Debo ceñirme al plano del Derecho, íntimamente vinculado al ámbito de las competencias que son privativas de la autoridad pública para la consecución del bien común. Porque la matanza de embriones es un tema que excede los límites de la intimidad de la conciencia y se proyecta con perfiles sombríos hacia el campo jurídico. Como lo expresó el presidente Reagan en su célebre debate con Mondale, *el homicidio nunca es una cuestión privada.*

En el Derecho argentino la muerte directa inferida a una persona concebida in vitro *es siempre antijurídica.* No podría ser de otra forma atento la orientación jusnaturalista de nuestra Constitución histórica. Resulta así nítido que "el derecho inviolable de todo individuo humano inocente a la vida es —como advierte Ratzinger— un elemento constitutivo de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico" [29]. El embrión —todo embrión— tiene derechos inalienables que derivan de la ley natural y cuya existencia no depende de su reconocimiento por la legislación. Roberto L. Andorno ha hecho una prolija enumeración de los mismos [30]: 1º) Derecho a no ser discriminado por razones de enfermedades o deficiencias físicas. 2º) Derecho a no ser objeto de experimentación. 3º) Derecho a la propia identidad genética. 4º) Derecho a ser transferido de inmediato al útero de su madre biológica y 5º) Derecho a no ser innecesariamente congelado. En otras palabras, derecho a la vida y a no ser muerto con pretextos de investigación o eugenésicos, como si fueran meros objetos y no sujetos titulares de derechos.

El legislador humano no debe permanecer indiferente ante un método que tiende a obtener embriones humanos que —según el cálculo expuesto por el Dr. Leonardo Mc Lean en su conferencia de incorporación a la Academia de

29 Cardenal JOSEPH RATZINGER, op. cit., p. 44.

30 ROBERTO L. ANDORNO: *El derecho a la vida: ¿cuándo comienza? (A propósito de la fecundación "in vitro")*, "El Derecho", t. 131, pp. 909/910.

Ciencias Morales y Políticas– están destinados a morir en un porcentaje que oscila, en grandes números, entre el 60 y el 80 por ciento [31].

Las aberraciones que el ingenio humano puede imaginar y ahora realizar son alucinantes y muestran los extremos a los que se puede llegar cuando se prescinde del orden natural. Baste recordar, por ejemplo, el caso de los investigadores que solicitaron autorización al Consejo Superior de Sanidad de la Gran Bretaña para trasplantar embriones humanos a hembras de cerdo o de conejo. No menos escalofriantes son los intentos de obtener fecundaciones entre diferentes especies [32].

Para comprobar el nivel de desaprensión frente a la vida y la muerte de la persona concebida que predomina en algunos niveles de investigación, resulta ilustrativo recordar un informe del Profesor Edwards –pionero mundial de los programas FIVET– en el que reconoce que algunos laboratorios recogen ciertos óvulos y los fertilizan *in vitro* sin intención de transferirlos a ningún útero. "Son usados –agrega Edwards– *únicamente* para fines de investigación, para estudios de observación y experimentación. Estos embriones no son los embriones de reserva de las clínicas que tratan la infertilidad a través de la concepción in vitro, porque se utilizan de manera semejante a los embriones de animales usados en la investigación" [33]. Los comentarios huelgan. El informe de Edwards, representativo de una mentalidad humanicida que hoy tiene muchos prosélitos, es cabal expresión de la *anomia moral* que predomina en ciertos círculos científicos.

Joseph Ratzinger señala, en su *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente,* que la protección que

31 LEONARDO MC LEAN, *Dignidad humana y ética médica,* en "Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas", t. XVI, parte I, p. 411. Armando S. Andruet (h.) eleva el porcentaje al 86 %, op. cit., "El Derecho", t. 127, p. 830.

32 ARMANDO S. ANDRUET (h.), op. cit., "El Derecho", t. 127, p. 806.

33 R. EDWARDS, *The ethical, scientific and medical implications of human conception in vitro,* cit. por Armando S. Andruet (h.), op. cit., "El Derecho", t. 127, p. 806.

el Estado debe garantizar a toda persona concebida "exige que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos. La ley no podrá tolerar —es más, deberá prohibir explícitamente— que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos, con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente" [34].

El Código Penal Argentino, sancionado en 1921, obviamente no contiene disposiciones que repriman la destrucción de embriones. José Ignacio Cafferata, en un importante trabajo publicado en "El Derecho" [35], sostiene que, "cuando se destruyen los embriones antes de ser implantados, ya sea porque son sobrantes, no tienen determinadas condiciones de viabilidad, o han sido objeto de experimentación, es una vida la que se troncha y, por tanto, lo que se ha producido es un aborto incriminado por la ley". Lamento discrepar con su tesis. Me inclino hacia la posición de Roberto Terán Lomas [36], Jorge Mazzinghi [37] y Lucas J. Lennon [38], quienes coinciden en la necesidad de formular un nuevo tipo penal. Como lo explica con claridad Lisardo Novillo Saravia [39], es menester una norma específica porque en Derecho Penal está proscripta toda interpretación analógica o extensiva [40]. Pienso, por ello, que el principio de legalidad, consagrado en el art. 18 de la Constitución, im-

34 Cardenal JOSEPH RATZINGER, Instrucción cit. pp. 53/54. Ver: Catecismo de la Iglesia Católica, op. cit. Nº 2275.

35 JOSÉ IGNACIO CAFFERATA, *Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino*, "El Derecho", t. 130, p. 749.

36 ROBERTO M. TERÁN LOMAS, *Derecho penal*, parte especial, t. 3, p. 387, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

37 JORGE MAZZINGHI, *Breve reflexión sobre la fecundación "in vitro"*, "La Ley", 1978-C-993.

38 LUCAS J. LENNON, op. cit., p. 69.

39 LISARDO NOVILLO SARAVIA, *Procreación asistida*, separata de "Anales del Cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Córdoba, 1991, p. 205.

40 LISARDO NOVILLO SARAVIA funda acertadamente su criterio adverso a toda interpretación analógica en Derecho Penal en RICARDO C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, p. 110; SEBASTIÁN SOLER, t. I, p. 145; "Fallos" de la Corte Suprema, t. 137, p. 425; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, p. 210.

pide aplicar la tesis de Cafferata. En consecuencia, parece ineludible que el Congreso deba sancionar una ley que otorgue protección penal a la vida concebida in vitro. Me inquieta, empero, que bajo el influjo de una difundida "mentalidad abortista" [41], se procure sancionar un ordenamiento que —como acontece ya en varios proyectos presentados en el Congreso— en lugar de amparar la vida se pretenda legalizar un nuevo "derecho a matar", como en las hipótesis del art. 86, segundo párrafo, del Código Penal. Si así ocurriere, la ley que se sancionare será inconstitucional por vulnerar la Ley Fundamental y el Pacto de San José de Costa Rica.

El momento de la muerte

El art. 103 del Código Civil declara que "termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas". El fin de la existencia de las personas físicas fue claramente concebido por el codificador como un instante a partir del cual se operaban significativas consecuencias jurídicas. "La muerte —dice Vélez Sarsfield en la nota al artículo 3282—, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante".

De modo implícito la legislación, desde el punto de vista biológico, se ajustó al tradicional concepto de muerte definido por Bichat: "es la detención funcional del sistema nervioso, de la circulación, de la respiración y de la temperatura" [42]. Los conceptos de "muerte legal" y "muerte real" fueron así coincidentes sin controversia alguna. Se sancionaron en nuestro país normas nacionales, provinciales y municipales que regularon todo lo concerniente a la inhumación de las personas fallecidas. En la ciudad de Buenos Aires, por citar un ejemplo, el sepelio no puede —en prin-

41 Cardenal JOSEPH RATZINGER, *Instrucción*, cit., p. 30.

42 Cit. por CARLOS H. VIDAL TAQUINI, *Muerte real y muerte clínica*, "La Ley", 1980-C, Secc. Doctrina, p. 1066.

cipio— realizarse antes de las 12 horas siguientes a la muerte ni después de las 36 horas de producida la misma [43]. Además, el art. 57 del decreto-ley 8204/63, estableció los requisitos que debía reunir el certificado de defunción, otorgado por el médico que asistió al difunto u otro requerido al efecto, figurando entre ellos la causa de la muerte, y el lugar, día, hora, mes y año en que acaeció [44].

El tema del momento de la muerte adquirió dimensiones polémicas a partir de los trasplantes de órganos. Se inició de esta forma una controversia que hasta hoy subsiste y que tiene proyecciones teológicas, filosóficas, biológicas y jurídicas.

En esta ardua cuestión los juristas, obviamente, no podemos decir la última palabra. Porque el instante de la muerte no puede ser precisado por teólogos ni filósofos. Tampoco por los graduados en ciencias jurídicas. Como lo señaló Pío XII en un célebre discurso del 24 de noviembre de 1957, "corresponde al médico dar una definición clara de la muerte y del momento de la muerte". Por supuesto, esa definición no podrá realizarse con criterio utilitarista y pragmático sino con sujeción a rigurosos principios deontológicos que derivan de la ley natural y que la ciencia médica no debe vulnerar.

Los teólogos se mantendrán en la definición según la cual la muerte es la separación del alma y el cuerpo. Los filósofos podrán afirmar que "la muerte es el cese total y permanente de la actividad espontánea de un organismo como totalidad" [45]. Y los juristas aguardaremos la definición de los biólogos y médicos. No estaremos, empero, dispuestos a convalidar ningún criterio médico, ni siquiera en el caso de que sea recogido por la ley positiva, que vulnere el derecho a la vida que se funda en el derecho natural y que en la Argentina se encuentra consagrado implícita-

43 Ver: JOSÉ W. TOBÍAS, *Fin de la existencia de las personas físicas*, p. 22, Astrea, Buenos Aires, 1988.

44 Ver: CARLOS H. VIDAL TAQUINI, op. cit. p. 1069.

45 Ver: WALTER G. JEFFKO, *Para una nueva definición de la muerte*, en Revista "Criterio", Nº 1832, 27-3-80.

mente en la Constitución Nacional y explícitamente en el Pacto de San José de Costa Rica, hoy ley suprema de la Nación.

Este es el punto de partida que quiero poner de resalto en un tema tan resbaladizo como el de la muerte a partir de la sanción de las leyes de trasplantes 21.541, 23.464, 23.885 y 24.193, y de los decretos reglamentarios 3011/77, 2437/91 y 928/92.

Me adelanto a declarar que la donación de partes del propio cuerpo es una conducta noble y generosa. Juan Pablo II ha expresado, el 20 de junio de 1991, que "debemos alegrarnos de que *la medicina, en su servicio a la vida, haya encontrado en el trasplante de órganos un nuevo modo de servir a la familia humana,* precisamente salvaguardando el bien fundamental de la persona". Agrega, no obstante, el Sumo Pontífice, en el mismo discurso dirigido a los participantes de un congreso sobre trasplantes de órganos, que "este desarrollo espléndido no carece, por supuesto, de su lado negativo. Aun hay mucho que aprender a través de la investigación y la experiencia clínica; *existen muchas cuestiones de índole ética, legal y social que requieren mayor y más amplia profundización e investigación.* Existen, incluso —advierte el Papa—, *abusos vergonzosos que exigen una acción determinada por parte de las asociaciones médicas y las sociedades de donantes, sobre todo por parte de los organismos legislativos competentes*".

La legislación positiva puede regular la ablación de una víscera impar y vital, como el corazón, para su trasplante, en tanto provenga de una persona muerta, es decir, de un cadáver. Nunca de un moribundo. En consecuencia, cualquier ordenamiento que se sancionare desconociendo este principio básico estaría viciado de manifiesta inconstitucionalidad.

El debate en nuestro país, a partir de la sanción de la ley 21.541, ha motivado numerosas publicaciones cuya lectura suscita perplejidad y demuestra que la polémica no se encuentra agotada. La muerte, como lo expresa el Concilio

Vaticano II, continúa siendo en nuestro tiempo "el máximo enigma de la humanidad" [46]. Así se explica que un gran filósofo argentino, Jorge L. García Venturini, que dedicó sus últimas reflexiones precisamente al tema antropológico de los trasplantes, haya llegado a la frustrante conclusión de que "a pesar de los fabulosos progresos científicos y técnicos, no sabemos cuándo un hombre está muerto" [47]. Se habla así ahora de muerte absoluta o relativa, aparente o real, parcial o total, clínica, molecular, biológica, somática, física, psíquica, funcional, espiritual, social, metabólica, sistemática, legal, cortical, cerebral, encefálica. En fin, como para que los juristas quedemos sumidos en un angustiante desconcierto [48].

Los fundamentos de la ley 21.541 no fueron, precisamente, tranquilizadores. En ellos se expresa que el nuevo texto adhiere "a la concepción de la muerte como proceso y a la validez del concepto de que por irreversible, tan válido resulta admitir su comienzo como su conclusión y por ende, establecido ese comienzo mediante la comprobación simultánea de ciertos signos, resulta lícito resolver la disposición del cadáver" [49]. Roberto Terán Lomas, al comentar este texto, advierte sobre su sentido equívoco porque podría interpretarse que si se admite como muerte el comienzo del proceso, y no su terminación, ello podría significar que el "donante no es un muerto sino un moribundo" [50]. Con igual sentido crítico, los doctores Avelino Do Pico, Jorge A. Riu, Lydia Cortecci y María Elena Bellani, sostienen que desde el punto de vista médico legal o jurídico, la muerte es "un instante, un momento", y no un "proceso", como se afirma en los fundamentos de la ley

46 Ver: Padre MANUEL DABÓN M. I., *Sentido de la muerte,* en "Iatria" (Revista del Consorcio de Médicos Católicos), año 49, diciembre 1978, Nº 170, p. 43.

47 JORGE L. GARCÍA VENTURINI, *Los trasplantes y el problema antropológico,* "La Prensa", 30-4-1977. Ver también del mismo autor, *Interrogante antropológico ante los trasplantes,* "La Nación", 20-7-1981.

48 Ver: ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, op. cit., p. 363.

49 "Anales de Legislación Argentina", t. XXXVII-A, p. 149.

50 TERÁN LOMAS, op. cit., p. 364.

21.541. Agregan que "la persona está viva y goza de sus derechos civiles, o está muerta y no goza de ninguno de ellos, al dejar de ser persona y transformarse en un cadáver. El médico —dicen— no puede informarle al juez que el examinado está 'medio vivo' o 'medio muerto' ". A criterio de estos autores, acaecida la muerte, el instante de la muerte, recién aparece el "proceso de la muerte" o "muerte biológica", donde "empiezan a actuar fenómenos físicos, químicos y microbianos". "Es la muerte de las células que componen los tejidos y las que van a dar lugar a los signos mediatos de la muerte" [51].

El art. 21 de la ley 21.541 es el que suscitó mayor controversia al consagrar el concepto de "muerte cerebral" certificada "exclusivamente a los fines de los trasplantes" por un equipo formado por un clínico, un neurólogo o neurocirujano y un cardiólogo. A raíz de que algunos interpretaron "muerte cerebral" como sinónimo de "muerte cortical", es decir, cuando su neocortex y no todo su encéfalo haya cesado de funcionar [52], la ley 23.464 modificó el texto del artículo 21. De acuerdo con la nueva definición legal, "el fallecimiento de una persona por la cesación total e irreversible de las funciones encefálicas cuando hubiese asistencia mecánica, será verificado por un equipo médico" [53]. A juicio de José W. Tobías, la nueva redacción significa que para certificar la muerte se requiere la comprobación del cese total e irreversible no sólo de las funciones superiores sino también de las funciones vegetativas. Agrega que la expresión usada por la ley 23.464 es equívoca, pero debe interpretarse que para certificar la muerte se requiere la comprobación del cese natural de las tres funciones vitales y no exclusivamente de las superiores [54].

51 AVELINO DO PICO, JORGE A. RIU, LYDIA CORTECCI y MARÍA ELENA BELLANI, *La certificación de la muerte ante la ley de trasplantes (art. 21 de la reglamentación de la ley 21.541). Objeciones médico legales*, en "La Ley", t. 1982-D, Sec. Doctrina, p. 742.

52 Ver: WALTER JEFFKO, op. cit., p. 137.

53 "Anales de Legislación Argentina", XLVII, p. 99.

54 JOSÉ W. TOBÍAS, op. cit., p. 30.

El criterio para certificar la muerte fue nuevamente ajustado en la redacción de la vigente ley 24.193.

Su art. 23 declara que el fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo, durante seis horas, los siguientes signos: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constataciones de pupilas fijas no reactivas, y d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas. Agrega la norma que la verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible.

La polémica continuó luego de la sanción de la ley 23.464 y seguramente seguirá después de promulgada la reciente ley 24.193.

La Academia Nacional de Medicina, *antes* de la sanción de las leyes de trasplante, dictaminó unánimemente en plenario que la muerte es la cesación irreversible de un sistema o aparato vital que, en forma gradual y progresiva, va abarcando el resto de los otros aparatos o sistemas y en los que resulta ineficaz la aplicación de medidas de reanimación. De valor son los signos de silencio cardíaco (auscultación), los vasculares (pulso ausente), el electrocardiograma, el electroencefalograma ("chato"). Son los signos —dijo el cuerpo— más o menos ciertos y primeros de muerte irreversible en su conjunto. Eso es necesario y hasta indispensable, pues puede ser una muerte aparente o la agonía, y su confusión comportaría la extirpación del corazón de una persona aún con vida. La responsabilidad —finalizó la Academia— es pues enorme y en ella juegan la ciencia y la conciencia del cirujano" [55]. Ignoro cuál es el criterio actual de la corporación, pero lo cierto es que el art. 21 de la reglamentación vigente no recogió todos los signos señalados en el dictamen.

55 Ver: "La Prensa", 6-12-1968, citado por JORGE A. VALERGA ARÁOZ, *Antecedentes y opiniones acerca de la muerte cerebral definida por la ley 21.541 de trasplantes de órganos*, "La Ley", 20-11-1980, p. 2.

Después de sancionada la ley 21.541 se reunió, en el mes de agosto de 1978, el Congreso Argentino Deontológico de Medicina Psico-Social. El panel que presidió el Dr. Andrés Santas, coordinó el Dr. Jorge Berra, e integraron los doctores Carlos A. Carranza Casares, Luis María Baliña, Celes Cárcamo, Avelino Do Pico, Roberto Dabusti y el Padre Manuel Dabon, aprobó varias conclusiones en las que se sostiene que "La muerte desde el punto de vista jurídico es un 'momento' que no puede quedar librado al criterio personal de cada médico. Un individuo recién está jurídicamente muerto cuando tiene el paro cardíaco y respiratorio en forma total, definitiva e irreversible. La muerte cerebral, encefálica, del tronco cerebral o 'clínica', es una muerte utilitaria". Agrega el panel que "la ley de trasplantes, en su artículo 21, autoriza la extracción del corazón cuando aún no ha dejado de latir, es decir, en un agónico. Esta extracción y la consiguiente muerte de seres que han dejado de tener valor social, como los que presentan muerte cerebral, debe ser considerada como delito de homicidio" [56].

Muy crítica es también la posición del Profesor Héctor Enrique Mosso quien, en un estudio titulado *Ciencia, conciencia y trasplante cardíaco*, expresa su opinión coincidente con la del Profesor R. Ciafardo en el sentido de que "la extracción del corazón latiendo constituye homicidio" [57]. Similar es la opinión vertida por Emilio Bonet en su *Tratado de Medicina Legal* en el que sostiene que una persona sólo "en estado de silencio cerebral no es un cadáver real" si la circulación se mantiene. Se trata –agrega– de un "cadáver ficticio" [58]. Análoga fue la opinión sustentada por el Dr. Pedro Cossio [59].

56 Congreso Argentino Deontológico de Medicina Psico Social. Conclusiones sobre eutanasia. "Iatria" (Revista del Consorcio de Médicos Católicos), año 49, diciembre 1978, Nº 170, p. 3.

57 HÉCTOR ENRIQUE MOSSO, *Ciencia, conciencia y trasplante cardíaco*, Revista "Gladius", año 7, Nº 20, 1991, pp. 89/90. Ver: R. CIAFARDO, *El diagnóstico médico legal de la muerte*, Prensa Médica Argentina, 56:1517, 1969.

58 Cit. por HÉCTOR ENRIQUE MOSSO, op. cit., p. 95.

59 Cit. por AVELINO DO PICO, JORGE A. RIU, LYDIA CORTECCI y MARÍA ELENA BELLANI en op. cit., "La Ley", t. 1982-D, Sec. Doctrina, p. 749.

Uno de los estudios más críticos sobre la ley de trasplantes es el publicado por el Profesor Avelino Do Pico y otros distinguidos especialistas en medicina legal [60]. Respecto del momento de la muerte afirman con énfasis que "las dos funciones vitales mínimas del ser humano son la respiración y la circulación, y sólo el cese de las dos en forma irreversible y total, son los únicos signos de muerte real o médico legal". Agregan que "los procedimientos mecánicos, para mantener aquéllas, podrían efectuarse una vez certificada la muerte médico legal, al solo objeto de mantener los órganos con vida para efectuar los trasplantes". Señalan, asimismo, que de las pruebas funcionales que menciona el art. 21 de la reglamentación todavía hoy vigente (decreto 3011/77), ninguna de ellas descarta la muerte de los centros cardio encefálicos, es decir, que el cese de la respiración y la muerte de estos centros, de ninguna manera nos certifican que el corazón del enfermo haya dejado de latir dada la posibilidad de pruebas falsas a la atropina. Por ello —subrayan—, desde el punto de vista médico asistencial nos encontramos ante una persona en período agónico" [61].

No puedo evaluar estas opiniones médicas. Simplemente me llenan de zozobra. La legislación en general se orienta de modo creciente hacia la aceptación de la muerte cerebral. A veces, no obstante, en la fundamentación de las reformas, y en la opinión de algunos médicos [62], predominan criterios pragmáticos que no cubren nuestras preocupaciones jurídicas y deontológicas. Lo que los juristas reclamamos es "no la probabilidad, sino la certeza científica de la muerte" [63].

60 Idem, "La Ley", 1982-D, Sec. Doctrina, pp. 741/755.

61 Idem, p. 748.

62 Ver: JOSÉ W. TOBÍAS, op. cit., p. 14 y LUCIO EDUARDO HERRERA, *Justificación legal de la muerte a los fines del trasplante de órganos*, en "La Ley", 13-8-1982, p. 2. Herrera señala que "aún los países que han adoptado con mayor o menor amplitud el concepto de muerte clínica o cerebral, lo han hecho pura y exclusivamente a los fines del trasplante, es decir, para facilitar las operaciones de trasplantes con el mayor margen posible de probabilidad de éxito. Ningún país ha adoptado dicho concepto a los únicos fines de la inhumación o de la transmisión de la herencia".

63 JOSÉ W. TOBÍAS, op. cit., p. 15.

Pedimos a los médicos un "diagnóstico" de muerte y no un pronóstico de muerte inminente [64].

La Pontificia Academia de Ciencias, en declaración que cita el Padre Domingo M. Basso en su libro *Nacer y morir con dignidad,* expresó en octubre de 1985 que "la muerte sobreviene cuando: 1) las funciones espontáneas cardíacas y respiratorias cesaron definitivamente; 2) se verificó una cesación irreversible de toda función cerebral" [65].

¿Las comprobaciones exigidas por el art. 21 del decreto 3011/77, reglamentario de la ley de trasplantes, son suficientes para acreditar el cese espontáneo, definitivo e irreversible de las tres funciones vitales, exigido por la Pontificia Academia de Ciencias? Me declaro incompetente para contestar este interrogante. Sólo los médicos pueden dar una respuesta.

El desconcierto de los hombres de Derecho se acentúa ante algunos diagnósticos erróneos de muerte cerebral. Roberto Terán Lomas cita cinco casos [66], César Delgado Bachman menciona tres [67], y el cardiólogo norteamericano Irwing S. Wright, en una conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Medicina, refiere el caso de un accidentado, con lesiones cerebrales, que fue transferido al Presbyterian Hospital de Chicago como posible cedente. No se le pudo extraer el corazón porque comenzó a exteriorizar signos de vida. Diez semanas después había recobrado el conocimiento. A estos casos podríamos sumar el célebre de Elizabeth Quinlan, que continuó viviendo varios años después de serle desconectado el respirador [68].

64 Idem, p. 15.

65 DOMINGO M. BASSO O.P., *Nacer y morir con dignidad (Estudios de bioética contemporánea),* Consorcio de Médicos Católicos, p. 422, Buenos Aires, 1989. Ver también: Pontificiae Academiae Scientiarum Scripta Varia, *Working Group on the artificial prolongation of life and the determination of de exact moment of death,* october 19-21, 1985, Edited by Carlos Chagas, 1986.

66 ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, *Los trasplantes de órganos ante el Derecho Penal,* "Jurisprudencia Argentina", Serie contemporánea, Doctrina, 1974, p. 745.

67 CÉSAR DELGADO BACHMAN, *Aspecto jurídico del trasplante de órganos,* Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima, Nos. 1, 2 y 3, cit. por Jorge Valerga Aráoz, op. cit., p. 4.

68 "La Prensa", 13-7-69. Ver también: JORGE VALERGA ARÁOZ, op. cit., p. 4.

Por supuesto se podrán formular muchas explicaciones médicas a estos y a otros casos mencionados en la literatura. Pero el asunto continúa siendo inquietante y polémico.

Entre los publicistas argentinos el tema del momento de la muerte y de los trasplantes ha generado una abundante literatura jurídica [69]. No puedo glosarla en esta sintética disertación. Sólo diré, en resumen, que si los ordenamientos vigentes autorizan trasplantes de órganos vitales provenientes de cadáveres, es indudable que el Congreso y el Poder Ejecutivo han actuado en el ámbito de sus atribuciones constitucionales. Pero si tales cuerpos normativos pretenden autorizar la muerte de personas inocentes, de agonizantes que aún no han terminado su existencia temporal, en ese caso carecen de validez constitucional.

Algunos consideran que la ley de trasplantes otorga una causal de justificación para los médicos y demás responsables de un trasplante [70]. Mediaría, en tal caso, ejercicio de un derecho acordado por la ley (art. 34, inc. 4 C. P.). Discrepo con esa interpretación. El trasplante no es antijurídico si se trata de un cadáver. Pero si la persona está viva, no hay ley que pueda conferir un supuesto derecho a matarla. La conducta será siempre antijurídica porque el derecho a la vida tiene jerarquía constitucional. Como lo explica Roberto Terán Lomas en su *Tratado*, si no hay muerte real, la ablación de un corazón puede configurar, según los casos, homicidio culposo (art. 84 C. P.), homicidio doloso (art. 79) o aun un homicidio calificado por alevosía ante el estado de indefensión del "donante" (art. 80, inc. 2º)[71]. Podrá, hipotéticamente, según las modalidades de cada caso, invocarse una causal de inculpabilidad (error de hecho),

69 Además de los trabajos citados en esta disertación puede consultarse la bibliografía que se menciona al final del artículo de los doctores Avelino Do Pico, Jorge A. Riu, Lydia Cortecci y María Elena Bellani, "La Ley", 1982-D, Sec. Doctrina, pp. 753/755 y la que figura como apéndice del artículo del Dr. Héctor Enrique Mosso, Revista "Gladius", Nº 20, pp. 118/120. También es importante la bibliografía que se incluye en el libro del Dr. José W. Tobías, *Fin de la existencia de las personas físicas*, pp. 295/299.

70 Ver: LUCIO EDUARDO HERRERA, op. cit., p. 3.

71 Ver: TERÁN LOMAS, *Derecho Penal*, op. cit., p. 375.

pero nunca una causal de justificación. Porque en el ordenamiento jurídico argentino provocar de modo directo la muerte de una persona inocente constituye siempre una conducta antijurídica.

En síntesis, los juristas necesitamos mayores precisiones médicas para llegar a una conclusión válida sobre el momento de la muerte. El tema es apremiante porque la nueva ley de trasplantes establece en su artículo 62 que, a partir del 1º de enero de 1996, rige una presunción legal, salvo manifestación expresa en contrario, de que media autorización para la ablación de los órganos de todo donante potencial.

La cuestión es deontológicamente acuciante. No es posible sostener que hay jurídicamente dos tipos de muertes, según medie o no la posibilidad de un trasplante [72]. En el texto actualmente vigente se ha suprimido la mención de que la certificación de la muerte cerebral es "exclusivamente" para practicar un trasplante [73]. Sin embargo, en el debate parlamentario, el diputado Echavarría aclaró que subsistían las dos regulaciones: una para la muerte "por la que se libra certificado de defunción. Es la muerte por paro cardiorrespiratorio y falta total de signos vitales". Agregó que "cuando se dice que alguien está muerto es porque no respira, no le late el corazón, no tiene signos vitales, ni le responden los reflejos de ninguna naturaleza". Sostuvo, en cambio, que la regulada por la ley de trasplantes es "una nueva forma de muerte".

Walter G. Jeffko considera inadmisible una definición "especial" de muerte para poder efectuar trasplantes. "Si alguien está realmente vivo, no se lo 'mata' con una simple declaración legal de muerte. Hay —subraya— todo un mundo de diferencia moral entre retirar órganos de los vivientes y hacerlo con los muertos, especialmente cuando los donantes de órganos han dado su expreso consentimiento para que se los removieran una vez muertos" [74].

72 Ver: TOBÍAS, op. cit., p. 15.
73 Ver: art. 21 de la ley 21.545 y art. 23 de la ley 24.193.
74 Op. cit., p. 140.

La brevedad de esta exposición me impide continuar con este tema inagotable. Pienso que debe ser profundizado por médicos que reconozcan el valor infinito de la vida inocente. Los juristas esperamos con ansiedad sus conclusiones.

Eutanasia

Para concluir esta disertación quiero referirme brevemente a la muerte provocada para evitar sufrimientos mayores o para eliminar minusválidos y recién nacidos con malformaciones.

Con acierto se ha dicho que el aborto y la eutanasia se encuentran íntimamente vinculados. Porque ambos son expresión de un creciente secularismo y de una cosmovisión atea. "Cuando se niega a Dios y se le elimina de la propia conciencia, desaparece, se pierde el sentido de la vida" [75].

El avance de la eutanasia fue más lento porque el mundo conservaba el recuerdo horroroso de las experiencias nacionalsocialistas. Baste recordar que a partir de 1939 se dispuso en Alemania la obligación de declarar los recién nacidos con defectos físicos a fin de disponer su exterminio. Poco después se puso en marcha la denominada Acción T-4. Se dio este nombre al conjunto de disposiciones legales y al programa eutanásico destinados a suprimir las denominadas "vidas humanas sin valor". Un gobierno satánico, que paradójicamente alcanzó el poder por la vía electoral, encaminó al pueblo alemán hacia la senda desviada y degradante trazada por Nietzsche, A. Hocke, K. Binding y A. Guett [76]. Ochenta mil enfermos mentales, sin contar a otros grupos de "indeseables" marginados por el régimen, fueron eliminados en las cámaras de gas. No puede sorprender que después el genocidio haya adquirido dimensiones de holocausto.

75 "L'Osservatore Romano", 26-2-1993, Nº 9.
76 Ver: DOMINGO M. BASSO, *Nacer y morir con dignidad*, op. cit., p. 451.

El Tribunal de Nüremberg condenó a muerte al doctor Karl Brandt, director del programa eugenésico, y a otros médicos colaboradores, por esos incalificables homicidios eutanásicos. Estos hombres pasaron rápidamente de la muerte provocada para evitar dolores a la eliminación sistemática de minusválidos. Perdida la noción de dignidad inherente a toda persona, no hubo límites para quienes se atrevieron a aplicar políticas inicuas mediante normas positivas que fueron la negación del Derecho [77].

En época reciente Holanda resolvió tomar la delantera en materia de eutanasia. Comenzó con una ley que la autorizó a petición del paciente. Como era previsible, el Parlamento, después de dar ese paso, avanzó hacia la legalización de formas involuntarias de eutanasia que tienden a eliminar determinados enfermos mentales y recién nacidos con malformaciones. Quedaron así desmentidos quienes sostenían que nunca se superarían los límites de la eutanasia voluntaria. Como lo expresa "L'Osservatore Romano" en un comentario publicado el 26 de febrero pasado [78], la experiencia enseña que, cuando se está en el precipicio, nadie logrará moderar la caída y evitar sus efectos mortales.

En la legislación comparada y en los proyectos legislativos [79] fueron surgiendo en las últimas décadas disposiciones que atenúan la pena en casos de homicidio consentido o que crean figuras especiales de homicidio piadoso. El Código Penal Argentino, vigente desde 1921, no tipifica expresamente el homicidio piadoso ni consagra ningún atenuante que signifique un privilegio específico para la acción de disponer de una vida humana, por precaria que esta sea [80].

Esto no significa que la ley argentina imponga la obligatoriedad del encarnizamiento terapéutico o distanasia frente al moribundo ni al empleo de medios desproporcionados [81]. Lo que el Código Penal incrimina es la muerte

77 Ver: TERÁN LOMAS, op. cit., pp. 348 y sigtes.
78 "L'Osservatore Romano", 26-2-1993.
79 TERÁN LOMAS, op. cit., p. 350.
80 Idem, p. 350.
81 Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, *Declaración sobre la*

provocada por "comisión" (cuando se induce la muerte con o sin beneplácito del sujeto) o por "omisión" (cuando se le niegan los cuidados ordinarios y proporcionados para evitar la muerte)[82].

La eutanasia en el derecho argentino puede configurar, según los casos, homicidio simple —art. 79—, homicidio calificado —art. 80—, homicidio en estado de emoción violenta —art. 81, inc. 1º— o instigación al suicidio —art. 83—. Pienso, con Roberto Terán Lomas, que el criterio adoptado por nuestro legislador es el correcto. No tengo dudas en el sentido de que la legalización o aun la atenuación de pena para cualquier forma de eutanasia liberadora será el primer paso en la danza de la muerte que conducirá —como en Holanda— a la eutanasia eliminadora. "La eutanasia —sin agregado de adjetivación alguna— debe rechazarse de plano" [83].

eutanasia, Ediciones Don Bosco, Editorial Claretiana, Buenos Aires, 1980. Ver también DOMINGO M. BASSO, *Nacer y morir con dignidad*, p. 424.

82 DOMINGO M. BASSO, op. cit., p. 441.

83 TERÁN LOMAS, op. cit., p. 351.

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO EN EL PROYECTO DE REVISIÓN DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL

Comunicación efectuada por el académico Dr. Federico Videla Escalada, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de agosto de 1993

Introducción

El Libro Segundo de nuestro Código Civil constituye una de las mayores realizaciones de Vélez Sarsfield: allí se encuentran sus grandes generalizaciones, que conforman las teorías generales de los hechos y actos jurídicos, los contratos y las obligaciones.

Esas realizaciones han sido plenamente respetadas en el Proyecto de revisión, pero se han introducido algunas modificaciones de técnica legislativa, las cuales, lógicamente, influyen en el tratamiento de los diversos temas contenidos en este riquísimo Libro Segundo.

La división de materias en el Proyecto de 1993 es la siguiente: Sección Primera: De los hechos y actos jurídicos; Segunda: De las obligaciones, y Tercera: De las fuentes de las obligaciones, Sección que está dividida en cuatro Partes. La Primera se denomina: De los contratos en general; la Segunda: De los contratos en particular; la Tercera: De otras fuentes de las obligaciones, y la Cuarta: De la responsabilidad civil.

En esta comunicación nos ocuparemos de la teoría general del contrato, es decir, del contenido de la Parte Primera de la Sección Tercera, la cual muestra una relación muy estrecha con algunos sectores de la Sección Primera, referida a los hechos y actos jurídicos.

Dado que el Código y, también, su Libro Segundo, constituyen verdaderas unidades lógicas, cuando lo creamos

necesario, realizaremos la pertinente mención y, si fuere preciso, un brevísimo comentario al respecto.

Y, como final de esta introducción, hemos de recordar, una vez más, que no sólo el Código Napoleón no incluyó una regulación especial para los hechos y actos jurídicos, sino que aún hoy grandes autores franceses mantienen su posición en el sentido de considerar innecesario hacerlo, por entender que puede ser suplida sin daño por una sólida teoría general del contrato, posición no compartida por los estudiosos argentinos, con quienes coincido plenamente, pero creo que merece ser recordada simplemente para poner de relieve la importancia que reviste la teoría general del contrato.

En la Comisión que redactó el Proyecto, la posición en este tema fue unánime y, sin perjuicio de considerar totalmente necesaria la teoría de los hechos y actos jurídicos, se tuvo en cuenta el fundamento de la tesis de los autores franceses respecto al valor que reviste la regulación normativa de los contratos en general.

Como veremos, la obra ha introducido modificaciones en puntos básicos del tema, pero ha respetado los lineamientos fundamentales de la obra de Vélez Sarsfield y, muy especialmente, su espíritu.

Tras esta especie de presentación, hemos de recorrer los diversos Títulos que integran esta Primera Parte de la Sección Tercera del Libro Segundo.

Título I. Disposiciones generales y clasificación

Este Título inicial contiene una noción del contrato, una enunciación de sus elementos esenciales y algunas clasificaciones apoyadas en los pareados clásicos.

En todos estos temas se han introducido modificaciones en relación con lo legislado en nuestro Código Civil.

En el primer artículo (850 del Proyecto, 1137 del Código), se ha reemplazado la amplísima definición que Vélez

Sarsfield tomó del *Sistema de Derecho Romano Actual* de Savigny y que él mismo criticó en alguna medida en la nota puesta al pie de dicho precepto.

El Proyecto ha preferido reducir la excesiva amplitud de la definición del art. 1137, que conviene más a la convención jurídica que al contrato.

En su reemplazo, ha ceñido el concepto al campo del derecho patrimonial, línea de pensamiento que se adecua con particular corrección a la redacción de un Código destinado a regir al Derecho Privado y, por consiguiente, debe tratar de recibir lo más favorablemente posible las instituciones del Derecho Comercial y enmarcar así las relaciones de esa índole.

El artículo actual lleva el número 850 y tiene como fuente al 1321 del Código de Italia.

Inmediatamente después, el art. 851 constituye una novedad en nuestra legislación, aunque no lo es en otros importantes Códigos Civiles.

Se trata de una enumeración de los elementos esenciales de los contratos, integrada por el consentimiento, el objeto y la causa.

Como es sabido, Vélez Sarsfield se había apartado del art. 1108 del Código Francés que incluía una nómina de tales elementos, a los que calificaba en el caso del objeto y la causa (cierto y lícita, respectivamente) e incluía la capacidad, lo que había sido criticado, ya que no se trata de un verdadero elemento sino de un presupuesto de validez.

Los códigos de la denominada corriente moderna de la legislación civil, encabezada por el Código Alemán de 1900, habían optado por la misma técnica de nuestro Código y guardaron silencio en este tema, pero posteriormente el Código Italiano incluyó una enumeración, que también merece alguna observación.

En efecto, el art. 1325 del Código de Italia incluye entre los elementos esenciales a la forma en aquellos casos en que sea exigida por motivos substanciales, pero, al hacer esta mención, señala automáticamente que hay contratos en

los cuales no se requiere el cumplimiento de requisitos formales para su validez.

El Proyecto no ha seguido, por lo dicho, a ninguna de las dos enumeraciones de los nombrados Códigos europeos, sino que ha compuesto la nómina exclusivamente, como antes dije, con el consentimiento, el objeto y la causa.

La parte final del Título I menciona a las mismas clasificaciones contenidas en el Código vigente; aunque podrían omitirse en la ley y dejar su formulación a la doctrina, se consideró útil conservarlas por la excelente precisión con que nuestro codificador caracterizó a las categorías de contratos unilaterales y bilaterales y onerosos y gratuitos, con textos que constituyen una verdadera guía para su diferenciación, tanto dentro de cada pareado como entre ambas pautas para distinguir módulos específicos de cada una de esas clasificaciones.

Se ha modificado substancialmente, por el contrario, lo atinente a lo que el Código vigente denomina contratos nominados e innominados: el art. 1143 no fue una norma lograda ni en su formulación, que no refleja el verdadero criterio para fundar los dos términos de la clasificación, ni en la denominación de estas especies de convenciones.

Nada tiene que ver ese criterio con que los contratos tengan o no un nombre que los distinga, sino que, tal como lo expresó el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, interesa que cuenten o no con una regulación normativa, pauta utilizada desde la época del Derecho Romano.

A ello se agregó el cambio de denominación de los contratos, divididos en típicos y atípicos y se indica cuáles son las normas que los rigen supletoriamente: en primer término, la teoría general de los contratos y las obligaciones y, luego, las reglas propias de las figuras contractuales con las que tengan mayor analogía. Este orden de prelación significa una diferencia con lo establecido en el Proyecto antes mencionado.

Título II. De la capacidad para contratar

La ubicación de las reglas sobre capacidad con antelación a las dedicadas a los elementos de los contratos implica una modificación en el orden de tratamiento de estos temas: se ha considerado preferible reglar antes el presupuesto de validez y posteriormente los elementos esenciales.

En la legislación específicamente de fondo, se ha cambiado la técnica y se ha optado por determinar positivamente el contenido de la aptitud reconocida a los incapaces de las diversas categorías.

Al respecto, dice el art. 856 que los absolutos sólo pueden contratar por intermedio de sus representantes legales; los relativos de hecho únicamente pueden celebrar por sí los contratos para los cuales la ley los faculte expresamente y los incapaces de derecho no pueden otorgar, ni por sí ni por interpósita persona, los contratos para los cuales la ley les establezca la respectiva restricción.

Además, se ha dispuesto que no pueden contratar en interés propio los funcionarios públicos sobre los bienes de cuya administración o venta estuviesen encargados ni tampoco están facultados para hacerlo los jueces, abogados y funcionarios de la Justicia, respecto a bienes relacionados con procesos en que intervienen o hubiesen intervenido.

Como puede apreciarse, se han trasladado a la parte referente a los contratos en general disposiciones que figuraban como incapacidades de derecho en materia de compraventa y que era necesario aplicar por analogía en los otros contratos típicos en que fuese pertinente hacerlo.

El Título se cierra con otro artículo, que sigue la orientación del actual 1165 con pequeños cambios de redacción, es decir que, declarada la nulidad de contratos hechos con un incapaz de hecho, la parte capaz únicamente tendrá derecho a recuperar lo pagado o gastado si probare que el acto produjo un enriquecimiento del incapaz, solución lógica o inatacable.

Título III. Del consentimiento

En este Título se han introducido algunas reformas profundas: una consiste en el reconocimiento del principio de la fuerza vinculante de la oferta y la otra en la elección de la teoría de la recepción para determinar el momento en que queda perfeccionado un contrato entre ausentes o en que produce sus efectos propios la aceptación o el retiro de cualquiera de los dos actos jurídicos que integran el contrato.

Este último tema es tratado a partir del primer precepto del Título, el art. 858, que dispone que el contrato queda formado cuando el proponente recibe la aceptación del destinatario de su oferta, hecho que puede probarse por cualquiera de los medios admitidos por la ley.

La norma se completa con un segundo párrafo en que se establece que la aceptación deberá ser recibida por el oferente dentro del plazo fijado en la propuesta o del ordinariamente necesario de acuerdo con la naturaleza del negocio.

Se ha seguido en esto la línea de pensamiento del Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, que eligió con certero criterio a la teoría de la recepción, por ser la que ofrece mayor seguridad a las partes, por su precisión y la mayor facilidad que presenta en materia de prueba.

Es también la adoptada por la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías, oportunamente ratificada por nuestro país.

Y aún cabe agregar que la doctrina la apoya, como se puso de relieve en un Congreso celebrado en Nueva Orleans con motivo del centésimo quincuagésimo aniversario de la sanción del Código de Luisiana, reunión internacional que revistió particular relieve por ser ese el único Código estadual norteamericano cuya fuente es la legislación napoleónica.

A continuación, se enuncian los requisitos de la oferta,

en el art. 859, que reemplaza al actual 1148 y a cuyo respecto se ha seguido lo dispuesto por el Proyecto de 1987. Dice que, para que haya oferta, la manifestación del proponente deberá indicar la voluntad de obligarse por intermedio de su propuesta, estar dirigida a persona determinada o determinable y contener las precisiones necesarias para establecer los efectos que producirá el contrato si ella fuere aceptada.

En mi opinión, el texto mejora grandemente al incluido en el citado precepto del Código, que sólo menciona a persona determinada, pero en la nota, con citas de Troplong y Zachariae y, especialmente, con una referencia a Savigny, parece no ajustarse exactamente a la exigencia contenida en el texto de la norma.

En el art. 860 aparece la modificación más relevante introducida por el Proyecto en materia de formación del consentimiento.

Comienza ese artículo con la siguiente oración: "La propuesta de contrato obligará al proponente, a no ser que lo contrario resultare de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso".

La nota explica que se ha consagrado el principio de la fuerza vinculante de la oferta, lo cual significa un cambio sustancial respecto a lo dispuesto en el actual art. 1150, que sólo tenía por obligatoria a la propuesta cuando se hubiese renunciado al derecho de revocarla o se la hubiese efectuado por un plazo determinado, hipótesis de las cuales sólo la última tiene verdadero valor, ya que la primera es prácticamente un supuesto de laboratorio.

El Proyecto sigue, así, la línea de la denominada corriente moderna de la legislación civil, que inspiró al Anteproyecto de Bibiloni y al Proyecto de 1936, cuyo art. 794 sigue al 1080 del Código brasileño.

El resto del artículo establece que la oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación instantánea, sin fijación de plazo, sólo podrá ser aceptada de inmediato y que, en otras circunstancias,

también sin fijación de plazo, obligará al proponente a mantenerla por un término en que razonablemente pudiere esperarse la recepción de la pertinente respuesta expedida por los medios usuales de comunicación.

En una ratificación de la vigencia de la teoría de la recepción, el art. 861 dispone que los plazos de vigencia de la oferta comenzarán a correr desde la fecha en que ésta haya sido recibida y, por su parte, el 862, en la misma línea de pensamiento, dice que toda oferta quedará revocada cuando, antes o al mismo tiempo de la recepción de la aceptación, la comunicación de su retiro es recibida por su destinatario.

En materia de caducidad de la oferta, se simplifica la redacción del actual art. 1149: el art. 863 determina que aquélla se operará cuando, antes de la recepción de la aceptación, el proponente o el destinatario fallecieren o cayeren en incapacidad.

El art. 864 requiere que la aceptación exprese la plena conformidad con la oferta y, como el Código actual y, tal como ocurrió en el Alemán, cualquier modificación que se introduzca a la propuesta, importará una nueva oferta. Igual solución había previsto el Proyecto de Ley de Unificación de 1987.

Sólo se admite la aceptación parcial cuando la oferta es alternativa o divisible. Si fuere indivisible, deberá considerarse como rechazo de la propuesta.

El Proyecto, en su art. 866, tal como lo establecía con ligeras diferencias de redacción el de 1987, dispone que la aceptación concluye el contrato entre presentes cuando es manifestada al proponente y entre ausentes cuando es recibida por aquél dentro de su plazo de vigencia. Se confirma, así, la vigencia de la teoría de la recepción, mientras que, en el Código actual, se opta por hacer una concesión a la de la información.

Ante una aceptación tardía, el proponente puede considerarla eficaz si comunica inmediatamente tal decisión al aceptante (art. 867).

Como contrapartida de haber asignado a la oferta fuerza vinculante, la invitación a contratar será interpretada restrictivamente, a lo cual el art. 868 agrega que la oferta a persona indeterminada sólo valdrá como invitación a contratar, salvo que de sus términos o las circunstancias resultare la intención de obligarse del proponente, caso en que se la juzgará emitida por el plazo y en las condiciones usuales fijadas por las leyes del tráfico.

Desde allí hasta el final del Título, el Proyecto se ocupa de algunos casos particulares.

El art. 869 trata de los contratos preparatorios y establece que los que obliguen a celebrar otro de contenido total o parcialmente determinado, engendran obligaciones de hacer, y también contempla a los que conceden una opción al destinatario, los cuales serán juzgados como ofertas. Si no hubiese plazo fijado, quedará librado a la decisión del juez.

También se consideró conveniente, tal como lo estimó el Proyecto de 1987, incluir una norma relativa a los contratos con cláusulas predispuestas.

De éstas, se tendrán por no convenidas las que desnaturalicen las obligaciones del predisponente sin una adecuada equivalencia económica y las que representen renuncia o restricción a los derechos del aceptante o amplíen los del predisponente, salvo que aquél haya conocido o debido conocer esas cláusulas y las haya aprobado expresamente. Se agrega que estas convenciones deberán ser redactadas en idioma nacional, con expresiones claras, y que su texto deberá ser fácilmente legible.

También en la inclusión de este texto se ha seguido en buena parte al Proyecto de Unificación de 1987 y el artículo tiene como complemento las normas establecidas en materia de interpretación de los contratos.

Asimismo, se ha dado entrada a la regulación de las tratativas preliminares, a cuyo respecto se ha tomado como fuente al Código de Italia y se ha impuesto el deber de la buena fe, de modo que, admitida la responsabilidad pre-

contractual, la norma se inspira en la obra de Faggella complementada con la posición de Saleilles.

Además, se juzgó conveniente fijar una pauta respecto a la reparación de los daños causados por la violación del deber establecido por el art. 871 y se optó por la indemnización a la parte frustrada de los gastos y pérdidas sufridos, para aclarar el contenido de la expresión "daño negativo".

Finaliza el Título con el art. 873, que mantiene el actual 1156, con una modificación de su parte final, para adecuarlo a lo dispuesto en los demás preceptos relacionados con la responsabilidad precontractual.

Título IV. Del objeto de los contratos

En el tratamiento de este tema, se han eliminado los tres primeros artículos que le dedica el Código Civil, tal como lo hizo Bibiloni en su Anteproyecto.

En cambio, se ha agregado una norma que, conforme a lo establecido para el objeto de los actos jurídicos, dice que pueden serlo de los contratos los hechos y los bienes, sean éstos presentes o futuros.

En lo atinente a la determinación del objeto, se sigue lo establecido en la legislación actual. Inclusive, se mantiene lo resuelto para cuando se someta la determinación a un tercero y éste no quisiere, no pudiere o no llegare a determinarlo, caso en que lo hará el juez, como lo dispone el art. 1171.

Como puede apreciarse, se ha utilizado la expresión bienes en lugar de cosas, de acuerdo con el concepto dado en los arts. 2311 y sig. del Código y, en casi todos los aspectos, se siguen las disposiciones actuales.

La modificación más destacada consiste en incluir en este Título, como lo aconsejan razones muy simples de técnica legislativa, reglas sobre los contratos en que se comprometen hechos de terceros, que hoy aparecen menciona-

dos en la parte destinada a la capacidad y a través de dos artículos, el 1161 y el 1163, cuyos textos son difíciles de compatibilizar.

El Proyecto los regula sobre la base de la aplicación de las normas sobre los contratos que tienen por objeto bienes ajenos, con lo cual mantiene una coherencia mayor.

Por consiguiente, salvo que quien se obligó por el hecho del tercero hubiese garantizado la prestación que éste debería cumplir, sólo asumirá obligaciones de medio, es decir, que en el tema de fondo se conserva lo establecido en la actualidad.

Título V. De la causa de los contratos

Es una novedad, dado que Vélez Sarsfield sólo dedicó a la causa los arts. 500 a 502 en la Sección de las Obligaciones. Responde a la nueva técnica elegida para regular la causa o finalidad, que motivó la inclusión de normas en la parte de los actos jurídicos, que, lógicamente, inciden en materia de contratos por aplicación de las relaciones de género a especie.

Precisamente, esta opción metodológica permite que este Título sea breve, ya que es complementario del antes mencionado.

Comienza por establecer que "el contrato sin causa es anulable", precisión útil que resulta de la noción misma de anulabilidad de los actos jurídicos y el art. 884 continúa con expresiones que disponen que "aunque no esté expresada, se presume que existe causa, salvo que la parte que lo niegue pruebe lo contrario".

A continuación, está tratada la falsa causa, a cuyo respecto el art. 885 resuelve que el contrato será válido siempre que se funde en otra causa verdadera.

Y el Título finaliza con el art. 886, dedicado a la causa ilícita, que merece un breve comentario.

No se han reproducido los términos del art. 502 por-

que la causa ilícita está tratada en la parte de actos jurídicos, pero se ha elaborado una regulación del tema que ha procurado alcanzar una solución justa para las diferentes situaciones que pueden plantearse: si el contrato se realizó por un motivo ilícito común a ambas, es anulable; en cambio, si sólo una de las partes actuó de ese modo, sólo ella carecerá del derecho de invocar el contrato frente a su cocontratante, mientras que éste mantendrá el derecho de requerir su cumplimiento, "salvo que el desconocimiento del motivo ilícito se debiere a su culpa o negligencia".

Título VI. De la forma de los contratos

Al igual que lo hecho en materia de objeto, también del tratamiento de la forma han sido eliminados los primeros artículos, los referidos a la remisión a la materia de actos jurídicos y los relacionados con el Derecho Internacional Privado, y el Título comienza con la enunciación de los contratos que deberán ser hechos por escritura pública.

En el art. 887, que reemplaza al 1184 actual, se ha corregido la ubicación de la excepción dispuesta para los actos realizados por subasta judicial, que ha pasado del encabezamiento del precepto a su inciso 1, relativo a los contratos destinados a constituir o transmitir derechos reales sobre inmuebles.

En la nómina de contratos que deben cumplir esta formalidad, se ha incluido al "leasing" sobre inmuebles y al fideicomiso.

El Título se cierra con el art. 888, donde se suman las soluciones de los arts. 1185 y 1188 actuales, referidos a los contratos que no se hayan celebrado en la forma prescripta por la ley y se ha agregado la facultad del juez para realizar por sí o por persona designada el instrumento requerido, siempre que quedasen cumplidas todas las prestaciones pactadas.

Título VII. De la prueba de los contratos

En general, en esta parte, se ha mantenido la metodología del Código Civil y se han introducido algunas modificaciones provenientes del Proyecto de Ley de Unificación de 1987.

Se conserva la distinción entre derecho de fondo y de forma, ajustada a lo dispuesto en la Constitución Nacional y se introdujeron algunas reformas en lo atinente a los medios de prueba.

Así, se eliminó el juramento, que en la práctica había perdido vigencia y se incluyó, por el contrario, a los reconocimientos judiciales y los informes periciales, además de agregarse un inciso, el 7), que acuerda gran amplitud a los elementos probatorios. Expresamente, se refiere a "Cualesquiera otros medios aptos para llevar al juez una razonable convicción según las reglas de la sana crítica".

Esta última referencia representa una pauta orientadora en la ponderación de las pruebas conforme a las líneas más fundadas de la doctrina procesal.

De acuerdo con lo reglado en materia de actos jurídicos, se menciona a los instrumentos públicos, privados y particulares.

Se mantiene el precepto del Código Civil, que dispone que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no se ajustan a dichas prescripciones, regla que también había conservado el Proyecto de Ley de Unificación de 1987.

Se ha suprimido el límite numéricamente establecido para que un contrato pueda ser probado por testigos y se reemplaza el criterio del Código por una referencia a los usos, como lo hizo el Proyecto de 1987 y lo aconseja el sentido de una ley unificadora en materia civil y comercial.

Por otra parte, se respetan los supuestos excepcionales de la imposibilidad de obtener la prueba requerida, el comienzo de ejecución y el principio de prueba por escrito, al que se lo define en términos muy semejantes a los del Código de Vélez Sarsfield.

Se ha seguido la metodología del codificador, de modo que se trata primero el efecto relativo y luego la fuerza obligatoria de los contratos.

En cuanto al primero, el art. 894 ha eliminado la locución "herederos y sucesores universales", empleada en el 1195 vigente y sólo se menciona a los últimos, línea de conducta que se sigue a lo largo de todo el Proyecto.

Esta eliminación fue adoptada en aras de superar el antiguo debate, mantenido a lo largo de muchos años, sobre la identidad o diferencia existente entre ambos términos de la expresión nombrada, con la consiguiente ventaja para el logro de una mayor seguridad jurídica.

El art. 895 complementa la reforma y precisa aún más el tema, al remitir para dar el concepto de sucesores universales al comienzo del Título Preliminar del Libro IV, es decir, al art. 3263, que contiene una definición muy clara de éstos.

El tema del efecto relativo de los contratos se completa con el art. 896, destinado a reglar los contratos a favor de tercero o estipulaciones por otro.

En primer lugar, cabe señalar que esta disposición reemplaza al art. 504 del Código Civil, cuya ubicación actual no se consideró acertada y ha sido criticada por la doctrina a lo largo de los años.

A ello debe agregarse una transformación en materia de fondo, ya que el Proyecto se enrola directamente en la tesis de la adquisición directa, sostenida por la mayor parte de la doctrina moderna y sólidamente fundamentada en el Anteproyecto de Bibiloni y en obras de alto valor doctrinario como la tesis de Julio Dassen, realmente admirable por su concisión.

En el art. 896 se consideró oportuno expresar que las partes tienen la facultad de determinar bajo qué recaudos el beneficiario adquiere el objeto de la convención y si pueden o no revocarlos o modificarlos sin el asentimiento

de aquél. Esta posición se complementa con la presunción legal de no haberse reservado dicho derecho en caso de silencio.

Tras esto, el Proyecto se pronuncia respecto a la fuerza obligatoria del contrato, uno de los temas en que el Proyecto de Ley de Unificación había adoptado una posición substancialmente diversa de la del Código Civil y había sido, por ello, acerbamente criticado.

El Proyecto de revisión del Libro Segundo vuelve a la redacción del art. 1197, en su art. 897, tal como lo ha hecho la denominada Comisión Federal, cuyo proyecto ha logrado la aprobación de la Cámara de Diputados.

El art. 897 repite en su aspecto medular la redacción de Vélez Sarsfield, a la cual únicamente se le ha reemplazado la palabra convenciones por estipulaciones, que resulta más satisfactoria.

En verdad, el contrato es una especie de las convenciones, según la clásica enumeración de lo genérico a lo específico de convención, convención jurídica, contrato. Considero que el cambio es un acierto, pero lo realmente fundamental es haber reafirmado la vigencia de la autonomía de la voluntad y la consiguiente fuerza obligatoria de los contratos.

Esto no significa que se acuerde carácter absoluto al principio en cuestión, ya que se conservan numerosas limitaciones, algunas como la moral y las buenas costumbres o el orden público, ya incluidas en la obra del codificador y otras como la lesión subjetiva, la excesiva onerosidad sobreviniente o el ejercicio abusivo de los derechos, provenientes de la reforma de 1968, sancionada por la ley 17.711.

Creo necesario hacer notar que al comienzo del art. 898, que reemplaza al actual 1198, se ha mantenido la exigencia de la buena fe como principio básico para la formación, ejecución e interpretación de los contratos y, además, se ha recuperado un texto contenido en la primitiva redacción del art. 1198, que decía que los contratos obligan no sólo a lo expresado en ellos, sino también "a las consecuencias

que deban considerarse virtualmente comprendidas en ellos", a lo cual se le agregó para mayor claridad "conforme a su naturaleza, a la equidad y a los usos del lugar de celebración".

El art. 899 regula la excesiva onerosidad sobreviniente sobre la base de lo establecido en el actual art. 1198, de acuerdo con la teoría de la imprevisión, que tantas oportunidades ha tenido de ser aplicada en nuestro país, especialmente a raíz de las situaciones producidas con motivo del proceso de desvalorización monetaria que hemos padecido.

Se han proyectado algunas modificaciones al texto que introdujo la Ley 17.711 de acuerdo con las conclusiones aprobadas en el Tercer Congreso de Derecho Civil, celebrado en 1961 en Córdoba.

Según el Proyecto de revisión, si una prestación se tornare excesivamente onerosa, por vía de demanda o reconvención se podrá solicitar su resolución o adecuación y, frente a ese planteo, la parte contraria podrá impedir la resolución mediante un ofrecimiento de adecuación.

Igualmente si se demandare la adecuación, la accionada podrá requerir la resolución y el juez deberá decidir "tomando en cuenta la equidad, la naturaleza del contrato, la factibilidad de su cumplimiento y la finalidad económica perseguida por las partes con su celebración".

En lo demás, se mantiene la disposición actual respecto a los contratos aleatorios, a los efectos ya cumplidos y a la imposibilidad de invocar el acontecimiento imprevisible que ocurriese después de la mora o por culpa del perjudicado.

Título IX. De los efectos de los contratos bilaterales

Después del tratamiento de los efectos generales de los contratos, el Proyecto procede a regular los de algunas categorías de gran campo de aplicación: los bilaterales y los onerosos, que han sido situados en la teoría general de los contratos, como veremos oportunamente.

Respecto a los bilaterales, la novedad metodológica consiste en que se les ha dedicado un Título especial, es decir,

se los considera con cierta autonomía, sin perjuicio de su característica propia de conformar sólo una categoría especial dentro del campo contractual.

Se sigue así una línea que se hizo presente en el Código Alemán de 1900, que fue adoptada, entre nosotros, por el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936 y que es conveniente utilizar porque deja más a la vista el hecho de tratarse de efectos de sólo una categoría de contratos y no de todos ellos; como cabría entender por el modo como los presenta nuestro Código vigente.

En lo esencial, las instituciones tratadas son las mismas que menciona la ley actual: excepción de incumplimiento, pacto comisorio, resolución por incumplimiento y señal o arras.

En el Proyecto se ha variado el orden en que están ubicadas para lograr una disposición más racional y, además, se han introducido algunas modificaciones a todas y cada una de ellas.

El art. 900 está dedicado a la *exceptio non adimpleti contractus*. En su parte inicial sigue el texto vigente del art. 1201, pero le agrega un párrafo que proviene del Código Suizo y que, por otra parte, Vélez Sarsfield había incluido respecto a la compraventa.

Se refiere al caso en que los derechos del contratante que debiera cumplir el contrato se hallen en peligro debido a la insolvencia o notoria disminución del patrimonio de la otra parte y autoriza a aquél a no realizar la prestación a su cargo, salvo que la contraparte ejecutara la recíproca o le garantizara su cumplimiento.

El art. 901 reemplaza al 1203, cuya redacción en la obra de Vélez Sarsfield resulta imprecisa, ya que, si se consideran sus términos en su significado estricto, cabría entender que se ajusta mejor al concepto de la *exceptio*, definida en el artículo anterior, que al pacto comisorio.

El cambio de redacción procura situar exactamente el concepto en un caso de resolución por incumplimiento derivada de un pacto expresamente acordado por las partes.

El art. 902 atiende específicamente a la resolución legal por incumplimiento, es decir, que es el correspondiente al 1204, tal como fue reformado por la Ley 17.711 y que es igual al 216 del Código de Comercio actual.

Se respeta la esencia de lo dispuesto en esa norma, pero se introducen algunas modificaciones tendientes a obtener una solución de mejor calidad jurídica y efectos prácticos.

El precepto declara implícita la facultad de resolver los contratos bilaterales cuando alguno de los contratantes incurra en incumplimiento de sus obligaciones y distingue según que exista un pacto comisorio o no.

En este último caso, la parte cumplidora puede requerir el cumplimiento de la otra en un plazo no menor de quince días, salvo que los usos o la naturaleza de la prestación impusieren uno más breve. Vencido el plazo, podrá, a su elección, optar entre resolver el contrato o exigir su cumplimiento, en ambos supuestos con reparación de daños.

Si opta por la resolución, éste operará desde que sea fehacientemente comunicada al incumplidor y, en este caso, aquél no podrá después exigir el cumplimiento.

También podrá, a su elección, demandar judicialmente, a partir del incumplimiento de la contraparte, la ejecución del contrato o su resolución y la resolución podrá ser demandada aunque el juicio se hubiese promovido por cumplimiento, pero, a la inversa, si demandó por resolución, no podrá luego requerir el cumplimiento. El incumplidor, a partir de la fecha de notificación de la demanda no podrá pretender cumplir las prestaciones a su cargo.

Como puede apreciarse, se ha eliminado la expresión "sin más" utilizada varias veces en el texto actual, eliminación que lo mejora substancialmente, ya que reafirma el carácter, típico de la resolución por incumplimiento y el pacto comisorio, de otorgar un derecho de opción al contratante cumplidor, que éste perdería si se aplicase textualmente la mencionada expresión "sin más", que dejaría librada al incumplidor la ejecución de las prestaciones asumidas por él.

Es de destacar, también, el haber incluido el derecho de la parte cumplidora a demandar judicialmente la ejecución de las obligaciones de la incumplidora o la resolución, facultad reconocida por el Código italiano y admitida entre nosotros por decisiones jurisprudenciales y trabajos doctrinarios.

Finalmente, en cuanto a la señal o arras, el Proyecto debió elegir entre dos soluciones diferentes, ya que el Código Civil las legisla con carácter penitencial y el de Comercio como confirmatorias.

El Proyecto se pronuncia en este último sentido, sin perjuicio de permitir que las partes puedan pactar la calidad penitencial de la señal, a cuyo respecto se especifica la consecuencia históricamente conservada sin objeciones en cuanto a la pérdida de lo entregado o su devolución doblada, según quien fuera el contratante que decidió arrepentirse.

Y se consideró conveniente especificar que, como arras, sólo pueden entregarse dinero o cosas muebles, con lo que se responde a una inteligente cuestión planteada por el Dr. Risolía en su agotadísima monografía sobre el tema y se optó por seguir, también en este tema, al Código italiano de 1942.

Título X. De los efectos de los contratos onerosos

En este tema se concreta una importante decisión de técnica legislativa, ya que se crea este título dentro de la parte de los contratos en general, con lo cual se sigue el método utilizado respecto a los contratos bilaterales.

Se responde así a una de las críticas más extendidas que se hicieron a la metodología de la obra de Vélez Sarsfield, que le reprochaba haber colocado a la evicción y los vicios redhibitorios en medio de la regulación de diversos contratos legislados en el Código.

La crítica era fundada y por eso se procedió a rectificar la ubicación que el codificador dio a estos efectos de los

contratos onerosos, pero no creo justo olvidar el progreso que significó tratarlos como instituciones con valor propio en lugar de hacerlo dentro de la compraventa, como lo había hecho, por ejemplo, el Código Napoleón.

Creo que se trata de un proceso que el Código inició y que el Proyecto continúa: primero se las trató dentro de la compraventa y, por analogía, sus reglas fueron aplicadas a otros contratos; más tarde en la obra de Vélez Sarsfield se les reconoció su autonomía institucional, aunque no se acertó con el lugar donde debían estar tratadas y en el Proyecto se les encuentra una ubicación más racional.

Son etapas en el avance de la técnica legislativa.

En cuanto al fondo del tratamiento de la evicción, se mantiene —como lo dice la nota— la parte sustancial de la definición dada por el actual art. 2091, a la que se agrega la exigencia de la buena fe en el adquirente del derecho transmitido.

Se establece que deben responder por ella quienes hubiesen dividido bienes con otros o los hubiesen transmitido a título oneroso y también sus antecesores que los hubiesen transferido del mismo modo.

Se reconoce como garantía la de la legitimidad y existencia del derecho transmitido y se dice que no habrá lugar a ella frente a las turbaciones de hecho, salvo que hubiesen sido ocasionadas por el enajenante ni de las de derechos provenientes de una disposición legal.

La inteligente solución de Vélez Sarsfield para los casos en que el derecho que ha causado la evicción hubiese sido adquirido posteriormente a la transmisión de la cosa, se conserva como una verdadera demostración del criterio jurídico del codificador, que optó por una solución que se adecua perfectamente a las tendencias del Derecho Civil moderno. Está reglada por el art. 909.

Se regula la responsabilidad por evicción en líneas generales y se trata de la citación del enajenante en modo semejante al actual.

En lo atinente a los vicios redhibitorios, también se

mantiene en lo esencial el concepto y el tratamiento que les da el Código vigente.

Por ello el art. 921 impone al adquirente el deber de probar que el vicio existía en el momento de la adquisición de la cosa y se mantiene la calidad de efecto natural de los contratos onerosos propio de esta garantía.

Sin embargo, se han incluido varios preceptos tendientes a resolver cuestiones que no aparecían claramente legisladas en el Código que hoy nos rige.

Por ejemplo, el art. 926 determina que se considerará que el vicio es oculto cuando no sea aparente para una persona que cuente con conocimientos ordinarios a su respecto y dice que sólo se requerirá preparación científica especial o técnica cuando la cosa revistiese una complejidad que excede la común.

Se ha modificado el plazo de prescripción: el Proyecto (art. 928) fija el plazo de un año desde que la cosa mueble fue entregada o puesta en funcionamiento en el modo previsto en el contrato y desde que el vicio se hizo aparente si se tratare de un inmueble, pero se hace la salvedad de que las acciones derivadas de esta garantía no podrán, en ningún caso, ser ejercidas pasados diez años desde la entrega de la cosa o su puesta en funcionamiento.

Y es interesante el art. 929, que dice que "La garantía legal por vicios redhibitorios es independiente de las garantías por buen funcionamiento, reemplazos de partes o de la cosa defectuosa otorgadas por el fabricante, importador u otro sujeto que haya intervenido en la fabricación o comercialización de la cosa. La acción prescribirá al año del vencimiento de la garantía".

Título XI. De la interpretación de los contratos

En este tema, debe tenerse en cuenta que se han incluido en la parte dedicada a los actos jurídicos algunos preceptos sobre interpretación, que conforman disposiciones

de índole muy general, las cuales deben ser aplicadas en el ámbito de los contratos.

En efecto, en el Título VIII de la Sección Primera, se han redactado tres artículos, los dos primeros de los cuales se refieren a los actos bilaterales y el último a las disposiciones de última voluntad.

Lógicamente, los dos primeros son aplicables a los contratos, ya que éstos son actos jurídicos bilaterales.

El primero de ellos, el 707, dispone que se debe estar a la significación que las partes dieron a sus respectivas declaraciones, ateniéndose a su tenor literal si éste no ofrece dudas.

Pero agrega que, si su sentido fuese dudoso, la interpretación se hará cuenta habida de la naturaleza del negocio, sin asignar a la declaración de una de las partes una intención que no se corresponda con la declaración de la otra, con la conducta observada por ellas antes o después de las declaraciones, o con lo que es habitual entender y querer actuando con buena fe y lealtad, de acuerdo con los usos del tráfico.

La nota aclara el significado de la norma cuando dice que recoge directivas recibidas en diversas legislaciones, a partir del concepto de declaración negocial recepticia, propia de los actos bilaterales, expresiones que se complementan con una cita de Betti.

El otro precepto que interesa, el art. 708, expresa que: "La contradicción literal entre las declaraciones de ambas partes deberá interpretarse de manera que el negocio realice el interés práctico en atención a su finalidad típica, salvo que revele un vicio de la voluntad".

La nota destaca que la norma representa una aplicación del principio de conservación del contrato, precepto que también aparece consagrado en las reglas interpretativas del Título en análisis.

Este, por su parte, comienza con la reiteración del precepto, según el cual los contratos deben interpretarse de buena fe, expresión que también está mencionada en el

art. 898 del Proyecto, tal como ocurre en el 1198 del Código Civil.

A continuación, se incluyen diversas reglas, anteriormente contenidas en el Código de Comercio y una última referida a los contratos con cláusulas predispuestas.

El art. 931, que sigue al 217 del referido cuerpo legal, dispone que las palabras utilizadas en un contrato serán interpretadas en su sentido corriente, salvo cuando se refieran a algún tema correspondiente a una disciplina científica o técnica y los contratantes sean especialistas en ese campo de la actividad.

El art. 932 establece la regla según la cual las cláusulas de un contrato deben interpretarse las unas por medio de las otras, de tal modo que el acto se presente como un conjunto de disposiciones comunes de las partes.

El precepto que sigue es, precisamente, el que consagra el principio de conservación del contrato, ya que dispone que sus cláusulas deben ser interpretadas en el sentido que acuerde validez a la convención y, al igual que el Código de Comercio vigente, dispone que si más de una interpretación le acordara eficacia, debe seguirse la que mejor se ajuste a la naturaleza y el fin del contrato.

Luego, aparece la regla que asigna valor interpretativo a la costumbre del lugar de celebración del acto como guía para aclarar el significado de los términos empleados por los contratantes.

Y se cierra esta breve nómina de reglas generales, seguidas hasta hoy por el Código de Comercio y por muchas otras legislaciones como las de Francia e Italia, con la norma residual establecida para los casos en que ninguna de las anteriores permita resolver satisfactoriamente las dudas que origine la redacción del contrato.

Este precepto difiere sustancialmente del correspondiente del Código de Comercio, ya que reemplaza el criterio del *favor debitoris* por el de la interpretación en favor de la parte dotada de menor poder contractual, es decir, la más débil de la relación negocial, tal como lo había resuel-

to la jurisprudencia de nuestros Tribunales y lo habían aconsejado las Jornadas Nacionales de Derecho Civil reunidas en Corrientes en 1985. Además, añade que, en su caso, deberá interpretarse el acto en contra de la parte que lo redactó.

Como anticipé, el Título finaliza con una regla especialmente dedicada a la interpretación de los contratos por adhesión o sobre la base de cláusulas predispuestas.

Allí, tal como lo hicieron el Proyecto de Unificación de 1987 y el Código de Italia, se dispone que las cláusulas especiales prevalecerán sobre las generales, aunque éstas no hayan sido canceladas, y las incorporadas sobre las predispuestas y a esto se agrega una regla residual, pero fundamental: "Las cláusulas ambiguas serán interpretadas contra el predisponente".

Título XII. De la extinción de los contratos

Este Título presenta innovaciones importantes, que han tendido a superar los inconvenientes derivados de los defectos que presenta el art. 1200 del Código Civil en lo atinente a los medios anormales de poner fin a los contratos, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica.

Por ello, se dan conceptos de la rescisión y la revocación y se enumeran casos de resolución y también se determinan los efectos que producirán dichas figuras jurídicas.

Además, se dedica un artículo a la "frustration" o frustración del fin del contrato, a cuyo respecto se siguen los lineamientos marcados por la doctrina en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en 1991.

La rescisión, según el art. 937, se regirá por las normas de los contratos y, por consiguiente, sus efectos obrarán hacia el futuro, es decir, que reviste la calidad de un verdadero contrato extintivo, que permite a las partes poner fin de común acuerdo a la convención que hubiesen realizado con anterioridad (art. 937).

La revocación, acto unilateral, sólo podrá extinguir el contrato cuando así lo disponga la ley, por una disposición general o para supuestos especiales. Sus efectos serán los que la ley establezca para cada uno de los casos en que la autorice (arts. 939 y 940).

Y la resolución tendrá lugar por el cumplimiento de una condición resolutoria, por el incumplimiento de alguna de las partes en los casos de pacto comisorio o resolución legal, por frustración del fin del contrato, por excesiva onerosidad sobreviniente y en los demás casos en que lo estableciere la ley o lo disponga una sentencia judicial (art. 941).

En cuanto a la "frustration", considero conveniente reproducir íntegramente el art. 943: "La frustración del fin del contrato facultará a la parte perjudicada a resolverlo. Ello acaecerá cuando por un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, no provocado por alguna de ellas y no derivado del riesgo que la parte que la invoca haya tomado a su cargo, se impidiere la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad. Las prestaciones realizadas por cada una de las partes que hubiesen sido cumplidas y fuesen equivalentes, quedarán firmes. No habrá indemnización de daños".

Repito que el texto se inspira en lo resuelto en las Jornadas Nacionales de 1991.

Título XIII. Normas de Derecho Internacional Privado

Conforme a la metodología elegida para el tratamiento de esta materia, a las normas incluidas en el Libro Primero del Código se agregaron otras referentes a ley aplicable y jurisdicción, que reemplazan a las de nuestro Código Civil sobre este mismo tema.

Por su naturaleza específica, no creo oportuno comentarlas, pues, más bien, merecen un análisis que las contem-

ple juntamente con los demás preceptos dedicados al Derecho Internacional Privado.

De ahí que sólo mencionaré los dos artículos centrales en cada uno de los temas mencionados: ley aplicable y jurisdicción.

La regla principal en el primer aspecto se encuentra en el art. 947, que dice: "El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias. Las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad o a una parte separada del contrato".

Y, en cuanto a la jurisdicción, el art. 944 dispone: "En materia contractual son competentes concurrentemente los jueces del Estado del domicilio del demandado y los del lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Asimismo se admite la intervención de los jueces del Estado cuyo derecho se aplica al fondo del asunto".

Cierro así esta exposición sobre la teoría general del contrato en el Proyecto de revisión del Libro Segundo del Código Civil, que procuró en un aspecto sustancial del Derecho Privado, significar un bien intencionado y perfectible aporte al intento de unificación legislativa de las leyes básicas sobre contratos y obligaciones.

LA CIENCIA ECONÓMICA COMO HERMENÉUTICA SOCIAL

Comunicación efectuada por el académico Dr. Julio H. G. Olivera, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de setiembre de 1993 *

* Una versión anterior de este trabajo se incluye en el volumen de homenaje al Doctor Pedro J. Frías que prepara la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I

Puesto que la ciencia económica es la ciencia de la actividad económica, el primer paso para caracterizarla consiste en definir ese género de actividad. Las definiciones disponibles son numerosas y varían apreciablemente. Pero si examinamos, no las definiciones formales, sino los asuntos que analizan realmente los textos de economía, la disparidad resulta mucho menor; y hasta puede decirse que, salvo aspectos de detalle, existe coincidencia.

En efecto, hay dos notas comunes a las actividades que estudiamos los economistas. Ante todo, tales actividades se desenvuelven sobre la base de un complejo sistema de división social del trabajo, intercambio de mercancías y retribuciones monetarias. Son actividades que no podrían realizarse de ningún modo, o que sólo se ejercitarían de manera rudimentaria, si las personas se aislaran unas de otras prescindiendo de esas formas de cooperación e interdependencia social.

El segundo rasgo genérico, que hasta cierto punto es una consecuencia lógica del anterior, radica en que cada una de esas actividades está dirigida a maximizar el ingreso monetario neto, o bien (lo cual es en esencia equivalente) a minimizar el costo monetario neto derivado de ella. Aun cuando otras clases de actividad también implican ingresos y costos monetarios, en las actividades económicas la maximización del balance entre los efectos monetarios positivos

y negativos constituye el criterio principal regulador de las decisiones.

Con estas premisas podemos ya abordar nuestro tema. Según nociones generales, el sentido de la acción humana se determina por el fin que persigue el agente. El fin expresa el sentido de la acción, aunque no siempre la justifique. Por lo tanto, la maximización del ingreso monetario neto fija el sentido de la actividad económica. También la índole social de la actividad económica puede parafrasearse en esos términos. El sentido de la actividad económica de cada uno está ligado estrechamente a la actividad económica de los demás.

Estas consideraciones nos llevan a la idea central de nuestro análisis. Establecer el sentido de una acción implica interpretarla. El estudio de la actividad económica envuelve así ineludiblemente una labor interpretativa. La ciencia que trata de la actividad económica, la ciencia económica, es por consiguiente una ciencia de interpretación, una hermenéutica; y en virtud de la naturaleza de su objeto, una hermenéutica social [1].

Los capítulos en que se divide la ciencia económica son otras tantas partes de su programa hermenéutico: la teoría del consumo, hermenéutica de los fenómenos de demanda; la teoría de la producción, hermenéutica de los fenómenos de oferta; la teoría del valor, hermenéutica de los fenómenos de precios; la teoría del capital, hermenéutica de los fenómenos financieros y del proceso de crecimiento económico.

1 El filósofo francés contemporáneo Paul Ricoeur describe la interpretación como "un trabajo de pensamiento que consiste en descifrar el sentido escondido en el sentido aparente" (*Le conflit des interprétations, Essai d'herméneutique*, 1969, París, pág. 16).

II

De acuerdo con los conceptos anteriores, una ley económica es más que una regularidad o uniformidad estadística. Para que exista una ley económica deben concurrir un elemento empírico, representado por una asociación frecuente entre dos o más hechos, y un componente hermenéutico, aportado por la interpretación de ese nexo desde un punto de vista económicamente significativo.

Pocas de las denominadas "leyes económicas" pasan la doble prueba. Las leyes estáticas de la oferta y la demanda, según las cuales la cantidad ofrecida es función creciente y la cantidad demandada es función decreciente del precio del bien, cumplen los dos requisitos en lo que atañe a la demanda de factores de producción y a la oferta de productos. Carecen de soporte hermenéutico, en cambio, por lo que respecta a la oferta de factores de producción y a la demanda de productos finales.

La situación es todavía peor en lo que se refiere a las leyes dinámicas de la oferta y la demanda. Si las funciones de oferta y demanda sólo están definidas cuando los agentes económicos toman los precios como parámetros independientes de sus decisiones, ¿quién ajusta los precios en proporción al exceso de la demanda sobre la oferta? Esta cuestión continúa sin respuesta satisfactoria [2].

En otros casos lo que falta para tener una verdadera ley económica es el sustrato empírico. Tal ocurre con la célebre "ley de las salidas" o ley de Say. Es relativamente fácil imaginar supuestos plausibles en los que la oferta y la demanda globales de mercancías estén siempre equilibradas. Pero de hecho la desigualdad entre la oferta y la demanda globales no sólo existe sino que constituye el estado de cosas habitual, sea con signo positivo o negativo.

[2] Estrictamente, como hizo notar Kenneth Arrow, únicamente en equilibrio puede existir competencia perfecta (Toward a theory of price adjustment, *The allocation of economic resources, Essays in honour of Bernard Francis Haley*, 1959, Nueva York).

Las genuinas leyes económicas son una especie rara. Ya hemos recordado las leyes de la demanda de servicios productivos y de la oferta de productos. Podemos agregar la ley de Walras; también la ley de Gresham, en el régimen de tipos de conversión fijos. Aunque la lista es breve, no cabe esperar otra cosa de una disciplina hermenéutica. Lo propio de la elaboración hermenéutica no es formular leyes generales sino esquemas de interpretación.

Este punto debe subrayarse. Las leyes no agotan el contenido de una ciencia de interpretación ni marcan su límite operativo. Cuando un esquema de interpretación se combina con una regularidad de hecho, el resultado es una ley; pero el mismo esquema puede ser eficaz para dilucidar fenómenos poco frecuentes y hasta configuraciones excepcionales. El análisis económico se emplea extensamente en el estudio de la Gran Depresión, a pesar de los rasgos singulares que tuvo ese acontecimiento.

El contraste entre la unidad de la ley y la multiplicidad de los hechos subordinados a ella puede invertirse respecto de los esquemas de interpretación. A veces varias líneas de interpretación son admisibles para el mismo fenómeno. El consumo de mercancías se describe habitualmente como el último tramo de la actividad económica: producimos para consumir. No obstante, dado que el consumo afecta la productividad del trabajo, resulta asimismo posible contemplar el consumo como una fase intermedia del circuito económico. Ninguno de estos enfoques es superior al otro en todos los aspectos. El segundo enfoque elimina la mencionada ambigüedad de la demanda de productos finales y de la oferta de servicios productivos, pero su aplicación se limita a ciertas clases de consumo y de factores de producción.

Este ejemplo ilustra exactamente el caso general. Un esquema de interpretación no es una mera hipótesis ni un modelo descriptivo o predictivo, sino un modo de traducir la realidad y de hacerla inteligible. La construcción de tales esquemas, sobre todo en la forma de teorías sistemáticas, agrega potencialidades al conocimiento. Su variedad

es tan útil al intérprete como lo es para el pintor la policromía de la paleta.

III

Debe advertirse que la diferencia entre un esquema de interpretación y un modelo predictivo no se reduce a la distinción metodológica entre *ex post* y *ex ante*. Aunque un comportamiento sólo es predecible desde el punto de vista económico si es económicamente inteligible, un comportamiento plenamente inteligible en términos económicos puede no ser predecible. Cuando la solución del respectivo problema de máximo no es única, nadie puede pronosticar la decisión del agente. La predecibilidad no requiere solamente la existencia sino la unicidad de la solución. A menudo, en el terreno económico, las condiciones de unicidad no están garantizadas. Las funciones de comportamiento de los productores y consumidores son simples correspondencias, funciones de punto a conjunto, "multifunciones". La ciencia económica, ciencia de interpretación, sólo es secundariamente, y en menor escala, ciencia de predicción [3].

Sin embargo, en general, la impredecibilidad dista mucho de ser absoluta. Salvo en situaciones caóticas de completa incertidumbre, las elecciones maximizadoras forman un subconjunto de dimensión más pequeña que el conjunto de acciones posibles.

Con esto llegamos al epílogo de nuestra exposición. Una ciencia de la realidad puede servir para dos fines: conocer la realidad e influir en ella. El primero da origen al uso teórico de la ciencia; el segundo, a su uso práctico.

3 La distinción entre fenómenos inteligibles y fenómenos predecibles, que juzgamos primordial para la ciencia económica, armoniza con la concepción de Wilhelm Dilthey respecto a las "ciencias del espíritu", sin excluir de suyo la tesis de Martin Heidegger sobre la importancia de la interpretación (Auslegung) en las ciencias naturales y formales (*Sein und Zeit*, 1963, Tuebingen, págs. 149 y 154). En lo que respecta a la relación entre fenomenología y hermenéutica v. Academia Nacional de Ciencias, Centro de Estudios Filosóficos, *Escritos de Filosofía*, Nº 15-16, 1985, Buenos Aires.

La aplicación práctica de la ciencia económica, como la de cualquier otra rama del conocimiento, está regida por la ética.

La humanidad atraviesa una etapa de vastas transformaciones. Los cambios son incesantes. Las innovaciones no sólo alteran la técnica de la producción, a la manera schumpeteriana, sino el sistema económico y la organización social. En este proceso las ciencias naturales desempeñan un papel de primer plano, pues de su avance depende la continuidad del progreso técnico. Pero el adelanto de las ciencias sociales no es menos valioso. Sin una adecuada comprensión de los fenómenos sociales, resulta imposible discernir los senderos de transformación conducentes al bien común.

EL FIDEICOMISO DE LA PROPIEDAD PARTICIPADA EN LAS EMPRESAS PRIVATIZADAS

Comunicación efectuada por el académico Dr. Elías P. Guastavino, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de octubre de 1993

I. *Los fideicomisos en general*

Se estudiará únicamente el fideicomiso de la propiedad participada aplicable a las empresas estatales o públicas que se sometieron a procesos de privatización. La aplicación a empresas originariamente privadas –y por tanto ajenas a la "privatización"– no ha sido legislada y de serlo ofrecería importantes perspectivas sobre la validez constitucional, que no son analizadas aquí.

La ley 23.696 de reforma del Estado legisla el *fideicomiso* como instrumento esencial del programa de propiedad participada en las empresas públicas sujetas a privatización. A partir del art. 21, regula los programas de propiedad privatizada incluyendo, por una parte, el fideicomiso derivado del convenio entre el Estado vendedor y el denominado banco "fideicomisario", que funciona como fideicomiso de garantía del pago del precio de adquisición de las acciones (art. 34); y también regula la sindicación obligatoria de las acciones adquiridas por los empleados, usuarios o productores, instituyendo una especie próxima –si no genuina– de fideicomiso de mando, voto o gestión (art. 38). Mientras las acciones del programa de propiedad participada no sean pagadas, el manejo de ellas es obligatoriamente sindicado; y después del pago la sindicación accionaria será facultativa según las condiciones de emisión,

disposiciones del acuerdo general de transferencia y otras normas convencionales (art. 39). Es conveniente insertar tales elementos fiduciarios en la doctrina general del fideicomiso, integrándolos funcionalmente, teniendo presentes las estipulaciones de los acuerdos generales de transferencia.

La reseña sintética de la doctrina del fideicomiso no se propone exhumar figuras desvanecidas de la historia del pasado jurídico, sino precisar las aplicaciones de una serie de negocios complejos de la vida moderna, en los cuales la fiducia aparece como particularmente operativa en alguna de sus variantes. Una de éstas es la configurada en los programas de propiedad participada de privatización de las empresas estatales [1].

Fideicomiso es el resultado de una relación fiduciaria. Sin olvidar aplicaciones en derecho internacional público —como los territorios dados en fideicomiso por las Naciones Unidas—, en el derecho privado las relaciones fiduciarias pueden originarse en actos jurídicos unilaterales o en contratos [2] o pueden haber sido previstos o impuestos por las normas legales [3].

Las partes de la relación fiduciaria son: a) *Fiduciantes* o *fideicomitentes*, o sea quienes confían y transmiten el derecho, con entrega o no de la tenencia del bien; b) *Fiduciarios*, que son aquéllos en los que se confía, adquieren la titularidad del derecho y asumen la obligación de destinarlo

1 Sobre el sentido del estudio de la fiducia en negocios jurídicos complejos, G. MESSINA, *Scritti giuridico*, ed. Milán, 1948, p. 1. Por ejemplo, respecto a cesiones fiduciarias de créditos en aseguramiento de obligaciones comerciales o bancarias, ver nuestro estudio *La transmisión de créditos en garantía*, "Jurisprudencia Argentina", 18-1973, 504.

2 El fundamento de validez de los actos jurídicos unilaterales y de los contratos innominados que generan relaciones fiduciarias se apoya en el art. 19 de la Constitución Nacional de 1853 y en los arts. 53, 1037, 1143, 1197 del Código Civil.

3 Por ejemplo, dominio fiduciario de los arts. 2662, 2841 y concordantes del Código Civil y las normas citadas *infra* nota 7; y numerosas disposiciones del derecho comercial y bancario. Es interesante evocar que, con anterioridad a la aplicación del fideicomiso en el traspaso de la propiedad de empresas estatales por la ley 23.696, se había propuesto emplear el fideicomiso como medio de que el Estado se desprendiese sólo del dominio fiduciario de ellas; v. CARLOS A. M. FERRARIO, "E.D.", 98, 1019.

al fin fijado; y c) *Fideicomisarios*, los que están llamados en definitiva a aprovechar el beneficio o derecho, pudiendo ser los propios fiduciantes o terceros.

La ley de sociedades comerciales 19.550 emplea la terminología correcta al llamar "fiduciario" a la persona en creencia de que cumplirá fielmente el encargo. Otras leyes quien se confía entregándole la titularidad del derecho en la —la primera de debentures 8875 de 1912, ley de entidades financieras 21.526, ley 23.696 de reforma del Estado— incurren en el equívoco de designar como "fideicomisarios" a las personas en las que se confía para el cumplimiento de ciertas finalidades de garantía, gestión, etc.

La ambigüedad o equívoco del léxico ha sido atribuido al Proyecto Limantour presentado en 1905 al Congreso mexicano [4]. Será útil tenerlo presente y advertir que cada vez que la ley 23.696 y la reglamentación aluden al banco "fideicomisario" estrictamente se refieren al banco "fiduciario".

Las fases atravesadas por el fideicomiso son conocidas en su evolución histórica y en las modalidades del derecho argentino y comparado.

Algunas de esas fases y modalidades pueden coexistir. Los breves lineamientos que siguen sólo indicarán las principales características, como esquema mínimo para el tema propuesto.

En el derecho romano anterior a Augusto sólo se conocían las fiducias o encargos de confianza sin posibilidad de ejercer acciones por el fiduciante o el fideicomisario contra terceros. Únicamente originaban obligaciones naturales. En el período del derecho romano posterior a Augusto, se reconoció en favor del fiduciante una *actio fiduciae* con relación a la cláusula de comiso o al *pactum de vendendo*, pero

4 ALBERTO M. AZPEITIA, *Curso sobre leasing inmobiliario, derecho de superficie y fideicomiso inmobiliario*, "Rev. del Notariado", Buenos Aires, 1985, Nº 801, pp. 403 y ss. Más referencias al léxico de las partes de negocios fiduciarios en n. estudio *Actos fiduciarios*, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 365, Nº 1. El proyecto de reformas al Código Civil de 1993 de la comisión designada por decreto 468/92 emplea la terminología correcta respecto a los sujetos.

inoponible a terceros de buena fe [5]. La *actio fiduciae* surgía para después de cancelada la deuda que el fideicomiso garantizaba y su objetivo era reclamar la restitución de la cosa o la indemnización de daños. En fideicomisos por causa de muerte se aceptó un recurso de los fideicomisarios, ante los cónsules, desde la época de Augusto, para superar la deslealtad de los fiduciarios. En época de Claudio se instituyeron dos pretores especiales para conocer de tales casos [6].

En derecho argentino, sobre la base de la autonomía de la voluntad para otorgar actos jurídicos y contratos innominados (*supra* nota 2), son posibles negocios fiduciarios propiamente dichos.

Tales negocios consisten en una modificación de la relación jurídica preexistente y surgimiento simultáneo de una nueva relación: lo primero es la transmisión plena del dominio u otro derecho con fines de administración, garantía o facilitación de encargos de vigilancia o auxilio; y lo segundo consiste en el nacimiento de una obligación del adquirente de restituir el derecho al fiduciante o de transmitirlo a un tercero, una vez realizada la finalidad, todo por la confianza (fiducia) que el transmitente tiene hacia el adquirente. Otra modalidad genérica de los negocios fiduciarios se entronca con el dominio fiduciario del art. 2662 del Código Civil de 1869 de Dalmacio Vélez Sarsfield, de variadas aplicaciones y con leyes complementarias especialmente en el nivel comercial y bancario [7].

5 A. M. AZPEITIA, cit. en nota anterior, p. 420; CLAUDIO MARCELO KIPER, *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, ed. La Ley, Buenos Aires, 1990, capítulo III, p. 51 y ss.

6 C. M. KIPER, cit. en nota 5, p. 56.

7 La definición transcripta en primer término es la de los actos jurídicos fiduciarios propiamente dichos, de raíz romana; ver n. estudio cit. en nota 4. El art. 2662 y sus aplicaciones civiles, comerciales y bancarias, responde más bien a raíces similares a las del fideicomiso anglosajón y germánico, que auxiliado por inscripciones registrables permite al fiduciante oponer su derecho no sólo frente al fiduciario sino también frente a terceros; igual oponibilidad gozan los fideicomisarios. Una aplicación posible del dominio fiduciario del art. 2662 fue ron los bienes reservables (arts. 115/16, ley 2393 y 3590, Código Civil, suprimidos por ley 17.711 de 1968). Las donaciones del art. 1803 y las pactadas con reversión

Bajo el nombre de *trust* en derecho anglosajón y de *salmann* o *treuhand* en derecho germánico, con elementos vinculados al dominio fiduciario del art. 2662 del Código Civil argentino, se han desarrollado ampliamente los fideicomisos, no sólo respecto de cosas corporales. En esta modalidad, los fiduciantes y fideicomisarios cuentan con acciones reales para oponerse a los terceros. Los arts. 1847, 2670 y otros del Código Civil argentino también tutelan a los fiduciantes contra actos del fiduciario que exceden la esfera permitida de los actos de administración. En derecho sucesorio la sustitución fideicomisaria es ilícita según los arts. 3723 y 3731 del Código Civil de Vélez Sarsfield, pero se permiten legados en condiciones o cargos no referidos a la muerte (arg. arts. 3731, 3766, 3771/4) y en caso de incumplimiento, por virtud del art. 3774, rigen los arts. 1853/5/6.

El derecho comercial argentino conoce casos en que el fideicomiso concebido en modo próximo o idéntico al dominio fiduciario del art. 2662 del Código Civil y del derecho anglosajón ha recibido aplicaciones interesantes: contrato de fideicomiso en los debentures de la ley de sociedades comerciales 19.550, e incluso en la constitución por suscripción pública de sociedades anónimas (art. 170, ley 19.550). Correspondería, inclusive, analizar la ley 23.576 de obligaciones negociables [8] y las leyes 15.885 y 24.083 de fondos comunes de inversión (*infra* nota 49).

El fideicomiso de la propiedad participada en empresas privatizadas se suma a tal modalidad normativa.

Luego de haber mencionado casos genuinos o próximos de fideicomisos de la legislación comercial, es importante señalar que la ley de entidades financieras 21.526 –siguien-

---

de los arts. 1841 y ss. de igual código y otras donaciones sometidas a vicisitudes ajenas a la muerte también son citadas en tal sentido. Entre los años 1958 y 1963 la Dirección General de Préstamos Personales operó como fiduciaria de los titulares de créditos hipotecarios, según resolución del 23 de septiembre de 1958. En la liquidación de la ex Corporación de Transportes de la ciudad de Buenos Aires utilizaron el fideicomiso las leyes 14.065 y 14.501.

8 MARIANO GAGLIARDO, *El fideicomiso en los debentures y obligaciones negociables...*, "J.A.", semanario 5719, 10 de abril de 1991.

do orientaciones de sus antecesoras 18.061 y 20.574— habilita a los bancos de inversión y a las compañías financieras a actuar como "fideicomisarios" y cumplir encargos fiduciarios en los arts. 22 y 24.

La inscripción registral, al posibilitar la publicidad del dominio fiduciario y de otras limitaciones del dominio o titularidad de derechos y bienes en general, contribuye al posible auge de los fideicomisos permitiendo —en interés de fiduciantes y fideicomisarios— la oponibilidad de tales institutos jurídicos frente a terceros que hubieren contratado con los entes fiduciarios [9].

II. *Programas de propiedad participada*

Al comenzar la ley 23.696 de reforma del Estado la sección concerniente al destino final de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas declaradas sujetas a privatización, dispone en el art. 21 que el capital accionario podrá ser adquirido en todo o en parte a través de un programa de propiedad participada según el esquema que establecen los artículos siguientes.

Podrán ser sujetos adquirentes en un programa de propiedad participada: a) Los empleados del ente a privatizar de todas las jerarquías que tengan relación de dependencia, pero no el personal eventual, ni el contratado, ni los funcionarios y asesores designados en representación del gobierno o sus dependencias; b) Los usuarios titulares de servicios prestados por el ente a privatizar; y c) Los productores de materias primas cuya industrialización o elaboración constituye la actividad del ente a privatizar (art. 22, ley 23.696)[10].

9 Arts. 14, inc. "b" y 33 de la ley de registro de la propiedad inmueble 17.801. Respecto a las funciones registrales de la Inspección General de Justicia de la Nación como órgano que cumple las funciones del Registro Público de Comercio, en que se inscriben contratos de fideicomiso de índole comercial o financiera, ver arts. 3º y concordantes de la ley 23.315 y la reglamentación de la citada ley mediante decreto 1493 de 1982.

10 Ya el art. 1º del decreto 2423/91 había establecido que los únicos sujetos con legitimación para adquirir acciones en programas de propiedad parti-

El art. 14 bis, incorporado en 1957 a la Constitución Nacional, establece que la ley asegurará a los trabajadores *"la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección"*. La cláusula constitucional fue aprobada en la sesión del 24 de octubre de 1957, previo un cambio de ideas entre los convencionales Aguirre Cámara y Otero Monsegur sobre la necesidad o no de la inclusión en la Ley Suprema, afirmando el último de los nombrados la suficiencia de la legislación [11].

Los programas de propiedad participada de la ley 23.696 pueden ser cotejados con la mencionada cláusula constitucional.

Ante todo, la participación en el capital accionario de la ley 23.696 involucra no sólo una participación en las ganancias, sino también cierta aptitud para conocer las medidas y calidades productivas y asumir cierto control de la entidad. Aunque tal conocimiento o control no sea decisivo, no puede negarse que se alínea con el texto constitucional que tampoco establece que el control deba ser decisorio. Interesa destacar que la propiedad participada de la ley 23.696 no se adquiere gratuitamente ni por mera disposición legal,

---

cipada eran los del art. 22 de la ley, criterio reiterado en el art. 5º del decreto 584/93 que instrumenta una nueva reglamentación. TOMÁS HUTCHINSON, JORGE BARRAGUIRRE y CARLOS M. GRECCO, en *Reforma del Estado. Ley 23.696*, prologado por el autor del presente estudio, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 151, advierten la escasa relevancia de la participación de los usuarios en la orientación y desenvolvimiento de los servicios públicos.

11 Hubo también prolongado debate sobre el sentido y la redacción de la cláusula constitucional; v. Diario de sesiones de la Convención Nacional de 1957, pp. 1414 y ss. y pp. 1439 y ss. La principal deliberación recayó sobre el período referido al control de la producción y colaboración en la dirección. Existieron propuestas para suprimir esta parte de los convencionales Naím, Pastor, Joffré y Otero Monsegur, y otras para reemplazarla por fórmulas más proclives a la cogestión de Schaposnik, Ricci y Passini. En la votación triunfó el texto redactado por la Comisión sin cambios.

Conviene repetir que la propiedad participada de la ley 23.696 sólo concierne a las empresas públicas o estatales sujetas a privatización, sin problemas de validez constitucional referidos a la propiedad privada u otros derechos garantizados por la Constitución. Por el contrario, una legislación que impusiera obligatoriamente la propiedad participada en empresas privadas desde su origen, mal encarada, podría lesionar garantías constitucionales en perspectivas que exceden el presente estudio.

pues incumbe a los adquirentes abonar el precio, caracterizándose como onerosa la adquisición. Tampoco la propiedad participada de la ley 23.696 resulta de expropiaciones o usurpaciones. Otra singularidad es que la norma constitucional refiere sólo a un beneficio de los trabajadores y el programa de propiedad participada —al menos en la letra de la ley 23.696— puede involucrar a usuarios y productores de materia prima, además de empleados. Asimismo, cabe advertir que mientras el texto de la Ley Suprema únicamente dispone la participación en ganancias, la ley 23.696 al hacer participar a los sujetos mencionados en el capital, no descarta que también deban participar en pérdidas.

Los planes de participación del personal dependiente en los capitales de las sociedades anónimas en general, del art. 43 de la ley 23.576, a los que se otorgan beneficios tributarios, se distinguen de los programas de propiedad participada puesto que en aquéllos la adquisición debe ser gratuita para los dependientes mientras que es onerosa en los segundos.

Sin perjuicio de otorgar a los empleados participación en el capital accionario de las empresas privatizadas, los programas de propiedad participada de la ley 23.696 imponen a dichas empresas el deber de emitir bonos de participación en las ganancias para el personal, aunque no todos intervengan en los programas de participación accionaria, de conformidad al art. 29 de la ley 23.696 que explícitamente remite al instituto previsto en el art. 230 de la ley 19.550. El art. 20 del decreto 584/93 dispuso que la autoridad de aplicación deberá en todos los casos prever, al momento de la transformación del ente estatal en sociedad anónima, la emisión de tales bonos de participación en las ganancias y que la emisión constará en los estatutos sociales, conforme lo exige el art. 227 de la ley 19.550. Para algunos esta previsión legal y reglamentaria acredita una vez más el tradicional optimismo del legislador ya que los adquirentes tendrán que remontar el giro adverso reflejado en la evolución deficitaria anterior, abonar al Estado el precio convenido

de las acciones, efectuar las inversiones que exige la prestación de los servicios y compartir beneficios [12].

Para acreditar la importancia de los fideicomisos en los programas de propiedad participada basta mencionar algunos de los más notorios procesos de privatización de empresas públicas en que se los aplica.

En enumeración no exhaustiva, dichos programas de la ley 23.696 involucran el 10 % de la totalidad de las acciones de la privatizada empresa Gas del Estado; el mismo porcentaje del 10 % de Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA), Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Y.P.F.) y Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel). La central térmica o usina de San Nicolás tiene destinado el 12 % de las acciones al programa de propiedad participada; y la ex Acería Somisa confiere el 20 % de las acciones a este instituto accionario.

De cumplirse lo programado, numerosas personas serán accionistas del programa de propiedad participada e importantes desde el punto de vista económico los bienes representados por las acciones respectivas. Igualmente notable será la función fiduciaria de los bancos nominados.

Aunque el tema ha suscitado escasa repercusión política, puede significar —como lo adelantan los antecedentes extranjeros— una evolución del espíritu meramente clasista con transformación de la vida sindical [13].

Un sector de la doctrina es entusiasta partidario del programa de propiedad participada de la ley 23.696. Otros son reticentes y hasta estiman altamente improbable que el meritorio propósito de integrar trabajadores, usuarios y productores a la gestión empresaria —a cargo antes en esos ru-

12 T. HUTCHINSON, J. BARRAGUIRRE y C. GRECCO, cits., p. 165.

13 Ver *Los sindicatos y el riesgo empresarial*, editorial de "La Nación", Buenos Aires, 3 de agosto de 1993. Se afirma en esa oportunidad la existencia del riesgo de que el régimen de la propiedad participada resulte desvirtuado por el unicato o monopolio sindical con capitalización empresaria y que los propietarios reales de las acciones no sean los trabajadores sino los sindicatos, con trabajadores pobres y sindicatos ricos. Se concluye reiterando que no se debe lesionar la libertad constitucional de asociación y que corresponde superar la idea de sindicatos con personería gremial única.

bros exclusivamente del Estado— pueda tener viabilidad, tanto por desconfiar de la forma societaria a la que la ley obliga a ajustarse a los adquirentes, como por virtud de colocar en escena a entidades del sector financiero que gracias a disponer de grandes recursos se constituirán en factores determinantes de la dirección y modalidad del giro empresario [14].

Por nuestra parte, partiendo de la necesidad de concluir lo más rápidamente posible el pronunciado déficit de explotación de las empresas estatales y admitiendo que el espíritu de lucro —característico de la sociedad anónima— puede convocar los recursos económicos necesarios para realizar las adquisiciones de las empresas y efectuar las inversiones convenientes, dedicaremos el presente estudio a los aspectos jurídicos de los fideicomisos previstos en la ley. Nuestra finalidad es considerar las cuestiones de modo que el acuerdo general de transferencia y la reglamentación sean interpretados conforme al espíritu genuino de los fideicomisos, que es el de amparar a todas las partes interesadas e incluso al público atendido por los servicios.

Dividiremos el tema analizando primeramente los caracteres y aspectos funcionales previstos en el régimen normativo legal y reglamentario; y, posteriormente, se tratarán algunas cuestiones especiales que parecieran haber estado ausentes de las normas legales y reglamentarias.

III. *Caracteres y aspectos funcionales previstos*

Para el estudio específico de los fideicomisos de los programas de propiedad participada es necesario conocer los contratos de fideicomiso que integran como anexos los Acuerdos Generales de Transferencia. Y antes, aún, para comprender la funcionalidad del sistema jurídico en que operan

14 T. HUTCHINSON, J. BARRAGUIRRE y C. GRECCO, cits., p. 147; se preguntan si el diseño de sociedad anónima adoptado será o no más eficaz que los proyectos desarrollados a partir de las formas cooperativas o del proyecto D.E.B.A.

los fideicomisos conviene resumir los caracteres de la propiedad participada y los principales aspectos funcionales previstos en la ley 23.696 y en la reglamentación.

a) *Caracteres de la adquisición de la propiedad participada:* Los adquirentes deben pagar el precio de las acciones en el número de anualidades y del modo que se establezca en el Acuerdo General de Transferencia (art. 30, ley 23.696; fue de 8 anualidades en el caso que se menciona *infra* nota 47). La adquisición de las acciones asignadas a la instrumentación del programa de propiedad participada siempre es *onerosa* (art. 7º, decreto 584/93). El ingreso al sistema de la propiedad participada como accionista por empleados, usuarios o productores de la materia prima industrializada no es, pues, consecuencia de usurpaciones ni expropiaciones. Tampoco es donación ni distribución gratuita de bienes estatales. Por otra parte, la adquisición es acto *voluntario* de los adquirentes, que deberán expresar su intención de adherir al sistema de modo *individual*, personalmente y no a través de representantes (art. 6º, decreto 584/93)[15]. La incorporación individual sólo puede ser realizada por las personas *taxativamente* mencionadas por el art. 22 de la ley 23.696 (art. 5º, decreto 584/93), a saber: empleados, usuarios y productores de materia prima a industrializar en la empresa.

b) *Decisión sobre la factibilidad:* Modificando lo dispuesto por la resolución 683/90 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, que ordenó crear un Comité Ejecutivo bajo dependencia directa de ese Ministerio para aprobar los programas de propiedad participada —con intervención del Ministerio de Trabajo y de la "entidad gremial pertinente"—, el art. 1º del decreto 584/93 ha esta-

15 La reglamentación primitiva mencionaba la posibilidad de adherir individual o colectivamente a los programas de propiedad participada. Fue sustituida por el decreto 584/93. Sobre el riesgo del sindicato único ver *supra* nota 13.

blecido que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es la autoridad que determinará para cada empresa, sociedad, establecimiento o hacienda productiva declarada "sujeta a privatización" la factibilidad de instrumentar un programa de propiedad participada. La concreta instrumentación de dicho programa deberá ser prevista en los pliegos de base y condiciones para la licitación pública y el desarrollo del mismo, a instrumentar por la autoridad de aplicación en el proceso de privatización respectivo.

c) *Grados de aplicación:* La ley 23.696 se refiere a los programas de propiedad participada como una "posibilidad" a aplicar en el capital accionario de las empresas sujetas a privatización ("podrá", art. 21 de la citada ley). Esa mera facultad u opción administrativa ha sido, posteriormente, enfatizada por la reglamentación. En primer lugar, cuando en la privatización de un ente estatal se contemple la participación de los sujetos enumerados en el art. 22, inc. "a" de la ley 23.696 (empleados), ésta debe llevarse a cabo a través de un programa de propiedad participada "salvo que expresa y fundadamente se establezca otra forma de participación" (art. 2º, decreto 584/93). Y, en segundo lugar, la autoridad de aplicación deberá expresar los motivos de la no inclusión de un programa de propiedad privatizada en el proceso de privatización de un ente estatal, en decisión que deberá ser compartida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (art. 3º, decreto 584/93). Tal intensificación de la aplicabilidad de los programas de propiedad participada es coincidente con la acogida favorable que el instituto parece haber tenido en ámbitos gremiales, según es posible apreciar por la lectura de solicitadas, avisos periodísticos e, incluso, por reclamos relacionados con el condicionamiento de créditos oficiales a empresas con dificultades financieras al "control de los operarios mediante la propiedad coparticipada". Reafirma el énfasis en la aplicación de los programas de propiedad participada que reglamentariamente esté ordenada su aplicación

en todos los métodos privatizadores: venta, concesión, licencia o permiso (art. 7º, decreto 584/93).

d) *Sujetos adquirentes:* Los únicos sujetos que están legitimados para adquirir acciones en los programas de propiedad participada son los mencionados taxativamente en el art. 22 de la ley 23.696 (*supra* § II y nota 10). En los fideicomisos previstos en la citada ley, dichas personas serán los "fideicomisarios" o "fideicomitidos" (*supra* § I). Es interesante reiterar que los adquirentes al integrar el programa de propiedad participada efectúan un *contrato por adhesión*, insusceptible de salvedades individuales o de condicionamientos, según expresamente lo había previsto el decreto 2423/91 en su momento, y reitera el art. 12 del decreto 584/93.

e) *Objeto:* Objeto de los programas de propiedad participada puede ser la totalidad o una fracción del capital accionario del ente estatal a privatizar (arts. 21 de la ley 23.696 y 1º del decreto 584/93).

f) *Acciones del capital:* Varias normas conciernen a las acciones. Serán siempre *escriturales* (art. 4º, parte final, decreto 584/93), correspondiendo por tanto cumplir lo establecido en los arts. 208, 215 y concordantes de la ley de sociedades comerciales 19.550. El capital accionario de la entidad privatizada estará representado por acciones, todas con *derecho a voto* según las condiciones de su emisión (art. 24, ley 23.696). Adscripta la propiedad participada a la forma societaria anónima, es consecuencia obligada que los accionistas limiten su *responsabilidad* al capital que integran por ese medio: las acciones, de acuerdo con el art. 163 de la ley 19.550 [16]. Cuando en un programa de propiedad par-

16 T. HUTCHINSON, J. BARRAGUIRRE y C. GRECCO, cits., p. 158. Acerca de la responsabilidad de los accionistas sindicados —como son los de una propiedad participada— por actos societarios ilícitos y los procedimientos para eximirse, ver *infra* § IV.

ticipada concurran adquirentes de distintas clases, sea entre los enumerados en el art. 16 de la ley 23.696, sea con inversores privados, todas las acciones serán del *mismo tipo* para todas las clases de adquirentes (art. 25, ley cit.). Sin embargo, en la reglamentación se expresa que cabría exceptuar de esta igualdad de tipo de acciones "aquellos casos en que por la naturaleza de la sociedad a transferir, sea conveniente introducir una distinción funcional entre algunas categorías de accionistas" (art. 4º, decreto 584/93)[17]. En casos de *aumentos de capital* los adquirentes de acciones comprendidas en programas de propiedad participada tendrán derecho a suscribir e integrar la misma cantidad de acciones de su clase necesaria para mantener, por lo menos, la *proporción* accionaria; las condiciones de emisión e integración de tales acciones no podrán ser más gravosas para sus adquirentes que las previstas para el resto de las acciones y las no suscriptas en tiempo y forma podrán ser adquiridas por los accionistas de otra clase (art. 19, decreto 584/93).

g) *Coeficiente de participación:* La proporción accionaria de cada adquirente individual en los programas de propiedad participada se determina en relación directa al coeficiente matemático de la ley y dicha proporción deberá mantenerse en futuros aumentos de capital (art. 26, ley 23.696). Lo último es para no reducir los derechos de los adquirentes en los futuros aumentos de capital, pero por sí solo es insuficiente para asegurar los derechos de la minoría (*infra* § IV, "d"). Las bases conceptuales y los métodos matemáticos para determinar los coeficientes de participación serán aprobados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta de la

17 Dada la explícita literalidad del art. 25 de la ley 23.696 no es segura la legitimidad de la excepción prevista en la reglamentación, máxime si sólo se la apoya en la "conveniencia" y por la naturaleza de la sociedad a transferir. Por lo demás, si por tipo de acciones se entiende lo referido a las características exteriores del documento (acciones nominativas, al portador, etc.), la imposición reglamentaria de que sean siempre escriturales restaría margen de aplicabilidad a las excepciones, todo en el supuesto de considerarlas legítimas.

respectiva autoridad de aplicación (art. 14, decreto 584/93). La autoridad de aplicación, al elaborar el coeficiente para cada clase de adquirente, con adecuación a cada proceso de privatización, debe seguir los siguientes criterios: para *empleados* adquirentes el coeficiente ha de ser representativo de la antigüedad, cargas de familia, nivel jerárquico o categoría e ingreso total del último año; para el caso de *usuarios* adquirentes el coeficiente deberá ser representativo del valor actualizado de los servicios utilizados o de los consumos efectuados durante el último año, debiendo ser representativo también de las cargas de familia en el caso de usuarios individuales y del total de salarios pagados durante el último año actualizado si el usuario adquirente fuere una empresa; y para el caso de *productores* adquirentes el coeficiente deberá ser representativo del valor actualizado de la producción del último año, debiendo también ser representativo de las cargas de familia si son productores individuales y en caso de ser una empresa será representativo, asimismo, del total de salarios pagados durante el último año, actualizado (art. 27, ley 23.696). Para cada clase de adquirentes, la asignación del coeficiente deberá ser el resultado de la aplicación uniforme de la misma fórmula de determinación para todos y cada uno de ellos (art. 28, ley 23.696).

h) *Fideicomiso* [18]: Se considerarán los aspectos de garantía y de gestión, el carácter obligatorio o facultativo, las

18 Se ingresa en el análisis específico del fideicomiso en la propiedad privatizada de las empresas privatizadas. Además de obras generales sobre el fideicomiso ver: GIOVANNI E. COLOMBO, *Los sindicatos accionarios y la tutela de las minorías*, "La Ley", 146, 839; VÍCTOR BRUDNEY, *La ideología fiduciaria y el control de las sociedades anónimas en los E. U. de Norteamérica*, Michigan Law Review, vol. 65, Nº 2, 1966, p. 259, con reseña en "La Ley", 127, 1488 de J. D.; CARLOS ÁNGEL M. FERRARIO, *Algunas consideraciones acerca del fideicomiso a efectos de su regulación legal*, "J.A.", 1980-III, 773; CARLOS S. ODRIOZOLA, *Acerca del reconocimiento legal del convenio de sindicación de acciones (ley 23.696)*, en "Congreso Argentino de Derecho Comercial", organizado por el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, 1990, vol. II, p. 411; MARIANO GAGLIARDO, *Toma de control societario y medidas defensivas*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 193, pp. 87 y ss.; MÁXIMO BOMCHIL (h.), *Breve comentario a la resolución 61 de la C. N. de Valores sobre oferta pública para*

limitaciones a la libre disponibilidad de las acciones, el Fondo de Garantía y Recompra, la representación en el órgano de administración, el ejercicio de reclamos judiciales por el Estado acreedor y por los empleados adquirentes de las acciones del programa y, finalmente, el contenido, anexos y otras vertientes de los Acuerdos Generales de Transferencia.

h. "I": Fideicomiso de garantía: Después de disponer en los arts. 31 a 33 la obligación de destinar al pago de las acciones la totalidad o una fracción de los dividendos anuales, y para el caso de que éstos resultaren insuficientes, la destinación de hasta el cincuenta por ciento de la participación en las ganancias instrumentadas en el bono del art. 29, la ley 23.696 establece en el art. 34 que "*Como garantía de pago, los adquirentes comprendidos en un Programa de Propiedad Participada constituirán una prenda sobre las acciones objeto de la transacción a favor del Estado vendedor o de la autoridad de aplicación, en su caso. A ese efecto, las acciones se depositarán en un banco fideicomisario*". La ley 21.526 autoriza a los bancos de inversión y a las compañías financieras para actuar como "fideicomisarios" (mejor, fiduciarios *supra* § I) y depositarios de fondos comunes de inversión, administrar carteras de valores mobiliarios y cumplir otros encargos fiduciarios (arts. 22, inc. "g", y 24, inc. "i"). El art. 34 de la ley 23.696 no exige que necesariamente el banco "fideicomisario" sea oficial o público, pudiendo ser privado. Se interpreta que los denominados bancos comerciales, en virtud de la amplia redacción del art. 21 de la ley 21.526, también pueden cumplir el rol de bancos fiduciarios. El fideicomiso de garantía está vinculado a uno de los supuestos de dominio menos pleno o imperfecto: el dominio fiduciario de los arts. 2661 y siguientes del código civil argentino. Se considera que el banco

adquisición del control, "Rev. del D. Com. y de las Oligacs.", 1981, p. 867; FERNANDO MASCHERONI, *La sindicación de acciones*, ed. Cangallo, Buenos Aires, 1968; GUILLERMO MATTA y TREJO, *Otra vez en torno de los pactos de sindicación de acciones*, "La Ley", 1980-C, 102.

encargado de la fiducia recibe un dominio fiduciario de los bienes con la finalidad de garantizar el pago del precio de adquisición de las acciones, reconociendo que los propietarios finales y plenos serán los fiduciantes o fideicomitentes, esto es los empleados, usuarios o productores adquirentes de las acciones del programa de propiedad participada. Por lo demás, los bancos fiduciarios no deben utilizar las acciones en provecho propio sino de los fiduciantes y de los fideicomisarios. El beneficio o derecho propio de los bancos fiduciarios es percibir una comisión, equivalente a cierto porcentaje sobre el valor de los fondos que reciben para cancelar el pago de las acciones afectadas al programa de propiedad participada, cuya tasa se estipula en el contrato de fideicomiso a celebrar entre el Estado vendedor y el banco, que integra como anexo el Acuerdo General de Transferencia, y que además de dichas partes, también suscriben los empleados, usuarios o productores de materias primas adquirentes de las acciones. El decreto 584/93 expresamente dispone que el depósito en el banco "fideicomisario" de las acciones prendadas en favor del Estado vendedor "*constituye un fideicomiso de garantía*" y que dicho banco actuará en este caso como "*custodia*" del interés del Estado acreedor, siendo aplicable el art. 3207 del código civil que refiere al caso en que el objeto de la prenda ha sido puesto en poder de un tercero (art. 23, decreto citado). También establece el decreto 584/93 que el banco "fideicomisario", mientras existan limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, administrará el Fondo de Garantía y Recompra al que más adelante se hará referencia (art. 25, decreto cit.). La autoridad respectiva de aplicación designa al banco "fideicomisario" y esa designación se incluye en el Acuerdo General de Transferencia (arts. 11 y 22, decreto 584/93). La facultad estatal de designar al banco "fideicomisario" reaparece en caso de renuncia del banco a las funciones asignadas, lo que es explicable por que la entidad encargada de cumplir el negocio fiduciario de garantía debe merecer la confianza del titular de los intereses

custodiados. La entidad que llevare el registro de la sociedad anónima en cuestión, inscribirá la constitución del derecho real de prenda y, en su caso, la transferencia de titularidad de las acciones si el Estado vendedor ejecutó la garantía prendaria (art. 29, decreto 584/93).

h. "2": Fideicomiso de gestión; sindicación accionaria: En complemento funcional del fideicomiso de garantía, la ley de reforma del Estado 23.696 ha instituido una especie genuina o muy próxima a los fideicomisos de gestión, de mando o de voto, adecuándose asimismo a la necesidad de facilitar un rol protagónico a las acciones del programa con la figura de la *sindicación* de dichas acciones [19]. En una primera etapa la sindicación de acciones es legalmente *obligatoria* y en la segunda etapa —al menos en la literalidad de la ley— puede ser *facultativa* (*infra* h. "3"). Dispone la ley 23.696 en el art. 38 que "*Mientras las acciones no hayan sido pagadas ni liberadas de la prenda, su manejo será obligatoriamente sindicado. El ejercicio de los derechos políticos emergentes de las acciones objeto de un Programa de Propiedad Participada, será regulado por un convenio de sindicación de acciones suscripto por todos los sujetos adquirentes según lo establecido en este artículo: a) Los convenios de sindicatura de acciones se adecuarán a las condiciones de cada Programa de Propiedad Participada en concreto, pudiendo establecerse reglas específicas para cada clase de adquirente enumerada en el art. 22; b) Los convenios de sin-*

19 G. E. COLOMBO, cit. en nota 18, recuerda que existen dos especies de sindicato de acciones.

Una especie está formada por los sindicatos de *bloqueo* que constituyen acuerdos por medio de los cuales un grupo de socios se compromete a no transferir las acciones o a transferirlas sólo a ciertos miembros del sindicato.

La segunda especie son los sindicatos de *voto*, que constituyen acuerdos por los cuales los accionistas se comprometen a votar de modo uniforme en una o más asambleas.

En esta última modalidad, los accionistas se comprometen o a votar personalmente en modo uniforme —en el sentido establecido internamente por el sindicato—, o a hacer votar mediante poder a un mandatario común.

En los programas de propiedad participada de la ley 23.696, la reglamentación y los convenios anexos a los acuerdos generales de transferencia se ajustan básicamente a tales esquemas.

dicación de acciones establecerán la obligación para todos los adquirentes de gestionar colectivamente el conjunto de acciones sindicadas y adoptar por mayoría de acciones sindicadas las posiciones a sostener en las asambleas de la sociedad, con fuerza vinculante para todos; c) Los convenios de sindicación de acciones establecerán la obligación de designar por mayoría de acciones sindicadas, un representante o síndico para que ejerza el derecho de voto de todos en las asambleas de la sociedad anónima". El decreto 584/93 dispone que el convenio de sindicación de acciones formará parte como anexo del Acuerdo General de Transferencia (art. 17)[20]. Doctrinariamente se ha vinculado la sindicación accionaria de la ley 23.696 a los *voting trust* de los Estados Unidos de América. Luego de plantearse en teoría su licitud, paulatinamente la respuesta ha sido favorable a la validez, dentro de importantes límites: sólo concierne a los accionistas que formalizan el pacto, no deben perseguir fines ilícitos ni agraviar la causa societaria o abusar del derecho de los otros; tampoco han de conceder poderes ilimitados al síndico[21]. En derecho argentino la jurisprudencia ha especificado que es ilícito el pacto de sindicación por el cual se asumiese de modo anticipado y absoluto la obligación de

20 Interesa esquematizar un convenio de sindicación de acciones proyectado por las autoridades con miras a implementar programas de propiedad participada.

Se contemplan: 1) Cláusulas referidas al objeto del convenio, o sea a la totalidad de acciones del programa; 2) Órganos de aplicación constituidos por los comités ejecutivos designados por las asambleas de los sindicatos; 3) Funciones del comité ejecutivo; 4) El mandatario de los empleados adquirentes sindicados será el presidente del comité ejecutivo; 5) Asambleas de los acconistas sindicados, con cláusulas sobre su convocatoria, quórum, adopción de resoluciones por simple mayoría del capital sindicado, temario; 6) Representación de los accionistas sindicados en las asambleas del sindicato accionario; 7) Actas; 8) Obligaciones de los sindicados; 9) Plazo de duración; hasta el primer día hábil siguiente a que las acciones hayan sido totalmente pagadas, liberadas de la prenda y distribuidas entre todos los empleados adquirentes; 10) Arbitraje por laudo inapelable del presidente de la Comisión Nacional de Valores.

21 T. HUTCHINSON, J. BARRAGUIRRE y C. GRECCO, cits. en nota 10, p. 174; en esta obra los autores rememoran y transcriben un profundo análisis de la cuestión en la sentencia del 22 de septiembre de 1982 en la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en la causa "Sánchez, Carlos J. v. Banco de Avellaneda S.A. y otros", "E.D.", 100, 657, con exhaustivo voto del Dr. Jaime L. Anaya.

votar las cuentas que indiquen los administradores, supuesto que constituirá la fase censurable de tales pactos de sindicación de acciones con los administradores [22]. Con los límites señalados, en los programas de propiedad participada el convenio de sindicación de acciones es fuente de una figura muy próxima —si no genuina— de *fideicomiso de gestión*. En efecto, se instituye el depósito de las acciones en un banco al que se denomina "fideicomisario" (o mejor, fiduciario) respecto del fideicomiso de garantía que la sindicación accionaria integra y complementa funcionalmente, y desde diversas perspectivas se responde a la noción del fideicomiso al otorgarse al banco poderes económicos y jurídicos amplios pero reconociendo que la propiedad final es de los accionistas depositantes [23]. Por otra parte, con abstracción de configurarse o no un fideicomiso de gestión, si alguna duda pudiera haber restado sobre la validez de la sindicación accionaria, la ley 23.696 la ha disipado [24]. Literalmente, sin embargo, la reglamentación de esta ley pareciera haber configurado este instituto sólo como próximo y no idéntico a los fideicomisos de gestión, pues precisa que los derechos económicos, políticos y de cualquier otra naturaleza que surjan de la propiedad de acciones correspondientes a un programa de propiedad participada "serán ejercidos con exclusividad por los adquirentes previstos en el art. 22 de la referida ley o por representantes que, a tal efecto, designen especialmente" (art. 8º, decreto 584/93); y que, según la misma reglamentación, los adquirentes con-

22 Sentencia evocada en la nota anterior.

23 Ver ALBERTO V. VERÓN, *Sociedades comerciales*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, III, p. 573. El poder amplio en el fideicomiso de gestión, otorgado al fiduciario, incluiría la facultad de ejercer derechos sustanciales: cobro de dividendos, suscripción de nuevas acciones, derecho de voto. En el programa de propiedad participada la reglamentación —como se verá seguidamente— ha incidido sobre estos aspectos, morigerando o alterando la tipificación de los pactos de sindicación como fideicomisos de gestión. La duda que surge refiere a si en los contratos anexos al acuerdo general de transferencia podrían convenir el otorgamiento al banco fiduciario de facultades características del fideicomiso de gestión. La respuesta depende de atribuir o no a la reglamentación el carácter de orden público e inderogabilidad.

24 Ver el significativo estudio de CARLOS S. ODRIOZOLA, cit. en nota 18.

servarán el ejercicio de los derechos políticos que se desprenden de su calidad de accionistas, a pesar de la prenda de las acciones (art. 28, decreto cit.), debiendo entenderse que el ejercicio de tales derechos debe ser adecuado a la sindicación accionaria impuesta por la ley y regulada reglamentariamente.

h. "3": Carácter obligatorio o facultativo de la sindicación accionaria: Mientras las acciones no hayan sido pagadas ni liberadas de la prenda, su manejo será *obligatoriamente* sindicado (art. 38, ley 23.696). Las acciones pagadas, liberadas de la prenda y asignadas a los adquirentes por el procedimiento legal, son de libre disponibilidad para su propietario, salvo las limitaciones establecidas en el acuerdo general de transferencia, las condiciones de emisión o convención en contrario (art. 37, ley 23.696). Una vez cumplidos los recaudos del art. 37, la sindicatura será *facultativa*, según las condiciones de emisión, las disposiciones del acuerdo general de transferencia y otras normas convencionales. Es probable que se ejercite la facultad de proseguir el régimen de sindicatura, por la inconveniencia de una gestión individual e independiente dada la multiplicidad de las personas involucradas como accionistas en los programas de propiedad participada. Sin menoscabo de ello, no deben descartarse cambios en los sujetos fiduciarios o "fideicomisarios", plazos convencionales en la sindicación accionaria, resguardos de responsabilidad, modificación del derecho a comisión de los entes fiduciarios, previsiones sobre remociones y otras estipulaciones cambiantes en el nuevo régimen de sindicación accionaria [25].

25 En el esquema de acuerdo general de transferencia proyectado en la oportunidad indicada en la nota 20, se estipula que las acciones liberadas de la prenda proporcionalmente a las amortizaciones realizadas permanecerán depositadas mientras dure el régimen de sindicación, sujetas a la prohibición de venta a terceros; y que el manejo del paquete accionario seguirá siendo obligatoriamente sindicado hasta la cancelación total del precio. En el convenio de sindicación de acciones esquematizado en igual ocasión se estipula que a partir del momento de pago total, liberación y distribución entre todos los empleados adquirentes, y cumplidos los recaudos del art. 37 de la ley 23.696, la sindicación accionaria

h. "4": Limitaciones a la libre disponibilidad de las acciones: Existe cierto paralelismo entre la restricción a la disponibilidad de las acciones de los programas de propiedad participada y el período en que su sindicación es obligatoria. En el convenio de sindicación accionaria —legalmente obligatorio mientras las acciones estén prendadas en garantía del pago del precio de compra— los accionistas sindicados se comprometen por las cláusulas del convenio de sindicación que suscriben como anexo necesario del acuerdo general de transferencia a no vender, ni ceder, ni permutar, ni donar, ni transferir por título alguno, ni ejercer el derecho de preferencia o de acrecer salvo entre ellos en la forma que lo establece el mencionado acuerdo general, ni prendar, ni dar en garantía, ni constituir usufructo o establecer sobre las acciones derecho real alguno o asumir obligaciones cuyo cumplimiento consista o pueda consistir en transferir total o parcialmente la titularidad de los derechos de dominio sobre las acciones sindicadas. Cuando antes de pagarse la totalidad del precio de compra del paquete accionario destinado al programa de propiedad participada cesare por cualquier causa (ej.: muerte, despido, etc.) la relación laboral, entra a funcionar el Fondo de Garantía y Recompra (*infra* h. "5"), que implica también una restricción a la disponibilidad. Las acciones ya pagadas, liberadas de la prenda y asignadas a los adquirentes por el procedimiento legal todavía pueden resultar de disponibilidad restringida por las limitaciones establecidas en el acuerdo general de transferencia, condiciones de emisión o convenciones especiales (art. 37, ley 23.696). La doctrina ha advertido la conveniencia de tomar precauciones respecto a la absoluta disponibilidad a la luz de la experiencia ajena, recordando que en Gran Bretaña —y no ya en un programa de propiedad participada— la mayoría de las acciones habían sido compradas por las grandes instituciones financie-

será facultativa. Al convenirse que la sindicación facultativa sólo operará a partir del pago, liberación y distribución entre "todos" los adquirentes, finalizado el pago del precio total, se distancia en el tiempo la posibilidad de ingresar a la sindicación accionaria facultativa.

ras [26]. Interesa destacar que la reglamentación de la ley 23.696, al mismo tiempo, ha delimitado con más precisión y ampliado el margen restrictivo de la disponibilidad de las acciones de los programas de propiedad participada luego de haber sido pagadas, liberadas de la prenda y asignadas a los adquirentes, habilitando a la autoridad de aplicación a imponer limitaciones a la transmisibilidad, más extensas que el principio de libre disponibilidad, debiendo fundar tal decisión. Dichas limitaciones serán temporarias y deberán constar como condiciones de emisión de acciones —tal como lo prevé el art. 37 de la ley—, en los estatutos sociales o dentro del Acuerdo General de Transferencia. Los sujetos adquirentes, una vez pagadas las acciones o en su caso extinguidas las limitaciones establecidas por la autoridad de aplicación podrán: a) establecer nuevas limitaciones a la transmisibilidad, mediante la celebración de un acuerdo vinculante para todos los sujetos adquirentes; o b) desafectar dichas acciones del programa de propiedad participada, transformándolas en acciones de libre transmisibilidad a terceros. Estas decisiones deberán tomarse por mayoría simple de sujetos adquirentes reunidos en asamblea especial, convocada al efecto. Cada sujeto adquirente tendrá un voto y la decisión adoptada será obligatoria para todos ellos. En estos casos no está permitida la representación (art. 15, decreto 584/93).

h. "5": Fondo de Garantía y Recompra: Cuando rijan limitaciones a la transmisibilidad para las acciones asignadas a un programa de propiedad participada, éstas sólo podrán ser transferidas dentro de cada clase de adquirentes. En estos casos, deberá establecerse un Fondo de Garantía y Recompra que permita adquirir las acciones de los sujetos adquirentes que dejen de pertenecer al programa de propiedad participada por muerte, renuncia, despido, retiro o por cualquier otra causa legal o estatutaria prevista y vender

26 T. HUTCHINSON, J. BARRAGUIRRE y C. GRECCO, cits. en nota 10, p. 159.

dichas acciones a los originarios sujetos-adquirentes o a aquéllos que ingresen con posterioridad. Mientras las acciones permanezcan en el Fondo de Garantía y Recompra, los derechos políticos serán ejercidos por el denominado banco "fideicomisario" (mejor fiduciario), quien actuará en calidad de mandatario de los sujetos-adquirentes (art. 16, decreto 584/93)[27].

h. "6": Representación en el órgano de administración: Se debe asegurar la elección de, por lo menos, un director titular y un director suplente en representación de los accionistas pertenecientes al programa de propiedad participada, en el órgano de administración de cada sociedad. Ese director deberá ser elegido por los sujetos-adquirentes, reunidos en asamblea especial convocada al efecto, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 262 de la ley 19.550 que también concierne a la remoción del representante; el derecho a elegir un director representante de los sujetos-adquirentes

27 El Fondo de Garantía y Recompra configura un genuino fideicomiso de garantía y de gestión. En el acuerdo general de transferencia diagramado en oportunidad de implementarse los programas de propiedad participada, se estipula que el banco fideicomisario administrará el referido fondo, percibiendo una comisión; el Fondo de Garantía y Recompra pertenecerá a los empleados adquirentes y la administración por el banco durará hasta que las acciones estén totalmente pagadas. En caso de renuncia por el banco a las funciones asignadas, el Estado nominará al nuevo administrador del Fondo de Garantía y Recompra. Se constituye como un condominio de indivisión forzosa y se integrará con el diez por ciento de los dividendos distribuidos por las acciones asignadas al programa de propiedad participada. En caso de que el monto disponible de dicho Fondo excediera el 5 % del valor contemporáneo de las acciones asignadas al programa de propiedad participada, dicho excedente será destinado por el banco a la cancelación anticipada de las acciones aún no pagadas. Cuando antes de pagarse la totalidad del precio del paquete accionario destinado al programa de propiedad participada, cesare por cualquier causa la relación laboral del empleado adquirente con la empresa privatizada, quedará automáticamente resuelta la operación de compraventa respecto de las acciones que no fueron pagadas hasta ese momento. Se regula el ofrecimiento de las mismas por el Fondo y el precio de venta. Expresamente se estipula que el banco "ejercerá los derechos políticos de las acciones en poder del Fondo, a nombre del cual se inscribirá la titularidad fiduciaria de las mismas, las que quedarán sujetas al régimen de sindicación de las demás acciones". Dado que el Fondo de Garantía y Recompra se constituye —según la explícita estipulación antes recordada— como un condominio de indivisión forzosa, y únicamente el banco fiduciario tiene personería jurídica, debe entenderse que la titularidad fiduciaria de las acciones del Fondo se registra a nombre del banco y no del Fondo.

no puede ejercerse si, una vez realizada la distribución originaria, la proporción accionaria asignada al programa de propiedad participada disminuyera en más de un cuarenta por ciento (art. 18, decreto 584/93). Importa destacar, pues, que la representación en el órgano de administración societaria no está encomendada al banco fiduciario sino al elegido en asamblea por los empleados adquirentes [28].

h. "7": Ejercicio de reclamos judiciales por el Estado acreedor y por los empleados adquirentes de las acciones del programa: La entidad que llevare el registro de las acciones de la sociedad anónima en cuestión, inscribirá la constitución del derecho real de prenda y, en su caso, la transferencia de titularidad de las acciones si el Estado ejecutó la garantía prendaria (art. 29, decreto 584/93). A los efectos de hacer efectiva la garantía prendaria, por incumplimiento de los sujetos-adquirentes, es aplicable lo dispuesto por el art. 585 del Código de Comercio que, cuando la prenda consiste en acciones de compañías u otros papeles de comercio negociables en bolsas o mercados públicos, faculta a hacer la venta por medio de corredor, al precio de cotización al día siguiente del vencimiento (art. 30, decreto 584/93). El ejercicio de las acciones y reclamos judiciales por los empleados adquirentes de los títulos comprendidos en un programa de propiedad participada es una de las cuestiones que no ha sido expresamente prevista por la ley 23.696. El vacío normativo debe superarse mediante la analogía (*infra* § IV).

h. "8": Acuerdo General de Transferencia: Numerosos aspectos funcionales del fideicomiso en la propiedad par-

28 Al resumir en la nota 20 el esquema de un convenio de sindicación de acciones, diagramado por las autoridades administrativas, se sintetizaron los órganos de aplicación del referido convenio de sindicación. Entendemos que el presidente del comité ejecutivo, que puede desempeñarse como mandatario de los empleados adquirentes sindicados para representarlos en las asambleas ordinarias y extraordinarias —votando en la forma aprobada por la asamblea del sindicato—, también podría ser nominado por los accionistas sindicados para desempeñarse como director representante de ellos en el órgano de administración, sin perjuicio de que elijan a otro.

ticipada de las empresas privatizadas se deben estudiar analizando los respectivos acuerdos generales de transferencia. Por la importancia que tienen cabe precisar que otorgan dicho acto jurídico plurilateral, de índole contractual, las siguientes *partes*: los adquirentes de las acciones asignadas a un programa de propiedad participada, el Estado vendedor y el banco "fideicomisario" (art. 10, decreto 584/93). El *contenido* debe referir al porcentaje accionario objeto de la venta, la cantidad de acciones representativa de aquél, su precio y plazo de pago (art. 9º, decreto 584/93). Se instrumenta en un contrato *de adhesión* (art. 12, id.). Además del *contenido* antes resumido, debe también incluir la designación del banco "fideicomisario" y como *anexos* el contrato de fideicomiso con dicho banco y el contrato de prenda previsto en el art. 34 de la ley 23.696 (art. 11, decreto 584/93). Igualmente como *anexo* debe formar parte del Acuerdo General de Transferencia el convenio de sindicación de acciones (art. 17, decreto 584/93). Pueden estipularse en el Acuerdo General de Transferencia —además de mecanismos consensuales independientes de las proporciones relativas de votos entre los distintos grupos de adquirentes para la adopción de ciertas decisiones esenciales, como la designación del directorio y de los cuadros superiores del ente, contemplados en el art. 40 de la ley 23.696 [29]— otros mecanismos que conduzcan al mejor desenvolvimiento de la empresa (art. 13, decreto 584/93). Se ha señalado ya que otros aspectos funcionales relevantes del Acuerdo General de Transferencia son la regulación del Fondo de Garantía y Recompra (*supra* h. "5"), y lo inherente a los aumentos de capital, ejercicio del derecho de preferencia, destino de los dividendos, etc.

29 En el debate de la Cámara de Diputados de la Nación, el representante Estévez Boero criticó esta norma legal que, a su juicio, podría conducir a la llamada centralización del poder, independientemente de la cantidad de votos. Cfr.: T. HUTCHINSON, J. BARRAGUIRRE y C. GRECCO, cits. en nota 10, p. 179.

IV. *Cuestiones varias*

Las normas del fideicomiso de la propiedad participada en las empresas privatizadas derivan de la ley 23.696, de su reglamentación —especialmente, decreto 584/93—, de las estipulaciones de los acuerdos generales de transferencia y de los anexos de éstos referidos al convenio de sindicación accionaria y al contrato de fideicomiso, y de las condiciones de emisión y cláusulas estatutarias. En el § III se sintetizaron los principales lineamientos de tal régimen jurídico.

Sin embargo, a pesar de la minuciosidad que lo caracteriza, el esquema normativo presenta vacíos y aspectos susceptibles de distinta interpretación. Serán considerados, sin ánimo de agotarlos.

Cabe recordar que la autointegración judicial o elaboración *intra legem* de normas mediante la analogía está contemplada en el art. 16 del Código Civil —válido también en el ámbito comercial por arts. 1 y 207 del código de comercio—, y configura uno de los métodos más importantes de la técnica jurídica para lograr que el ordenamiento normativo sea un sistema. La analogía, asimismo, ha de respetar ciertas reglas [30].

30 Ver n. estudio *Sistema y axiología del derecho civil*, "La Ley", 138, 1035. Vale advertir que no sólo existe un orden de precedencia en las fuentes de normas —a respetar en la selección de las disposiciones aplicables a los hechos—, sino que también cada fuente tiene sus propios condicionamientos. La analogía requiere además de la semejanza de las dos situaciones fácticas, que la razón en que la regla existente se inspira sea válida igualmente para solucionar el caso no previsto. Lo que justifica la integración por analogía es la identidad sustancial: paridad o mayor motivo (*argumentum a fortiori*) para igual solución. No es un procedimiento exclusivamente lógico, ya que en él intervienen siempre juicios axiológicos de valor, referidos a la verosimilitud de justicia de la solución; v. EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, ed. Porrúa, México, 1944, núms. 175 y 190. Para que una determinada conclusión obtenida por analogía pueda considerarse legítima axiológicamente, es necesario que la diversidad de hipótesis afecte sólo a aspectos no esenciales y que el resultado sea racional; v. EDUARDO BUSSO, *Código civil anotado*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1944, I, p. 153, con cita de L. Enneccerus. La creencia en la analogía descansa en un criterio de equidad —concebida ésta en su prístina acepción de igualdad, proporción y simetría— trasladada a lo jurídico y que comporta igualdad de tratamiento en situaciones similares; v. ACDEEL E. SALAS, en "J.A.", 1978-II, 153, con cita de Modestino, D. 42.1.20. La analogía consiste en una abstracción lógica, en cuya virtud de las normas expresas y particulares se llega a

Ahora bien, si la analogía no proporcionase un criterio suficiente, habría que acudir a los principios generales del derecho, que son otro medio de integración autorizado por el art. 16 del Código Civil. En el fideicomiso de la propiedad participada, tales principios generales deben buscarse ante todo en el ámbito del derecho societario comercial al que pertenece la empresa privatizada en la que se aplica el instituto del fideicomiso. Por ello, es en el sector de la sociedad anónima donde convergen nociones fiduciarias, el que mayor proximidad conceptual ofrece para bucear en la integración; por ejemplo, la constitución por suscripción pública, los debentures, etc. Todo ello, sin menoscabo de los principios generales que subsidiariamente suministre el derecho laboral, al que han pertenecido y en parte continúan perteneciendo los fideicomisarios (empleados adquirentes), y el derecho administrativo de donde provino la empresa del Estado sometida al proceso privatizador [31].

El legislador atento y el organismo encargado de la reglamentación deberían observar con cuidado las situaciones

---

un principio que las gobierna para hallar en éste una regla más amplia que abraza al caso previsto y al no previsto. Dicho proceso de abstracción puede tener gradaciones diversas, según que la regla más amplia e idónea para el caso no previsto, se halle en la materia misma a que pertenece el caso problemático o en una materia análoga: analogía *legis* o *iuris*; v. ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, ed. Reus, trad. de 4ª edición italiana, Madrid s/f, I, p. 151. La analogía, como producto de la igualdad jurídica y del natural sentimiento de lo justo, permite desenvolver principios, contenidos en germen en disposiciones legales positivas, multiplicando sus consecuencias y generalizando la regla, o bien desentrañando las normas latentes en todo el sistema legal; v. ALFREDO COLMO, *Sobre la técnica jurídica del profesor François Geny*, "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", Santa Fe, 2ª serie, 1971, Nº 118, p. 62.

31 Para perfilar los principios generales del derecho, a semejanza del método de la analogía, también suelen aplicarse abstracciones, generalizaciones y reducciones. Por ello, se afirma que al integrar el derecho mediante la analogía se utilizan, aunque fuere implícitamente, gérmenes de principios generales que no culminan con una perfecta construcción de los mismos, y que tal vez sea innecesario invocar de manera expresa como tales, pero que no serían imposibles de discernir avanzando en la tarea elaborativa.

Cfr.: JUAN FRANCISCO LINARES, *El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional*, "La Ley", 24, doctr. p. 178. Afirma que la *ratio legis* de los casos manejados en el razonamiento es el gozne de la validez de la analogía o para descubrir la norma general que rige ciertos casos no contemplados claramente por las leyes vigentes.

en que se aplicase la analogía o los principios generales, en función integradora, para confirmar explícitamente o modificar las tendencias propuestas.

a) *Inscripción registral del contrato de fideicomiso*: El contrato de fideicomiso, contenido en el anexo del acuerdo general de transferencia, debe registrarse en caso de ausencia de otro de mayor especificidad, en el Registro Público de Comercio que en Capital Federal lleva la Inspección General de Justicia de la Nación (art. 4º, ley 22.315) y en las jurisdicciones provinciales los entes previstos para cada legislación local. De tratarse de fideicomisos sobre inmuebles deberían inscribirse en los registros de la ley 17.801 y los correlativos locales (*supra* nota 9). Es considerable la importancia de la registración pública para los fideicomisarios —empleados y demás adquirentes de las acciones de programas de propiedad privatizada—, pues les permite oponer a los terceros sus derechos de titulares finales y plenos de la propiedad de las acciones en caso de pretensiones de ejecución forzada de las mismas por algún acreedor del banco fiduciario y en caso de falencia de éste (*infra* § IV "e" y "g"). Expresamente se ha determinado la inscripción en el Registro Público de Comercio del contrato de fideicomiso de los debentures (art. 339, ley de sociedades comerciales 19.550), de los programas de constitución por suscripción pública de sociedades anónimas que deben contener una figura similar (arts. 168 y ss., ley cit.), y de otros institutos comerciales de igual o similar naturaleza, como los títulos de las obligaciones negociables (arts. 3º, 7º, 13 y otros de la ley 23.576 y de la modificatoria 23.962).

b) *Designación del banco "fideicomisario" o fiduciario*: Advertido ya el equívoco de la ley 23.696, pues es preferible llamar banco fiduciario al que recibe las acciones del programa de propiedad participada, con fines de garantía (*supra* § I), aquí corresponde observar que la reglamentación del decreto 584/93 estableció que la autoridad de aplicación

designa al banco fiduciario y que tal nominación se incluye en el Acuerdo General de Transferencia (*supra* § III, h. "1"). Con mayor precisión puede agregarse que mientras la norma legal se refiere al "banco fideicomisario" (art. 34, ley 23.696 y la misma expresión "banco" se reproduce en los arts. 35 y 36 de la ley), el decreto reglamentario estableció con más generalidad que las funciones de cumplimiento de los encargos fiduciarios serán desarrolladas por una "entidad" financiera, habilitada por la ley 21.526 para realizar este tipo de contrato (art. 21, decreto 584/93). No es fácilmente superable esta discrepancia entre norma legal y reglamentación. La ley de entidades financieras 21.526 dispone en el art. 19 que las denominaciones utilizadas en ese cuerpo legal para caracterizar las "entidades" y sus "operaciones" sólo podrán ser empleadas por las entidades autorizadas y que no podrán utilizar denominaciones similares, derivadas o que ofrezcan dudas acerca de su naturaleza o individualidad. La dificultad sólo puede intentar una solución analizando los principios y límites de las facultades reglamentarias del ejecutivo [32]. Para delimitar la revisibilidad en la instancia extraordinaria de la Corte Suprema de lo decidido judicialmente acerca del exceso de la reglamentación sería preciso calificar de "derecho común" o "federal" las normas de la ley 23.696 de reforma del Estado involucradas en el fideicomiso de los programas de propiedad participada, conforme se expone en la obra citada en nota 32, en la que se consideran asimismo la competencia, requisitos y efectos de la revisión por los jueces de los decretos con atención a los arts. 24 y correlativos de la ley de procedimientos administrativos 19.549. Es conveniente reiterar que entre los bancos, sólo los de inversión por expresa previsión legal y los comerciales por la generalidad de las ope-

32 Sobre los límites de las facultades reglamentarias del ejecutivo, v. dictamen del procurador general de la Nación en la causa "Mouviel, Raúl O. y otro", con sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 17 de mayo de 1957, "Fallos": 237:636; íd., "La Ley", 88, 254 y "J.A.", 1957-III, 396; también n. obra *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1992, I, Nº 159 "c", pp. 270 y ss.

raciones y servicios que se les permiten están habilitados para actuar en cumplimiento de encargos fiduciarios (arts. 21 y 22, ley 21.526). Las compañías financieras también pueden cumplir encargos fiduciarios, al margen de la discrepancia señalada entre la ley de reforma del Estado que sólo menciona a los bancos y la reglamentación que alude genéricamente a las entidades financieras (art. 24, ley 21.526). En razón de la importancia de la función de los bancos fiduciarios en los fideicomisos de la propiedad participada accionaria de la ley 23.696, es imperativo que su designación por la autoridad de aplicación sea precedida por una eficiente selección de antecedentes y fiscalización de aptitudes en la materia. La ley 23.696 no ha establecido el requisito de que el banco fiduciario sea público u oficial, lo que no obsta a que se los designe. Es justificado, por la función aseguradora que cumple para el Estado vendedor de la empresa y acreedor del precio, que el banco fiduciario sea nominado por la autoridad de aplicación en los contratos de fideicomisos de garantía. No obstante, en el convenio de sindicación accionaria, especialmente cuando ingresan en la etapa de sindicación facultativa (*supra* § III, h. "3"), el depósito de las acciones podría resultar de la voluntad mayoritaria de los adquirentes sindicados, como explícitamente lo prevé el art. 38 de la ley 23.696 para la designación de representante o síndico a fin de ejercer el derecho de voto en las asambleas de la sociedad.

c) *Plazo del fideicomiso* [33]: En el fideicomiso de garantía la ley 23.696 no impide que se lo establezca por todo el tiempo que se prolongue la pendencia de la deuda asegurada e igual solución correspondería a la etapa de sindicación obligatoria que se extiende durante el lapso de tiem-

33 Respecto de la esencialidad o no de un plazo para la duración de los convenios de sindicación de acciones v. CARLOS ODRIOZOLA, cit. en nota 18, Nº 4.

El proyecto de reformas al código civil de 1993 de la comisión designada por decreto 468/92 requiere en el art. 1298 que el contrato de fideicomiso contenga plazo, que no podrá durar más de treinta años.

po de pendencia de la deuda por pago del precio de las acciones (*supra* § III, h. "2" y "3"). ¿Podría estipularse un plazo de duración distinto en el fideicomiso de garantía y en la etapa de sindicación obligatoria de las acciones al celebrarse los acuerdos generales de transferencia? La ley no lo prohíbe e, inclusive, no sería inconveniente estipularlo en hipótesis de períodos muy extensos de aplicación de tales institutos complementarios de garantía y gestión, sin perjuicio de renovarlos por otros períodos al vencimiento. En la etapa de sindicación accionaria facultativa faltan normas legales o reglamentarias referidas a la necesidad o innecesidad de plazo para el convenio de sindicación y para la duración del nombramiento del ente en que se depositan las acciones sindicadas del programa de propiedad participada. Es lícito convenir que la sindicación facultativa dure todo el plazo de existencia de la respectiva sociedad anónima emisora de las acciones. Respecto a la entidad depositaria de éstas no sería ni ilícito ni inconveniente que los accionistas sindicados estipularan un plazo determinado y menos extenso para la duración del encargo, que permitiría apreciar el comportamiento de la entidad encargada del depósito y otras gestiones. Lo probable es que, vencido el plazo fijado para la sindicación accionaria facultativa y para el depósito de las acciones, se los renueve entre las mismas partes u otras, en razón de las dificultades de la gestión aislada e individual y, asimismo, porque es posible que subsistan limitaciones a la transmisibilidad de las acciones involucradas. Judicialmente se ha declarado que lo concerniente al plazo de duración convenido en el pacto de sindicación de acciones no es impugnable, ni ello es vicio para fundar una impugnación [34]. Interesa señalar con la doctrina especiali-

34 Ver la sentencia citada en nota 21. CARLOS S. ODRIOZOLA, cit. en nota 18, Nº 4, afirma que la fijación de plazo en la sindicación de acciones mantiene importancia significativa, no absoluta ni exclusiva, aun con interpretación amplia en la materia del plazo. Invoca la opinión de G. COLOMBO, cit. en nota 18, para quien el plazo sería necesario como límite de los sindicatos que deliberan por mayoría; y evoca el laudo del Tribunal General de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires del 28 de julio de 1987 en "S.A. La

zada que la mera circunstancia de haber suscripto un pacto de sindicación por cinco, diez o veinte años no puede ser obstáculo para que el accionista sindicado denuncie y ataque ese convenio si se ha producido la desviación permanente de su objetivo con afectación del interés social, como tampoco puede impedírsele el cuestionamiento de lo que en el grupo sindicado se decide en colisión con normas inderogables de la ley [35].

d) *Derechos de los fideicomisarios (empleados adquirentes)*: Además de la impugnación del convenio de sindicación accionaria —haya o no plazo— examinada sumariamente en el punto anterior, cabe mencionar que en el fideicomiso de garantía el banco "fideicomisario" (o mejor banco fiduciario) tiene a su cargo la defensa conjunta de los derechos e intereses de los fiduciantes y de los fideicomisarios durante la vigencia del fideicomiso, sin perjuicio de que cualquiera de los accionistas del programa de propiedad participada puede impugnar los acuerdos societarios que no se tomen conforme a la ley o el contrato (arg.: analogía con arts. 338 y 355, sobre debentures de la ley de sociedades comerciales 19.550). Los arts. 8º y 28 del decreto 584/93 no pueden interpretarse literalmente y corres-

Nación y otra v. S.A. La Razón", en cuanto a que la sindicación por tiempo indeterminado puede ser denunciada por cualquier sindicado o resuelta por decisión mayoritaria y que la sindicación que vincula a las partes tiene implícitamente el término de duración de la sociedad emisora.

35 C. ODRIOZOLA, cit. en nota 18, Nº 4. Agrega que la inexistencia de un plazo determinado o determinable no podría llevar a la conclusión de que el convenio de sindicación se extiende por toda la vida de la sociedad y que debería rescatarse en esta situación el derecho, tanto de los sindicados como de los que no lo son, de pedir la resolución del convenio, ya que de no admitirse este derecho quedaría el sindicado "prisionero" del pacto y su voto cedido sin limitaciones a la mayoría de los sindicados para que se adhiera al sentido de los de éstos. Tampoco, prosigue, la situación sería indiferente a los no sindicados dada la imposibilidad de sumar —al no existir límites temporales— sus votos a los de los accionistas disconformes, con el voto de los que dentro de la sindicación poseen la mayoría. A nuestro juicio esta compleja cuestión debe vincularse con los principios que —sin caer en intempestividad ni en abuso de derecho— autorizan la rescisión unilateral de contratos de tracto sucesivo en los que no existe plazo, cuando se invocan motivos graves. En efecto, aun los mandatos irrevocables pueden revocarse mediando justa causa (art. 1977, Código Civil).

ponde entenderlos de acuerdo con las reglas que rigen directamente o por analogía el fideicomiso de garantía y la sindicación accionaria que se instrumenta. Las asambleas de los accionistas sindicados pueden ser presididas por el presidente del comité ejecutivo si así fuere pactado en el convenio de sindicación accionaria, que es un anexo del acuerdo general de transferencia (*supra* § III, h. "2" y nota 20). Supletoriamente, si no hubiere pacto al respecto, son presididas por el banco fiduciario —al menos en la etapa de sindicación obligatoria— por aplicación analógica del art. 354, en debentures, de la ley 19.550. Asimismo, por analogía con lo dispuesto por esta ley en el art. 173 para la constitución de sociedades anónimas por suscripción pública, si en definitiva fracasare el acuerdo general de transferencia o el proceso de privatización, el banco fiduciario —efectuada la correspondiente liquidación— restituirá a cada interesado lo que hubiere entregado a cuenta del precio de las acciones del programa de propiedad participada. Es derecho de los accionistas en este programa ejercer —en su caso por el banco fiduciario— la impugnación de las asambleas societarias que vulneren cláusulas estatutarias o legales. Personalmente o promoviendo la actuación del banco fiduciario pueden tomar medidas defensivas contra las tentativas de toma de control societario que afecten a la sociedad anónima [36]. Para posibilitar dentro del grupo sindicado de accionistas la acción de impugnación de la decisión asamblearia correspondería admitir la indagación o la demostración de quiénes votaron y cómo lo hicieron en ese círculo, puesto que a la asamblea societaria sólo llegará el represen-

36 En particular cabe tener presente la oferta pública de adquisición de acciones. La cuestión ha provocado resoluciones de la Comisión Nacional de Valores —leyes 17.811 y 22.000—; es importante la resolución general 227/93, publicada en el Boletín Oficial del 26 de enero de 1993. Véanse: M. GAGLIARDO, cit. en nota 18 y, del mismo jurista, *Algunas cuestiones relativas a la toma de control societario a través de la reglamentación administrativa*, Actualidad "La Ley" del 23 de septiembre de 1993; ERNESTO EDUARDO MARTORELL, *Los "take overs" en Argentina (o lo que nadie dice de la toma hostil de empresas y las defensas posibles)*, "La Ley", diario del 10 de marzo de 1993; CARLOS J. POSTIGLIONE, *La mecánica del take over y la toma del control*, "La Ley", 1992-A, 732; etc.

tante del sindicato, permaneciendo en principio desconocidos los que votaron en contra de las normas legales o estatutarias [37]. Para que los accionistas sindicados —que votaron en contra de decisiones declaradas nulas— puedan quedar eximidos de responsabilidad por las consecuencias de la anulación, corresponde, ante todo, aceptar que el sometimiento a la decisión mayoritaria dentro del convenio de sindicación y la consecuente proyección de la decisión en la asamblea, no puede constituir —máxime en una sindicación obligatoria— un impedimento para que el accionista sindicado se exima de responsabilidad, debiendo a tales efectos observar una conducta congruente dentro del ámbito sindicado, en el que no solamente deberá votar negativamente sino dejar exteriorizados los motivos por los cuales la decisión adoptada puede ser impugnada y trasladar a conocimiento del representante o síndico tal situación, comunicando a la sociedad —si no logra enervar preventivamente la decisión— los fundamentos de su oposición e impugnación [38]. Los programas de propiedad participada de las empresas sometidas a privatización por la ley 23.696 de reforma del Estado representan un caudal minoritario dentro del capital accionario, según lo confirman los porcentajes destinados (*supra* § II). Además de las acciones y medidas enumeradas hasta aquí, las minorías de accionistas cuentan con otros instrumentos defensivos. Ellos conciernen a una eficiente disciplina general de impugnación de las deliberaciones asamblearias, con una jurisprudencia que frente a la impugnación basada en la contravención del interés social, no tema afrontar el examen del mérito de la deliberación para ver si verdaderamente ella contraviene el interés social y establecer si la deliberación es ilegítima. Las minorías también se tutelan reconociéndoles el poder de requerir inspecciones administrativas o judiciales de la gestión de la sociedad cuando existan fundadas sospechas de irregularidades; igualmente se las protege con una adecuada información

37 C. ODRIOZOLA, cit. en nota 18, Nº 3.
38 C. ODRIOZOLA, cit. en nota 18, Nº 5.

y con una disciplina profundizada y seriamente aplicada de la contabilidad, del balance, de la publicidad de éste, etc.[39].

e) *¿Venta de la "res fiduciae" por un acreedor del banco fiduciario?*: La publicidad derivada de la inscripción registral torna oponible por los accionistas del programa de propiedad participada sus derechos como fideicomisarios titulares finales de la propiedad plena de las acciones frente a pretensiones de embargo o ejecución forzada ensayadas por extraños que aleguen ser acreedores del banco fiduciario [40]. Es improbable que el convenio de fideicomiso no esté registrado, pero si esa hipótesis excepcional ocurriera el *pactum fiduciae* resultaría inoponible a los terceros ajenos a éste, es decir a los acreedores de buena fe del banco fiduciario.

f) *Quiebra de la empresa privatizada*: En el caso de quiebra de la empresa privatizada el banco fiduciario actúa como liquidador coadyuvante (analogía con arts. 156 y 351, leyes 19.551 de concursos y 19.550 de sociedades comerciales, respectivamente), puesto que aunque los accionistas del programa de propiedad participada no reúnen la calidad de debenturistas, median razones de protección similares y la solución es justa. Dudosa, en cambio, parece la aplicación por analogía, a los adquirentes de acciones de la propiedad participada en empresas privatizadas, del art. 153 de la ley concursal 19.551, en cuanto a que la quiebra extingue la facultad de los socios de ejercer o hacer efectivo el derecho de receso, en la medida en que ello se vincule con la continuación del pago del precio de las acciones hasta la concurrencia del interés de los acreedores y de los gastos del concurso, que impone el art. 154 de la mencionada ley 19.551, en términos generales. Por la calidad de los accionistas involucrados (empleados adquirentes), la cuestión sugiere la

39 G. E. COLOMBO, cit. en nota 18, Nº 7.

40 *Supra* § IV "a" y n. nota *Venta forzada de la "res fiduciae" por un acreedor del fiduciario*, "La Ley", 1989-C, 226. Análogamente, el art. 1307 del proyecto de reformas al código civil de la comisión designada por decreto 468/92 establece que los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario.

particular atención del intérprete y del legislador. No debieran ser extraños para morigerar la solución algunos principios generales del derecho laboral [41].

g) *Quiebra del banco fiduciario*: A pesar de la fiscalización del Banco Central de la Repúblca Argentina, la falencia de bancos es vicisitud posible según lo evidencian ejemplos notorios. Por regla general, implicando el contrato de fideicomiso prestaciones pendientes y en el que la confianza o fiducia de los accionistas fideicomisarios se acentúa, la quiebra del banco fiduciario les da derecho a requerir la resolución del contrato, aun en el fideicomiso de garantía; y el mismo derecho resolutivo tiene el Estado vendedor por estar interesado en la percepción del precio de venta (arts. 147, 151 y correlativos, ley 19.551). La recuperación de las acciones de propiedad participada por los accionistas del programa, o sea el derecho de restitución, reivindicación o separación —según el léxico concursal— es también un aspecto que exige prudente interpretación, e incluso la labor del legislador para mayor seguridad de los accionistas. El art. 142 de la ley 19.551 en su primer párrafo establece que "*Cuando existan en poder del fallido bienes que le hubieren sido entregados por título no destinado a transferirle el dominio, los terceros que tuvieren derecho a la restitución pueden solicitarla, previa acreditación de su derecho conforme con el art. 181*". En el año 1992, la ley 24.054 agregó a ese párrafo que "*Se incluyen en esta norma los bienes obtenidos por la transformación de productos elaborados por los sistemas 'a maquila', cuando la contratación conste en registros públicos*". En los fideicomisos el banco fiduciario recibe un dominio fiduciario y no pleno de las acciones del programa de propiedad participada, inherente a la figura del *trust* anglosajón y netamente vinculada al dominio fiduciario del art. 2662 del Código Civil argentino, como una

41 Otras referencias al fideicomiso y la insolvencia, desde puntos de vistas generales, analizando el concurso del fiduciante y el concurso del fiduciario, en MARIO ALBERTO CARREGAL, *El fideicomiso*, Buenos Aires, 1982, ed. Universidad, cap. V.

de las especies de dominio menos pleno o imperfecto del art. 2661 del mismo cuerpo legal. Debe entenderse que el primer párrafo del art. 142 de la ley 19.551 concierne a los casos en que en poder del fallido existen bienes que le hubieren sido entregados por título no destinado a transferir el dominio perfecto o pleno, y que en el caso de los recibidos por transmisión de dominio fiduciario o imperfecto los accionistas del programa de propiedad participada pueden requerir la restitución, pues el banco fiduciario fallido no ha recibido el dominio pleno o perfecto de las acciones. La inscripción registral del fideicomiso, al posibilitar la publicidad de la transmisión fiduciaria de las acciones, asegura la oponibilidad de ella a los terceros, entre los que se encuentran los acreedores del banco fiduciario quebrado [42]. En resumen, al encarar el derecho de separación o reivindicación, la ley 19.551 distingue: 1) Bienes en poder del fallido por título de transmisión de derechos que *no son* de dominio pleno (depósito, locación, comodato, prenda, dominio imperfecto o fiduciario, etc.), que se regulan en el art. 142, autorizando la restitución; y 2) Bienes en poder del fallido por título de transmisión de dominio pleno o perfecto, tratados en el art. 143, respecto de los cuales concurriendo las circunstancias especiales enunciadas por el precepto podría el enajenante recobrar la posesión teniendo presente el art. 144. La doctrina coincide en aceptar que en caso de falencia del fiduciario, los fiduciantes y, en su caso, directamente o por acción subrogataria los fideicomisarios, tienen derecho a la restitución de los bienes objeto del fideicomiso [43]. La contabilidad independiente y separada de las

[42] Sobre *trust* anglosajón, dominio fiduciario del código civil argentino, importancia de la ley 17.801 de registro de propiedad inmueble para la oponibilidad a terceros del dominio fiduciario por los fiduciantes, etc., ver § I. Respecto a la inscripción registral del fideicomiso ver § IV, "a". El requisito de inscripción en registro público para solicitar la restitución de bienes en poder del fallido por productos elaborados "a maquila", está contenido en el agregado de la ley 24.051 al art. 142 de la ley 19.551.

[43] MARIO ALBERTO CARREGAL, *El fideicomiso*, ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 116, coincidiendo con lo expresado en mayo de 1978 por EDGARDO ALBERTI en la mesa redonda sobre fideicomiso inmobiliario, "Rev. del Notariado", 1978, Nº 760, pp. 1285 y ss.; CARLOS ANGEL S. FERRARIO,

cuentas correspondientes al fideicomiso contribuirá al ejercicio del derecho de separación en el caso de falencia del banco fiduciario, debiendo exigirlo la reglamentación. Si los fundamentos expuestos se estimaran insuficientes, y se profundizara en soluciones que diesen mayor seguridad a los accionistas del programa de propiedad participada —avanzando en la concepción de un patrimonio separado cabalmente del patrimonio general del banco fiduciario— sería recomendable que el legislador adoptase normas similares a las contenidas en la ley 24.241 de jubilaciones privadas —o ley nacional del sistema integrado de jubilaciones y pensiones— aprobada por el Congreso de la Nación en septiembre de 1993. El art. 82 de este cuerpo legal establece que el fondo de jubilaciones y pensiones es un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la administradora y que pertenece a los afiliados; y que los bienes y derechos que componen el patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones serán inembargables y estarán sólo destinados a generar las prestaciones de acuerdo con las disposiciones de la ley; en sentido similar se establece en el art. 180 la inembargabilidad de los bienes de las entidades de seguros de vida y de retiro en la medida de los compromisos de cualquier índole que

Algunas consideraciones acerca del fideicomiso a efectos de su regulación legal, "J.A.", 1980-III, 773; JORGE R. CAUSE, *Fideicomiso. Oponibilidad e insolvencia*, "Rev. del Notariado", 1983, Nº 790, pp. 1003 y ss.; etc.

En sentido acorde se expresa FRANCISCO QUINTANA FERREYRA —coautor del proyecto de la ley 19.551 con los Dres. ALEGRÍA y FARGOSI— en t. III, p. 394, que al comentar el art. 142 del régimen concursal prefiere la solución emergente del estado aparente de los bienes registrables.

SANTIAGO C. FASSI y MARCELO GEBHART, *Concursos*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 324, adelantándose a la ley 21.054, ejemplifican con el derecho a la restitución de las uvas entregadas para transformarlas en vino. Ver también MARIO ALBERTO BONFANTE y JOSÉ ALBERTO GARRONE, *Concursos y quiebra*, Buenos Aires, 1990, ed. Abeledo-Perrot, pp. 554 y ss.

Suele recordarse la sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 23 de mayo de 1978 en la causa "S.A. Bodegas Quirós", que declaró la obligación del elaborador del vino de restituir a su dueño la cosa determinada en su género, especie, cantidad y calidad, de "Fallos": 300:548; íd., "El Derecho", 78, 708. La cuestión fue tratada por la ley de 1987 de unificación civil y comercial, vetada por el ejecutivo. Ver HÉCTOR CÁMARA, "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", 2ª época, año XXXII, Nº 25, p. 520.

Respecto a lo propuesto, en sentido análogo a lo expresado en el texto, por el art. 1307 del proyecto de 1993 de la comisión designada por decreto 468/92, *supra* nota 40.

tengan con sus asegurados, salvo los dispuestos en favor de asegurados en ejercicio de los derechos derivados del contrato de seguro y los dispuestos por la Superintendencia de Seguros de la Nación en ejercicio de las facultades de la ley 20.091. En definitiva, normas de igual contenido —metodológicamente adicionales a la ley 23.696 de reforma del Estado, o al art. 142 de la ley concursal 19.551 a imitación de la ley 24.054, o incorporadas a una legislación general sobre encargos fiduciarios o fideicomisos, de la que ya se han conocido propuestas [44] —eliminarían las eventuales dudas que genera la falencia del banco fiduciario.

h) *Remoción del banco fiduciario y otras causas extintivas del fideicomiso*: Además de la quiebra del banco fiduciario que por regla general faculta a exigir la resolución del contrato de fideicomiso (*supra* § IV "g"), pueden presentarse otras hipótesis de extinción del fideicomiso. Una de ellas es la posibilidad de que, al margen de la falencia del banco fiduciario, ocurran otras vicisitudes —de inconducta culpable por dolo o negligencia imputable— de dicha entidad y corresponda plantear la remoción de ésta y la sustitución por otra. Evidentemente, la remoción no podría admitirse por voluntad unilateral e incausada de los accio-

[44] GUILLERMO MICHELSON, *Ley de fideicomiso*, ed. Cangallo S.A. Buenos Aires, 1970; ROBERTO GOLDSCHMIDT, *Proyecto de ley de fideicomiso con su exposición de motivos*, ed. Publicaciones del Colegio de Abogados del distrito federal, Nº 3, Caracas, Venezuela, 1956, con reseña de Rómulo E. M. Vernengo Prack, en "La Ley", 88, 1019; etc. Por mayoría y minoría se conocieron dictámenes de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre el proyecto de ley del Poder Ejecutivo de la Nación respecto del fideicomiso, donde la mayoría se inclinó por la no sanción y, de admitirse la aprobación, recomendó ciertas limitaciones en protección de herederos forzosos del instituyente y la fijación de un plazo máximo de diez años. La opinión minoritaria propició la sanción de una regulación legal del fideicomiso antes que mantener el sistema actual, con observaciones respecto del proyecto; v. "Anales" de la cit. Academia, 2ª época, año XXX, 1986, Nº 23, p. 351. Múltiples estudios especiales se han destinado al fideicomiso en reuniones académicas del notariado y sus revistas contienen un valioso material. El proyecto de reformas al código civil de 1993, de la comisión designada por decreto 468/92, siguió al proyecto del ejecutivo enviado al Congreso de la Nación en 1986. Los arts. 1296 a 1314 significan un valioso aporte en la materia, sin alterar las normas de la ley 23.696.

nistas del programa de propiedad participada en el fideicomiso de garantía, mientras adeuden parte del precio de la adquisición, pues en esa etapa el instituto responde fundamentalmente al interés del Estado vendedor, que es el acreedor asegurado. Durante la referida etapa de fideicomiso de garantía la sustitución del banco fiduciario por iniciativa del Estado que lo nominó depende de las cláusulas y del plazo —de haberse fijado— contenidos en el convenio de fideicomiso. Cabe entender que aun no habiendo expirado el plazo, la remoción por voluntad del Estado puede admitirse de mediar justa causa (arg. art. 1977, Código Civil). Respecto al fideicomiso o pacto de sindicación accionaria facultativa, debe reflexionarse si el art. 353 de la ley de sociedades comerciales para los debentures resultaría aplicable o no analógicamente [45]. Con abstracción de la hipótesis en que hubiera expirado el plazo fijado para la sindicación accionaria facultativa, debe entenderse que en esta etapa, ya desinteresado el Estado por haberse abonado el precio de venta, los interesados son los accionistas del programa de propiedad participada y que aun pendiente el plazo fijado para la sindicación accionaria facultativa o cuando no se hubiere estipulado plazo para ella, tales accionistas podrían requerir judicialmente la remoción y sustitución del banco fiduciario demostrando justa causa, inclusive a requerimiento de alguno de ellos. Para fundar tal tesis cabe invocar por analogía la segunda parte del art. 353 de la ley 19.550 (concurren los presupuestos de la integración analógica indicados en nota 30). Si no hubiera estipulación contractual en contrario, cabría igualmente sin necesidad de decisión judicial previa, la remoción del banco fiduciario por resolución —mayoritaria— de la asamblea de los accionistas facultativamente sindicados por analogía con la primera parte de la misma disposición legal, sin invocación de justa causa pero evitando actitudes intempestivas o el

45 Art. 353 de la ley 19.550: *"El fiduciario puede ser removido sin causa por resolución de la asamblea de debenturistas. También puede serlo judicialmente, por justa causa, a pedido de un debenturista".*

abuso del derecho [46]. Otro causa de extinción del fideicomiso es, por ejemplo, el cese o la extinción de la sociedad anónima por alguna causa legal o estatutaria: disolución, vencimiento del término de duración, etc.

i) *Responsabilidad del banco fiduciario:* El banco fiduciario en el fideicomiso de garantía no contrae responsabilidad —salvo dolo o culpa en el desempeño de sus funciones— por incumplimiento de las obligaciones de la sociedad anónima a que corresponden las acciones del programa de propiedad privada en las empresas privatizadas (arg. artículo 359 sobre responsabilidad del fiduciario en los debentures, ley 19.550).

V. *Perspectivas*

Al concluir las reflexiones sobre el fideicomiso de la propiedad participada aplicable a las ex empresas públicas o estatales sometidas a privatización, cabe reiterar que se ha procurado abstenerse rigurosamente de cualquier valoración constitucional sobre eventuales extensiones de institutos similares a las empresas originariamente privadas, o sea a las que no están ni pueden ser sometidas a procesos privatizadores por no ser en su génesis públicas o estatales.

Corresponde resaltar —además de la magnitud de la cantidad de los empleados adquirentes y de la importancia de las empresas incluidas en los programas de propiedad participada— la circunstancia de haberse iniciado la aplicación concreta y no meramente simbólica [47].

46 En tales situaciones, la remoción será seguida por la sustitución del banco fiduciario, por la conveniencia de continuar en un convenio de sindicación accionaria y, para la viabilidad de la remoción sin expresión de justa causa por decisión de la asamblea de accionistas sindicados, será preciso computar todas las limitaciones y compromisos contenidos en el Acuerdo General de Transferencia y sus anexos que pueden restringir expresa o implícitamente la facultad de remoción del bando fiduciario.

47 En septiembre de 1993 el ejecutivo nacional hizo entrega simbólica a

Si en el futuro el instituto de la propiedad participada de la ley 23.696 alcanza los objetivos propuestos, no sólo se modificaría el espíritu clasista (*supra* nota 13), sino que ello significará un factor de desarrollo de los fideicomisos en general. Efectivamente, los fideicomisos sobre la base del dominio fiduciario del art. 2662 del Código Civil argentino de 1869 redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y con el complemento de las leyes comerciales, bancarias, bursátiles y registrales (*supra* notas 8 y 9), al aplicarse los programas de propiedad participada de la ley 23.696 lograrán un auge obvio y notorio.

No es mera imaginación pensar que existen otras actividades complejas en las que los fideicomisos pueden cumplir funciones adecuadas, correspondiendo citar las administraciones de fondos previsionales de jubilación y pensión de la ley 24.241 [48], los fondos comunes de inversión de la ley 24.083, dictada en reemplazo de la ley 15.885, las variantes de los fondos comunes cerrados de créditos o *securitización* reglamentados por la resolución 237 del 26 de agosto de 1993 de la Comisión Nacional de Valores en uso de las facultades otorgadas por el art. 7º de la ley 17.811,

---

los trabajadores de 443 millones de dólares en acciones del programa de propiedad participada en empresas distribuidoras de gas, electricidad y agua potable.

Poco tiempo después, en igual mes y año, el sindicato de accionistas clase C de "Argentina Telecom-Set France Telecom S.A." comenzó el pago de dividendos y entrega de originales de los certificados de custodia de las acciones a los trabajadores de Capital Federal y Gran Buenos Aires e informó que se seguiría con los del interior en sucursales del Banco de la Nación Argentina. Ocho años fue el plazo estipulado para el pago de dichas acciones por los empleados telefónicos adquirentes en el programa de propiedad participada de la ex Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL).

[48] El ensayista PETER DRUCKER, en *La sociedad post-capitalista*, expresa que en Estados Unidos de Norteamérica el mayor fondo de pensiones controla activos de 80.000 millones de dólares y señala que la regulación de tales fondos de pensiones y la protección contra el desfalco seguirán siendo un reto para políticos y legisladores durante los años venideros; v. FERNANDO LASCANO, *La reforma previsional y su trasfondo*, "La Nación", 22 de septiembre de 1993. En el § IV, "g", se transcribieron los arts. 82 y 180 de la ley 24.241 del sistema integrado de jubilaciones y pensiones de 1993 que junto a otras normas de dicha ley, se proponen que los fondos previsionales tengan autonomía, no se confundan con el patrimonio de las entidades administradoras y no sean afectados por la quiebra de éstas.

la eventual aplicación a empresas de cementerios privados con parcelas múltiples, etc.[49].

En razón de que la claridad de las normas es condición de la paz social, para situaciones no contempladas en las leyes, decretos y anexos que las complementan, se acentúa la conveniencia de una legislación general de fideicomiso que contemple los aspectos comunes, sin menoscabo de aspectos funcionales que se reglamentan en normas específicas. El proyecto de reformas al Código Civil de 1993, de la comisión designada por decreto 468/92, se orienta en ese rumbo [50].

Hasta que la legislación sobre fideicomisos no se sancione, la integración analógica y los principios generales del derecho auxiliarán para superar vacíos y dificultades de interpretación.

Finalmente, a pesar de la importancia cuantitativa de los accionistas de los programas de propiedad participada en las empresas privatizadas y del rol protagónico que con la sindicación accionaria se tiende a que cumplan, debe ser reconocido que el sector de la propiedad participada será minoría en el capital accionario de cada empresa. Por tanto, no se omitirán las interpretaciones de las normas legales y estatutarias que razonablemente protegen las minorías, y asimismo es preciso admitir que la sindicación accionaria de la ley 23.696 es instrumento útil pero no suficiente de tutela de ellas. Igual prevención defensiva cabe respecto de las tentativas de toma del control accionario [51]. En esta última perspectiva habrá que tener presente que la gran

49 Respecto a la ley 24.083 se ha observado que en lugar de atribuir la propiedad de los activos a un *trustee,* a título de dominio fiduciario en beneficio de los inversores, habría optado por la figura del condominio indiviso, que ya fue experimentada en la propiedad horizontal en materia de las partes comunes. Sin embargo, también se señala que la "inversión colectiva" cobra creciente interés por su aplicación al campo inmobiliario; v. JORGE ROBERTO HAYZUS, *Reforma integral de la ley de fondos comunes de inversión,* "La Ley", diario del 15 de septiembre de 1993. La resolución 237/93 de la Comisión Nacional de Valores aplica la noción fiduciaria del art. 2662 en la cesión de la titularidad de los créditos hipotecarios en cuestión.

50 *Supra* nota 44.

51 *Supra* notas 36 a 40.

sociedad anónima —como exponente de la economía moderna— puede acentuar la escisión entre la propiedad y la administración. Por desinterés, desinformación, abstención o ineficacia del voto minoritario, la administración en ocasiones prevalece sobre la propiedad en el gobierno de la empresa. Juristas y jueces deberán tenerlo en cuenta para que no se frustren legítimas expectativas.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS HUMANOS

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 25 de noviembre de 1993

I. *Introducción*

Antes de la sanción de la ley 21.541, la primera en nuestro país sobre trasplantes de órganos humanos, la actuación en este tipo de intervenciones quirúrgicas podía encuadrar muy fácilmente dentro de figuras delictivas típicas de nuestro derecho penal. Ante todo, el homicidio en caso de muerte del dador y/o receptor (art. 79 del Código Penal); o lesiones, que a su vez podían ser leves (art. 89 Cód. Penal), graves (art. 90 Cód. Penal), o gravísimas (art. 91 del mismo Código); en razón de que si la culpabilidad penal consiste en la vinculación subjetiva que liga al hombre con su acto, esto también puede darse en el quehacer del profesional de la medicina que mata o lesiona a un ser humano, aunque sea para prolongar la vida de otro. Por ello se pudo sostener que: el médico "ha matado... queriendo hacerlo; que su móvil no sea egoísta sino altruista no es óbice para la afirmación anterior; también puede ser altruista el que anima al autor de un tiranicidio y sin embargo subsistirá una perfecta culpabilidad. El móvil no puede confundirse con el resultado querido por el agente: el primero será noble, *el segundo es típico y conociéndolo, y sabiendo de la idoneidad de los medios que despliega para alcanzarlo, se vincula con el mismo utilizándolo como un*

instrumento para sus fines" [1]. En fin, en una posición más favorable para el facultativo, podría tratarse también de homicidio culposo, provocado "por imprudencia, negligencia, *impericia en su arte o profesión* o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo" (art. 84 Cód. Penal), o de lesiones de este mismo carácter (art. 94 Cód. Penal); o en todo caso, configurarse *la incompetencia o el abuso en el desempeño profesional,* actualmente contemplado en el art. 20 bis inciso 3º del Código Penal, agregado por la ley 21.338 [2].

Así, sobre el tema, no es posible olvidar que entre nosotros se procesó al cardiocirujano Dr. Miguel Bellizzi, por la muerte de cuatro personas acaecidas en operaciones de trasplante de corazón, llevadas a cabo en el año 1968: dos por homicidio simple, por deceso de los dadores, y dos por homicidio culposo por la muerte de los receptores. Aunque a la postre, después de haberse declarado prescripta la acción penal con relación a los homicidios culposos, en el fallo dictado por el juez en lo criminal de La Plata Dr. Carlos A. Mayón con fecha 22 de junio de 1978, se sobreseyó definitivamente por los homicidios simples, luego de tenerse por acreditado que las ablaciones de los órganos se habían practicado una vez debidamente comprobada la cesación total e irreversible de las funciones cerebrales de los donantes, por aplicación retroactiva del concepto de "muerte cerebral" del art. 21 de la ley 21.541 y ad invocación de lo dispuesto en el art. 2º del Cód. Penal [3]. Siendo ello así, la responsabilidad civil del médico por los perjuicios ocasionados en un trasplante de órganos humanos, resul-

1 JOSÉ F. ARGIBAY MOLINA, JORGE R. MORAS MOM y LAURA DAMIANOVICH, *El consentimiento en la teoría jurídica del delito,* en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Buenos Aires, "La Ley", enero-marzo de 1971, p. 22, Nº 1.

2 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Consideraciones jurídicas sobre trasplantes cardíacos,* en "Revista de Derecho Penal y Criminología", abril-junio de 1968, p. 158, Nos. 2 y 7.

3 JORGE A. VALERGA ARÁOZ, *Antecedentes y opiniones acerca de la muerte cerebral definida por la ley 21.541 de trasplante de órganos,* en "La Ley", 1980-D, p. 1355 y ss., Nº V.

taría igualmente ineludible, ya que conforme al art. 1102 del Código Civil: *"Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado"*.

Sin embargo, desde la sanción de la ley 21.541, al igual que bajo el régimen de la nueva ley 24.193 sobre trasplante de órganos humanos, las operaciones de ablación e implantes de los mismos aparecen legitimadas, siendo pues perfectamente lícita toda la actividad médica vinculada con ese tipo de intervenciones quirúrgicas. Sólo que ello habrá de ser así, siempre que la actuación de los médicos se adecue en esta materia a las respectivas normas legales.

II. *La responsabilidad civil en los trasplantes de órganos*

Por otra parte, con prescindencia de que los trasplantes de órganos humanos puedan *a priori* estar ya marginados de la ilicitud penal, siempre puede existir una responsabilidad civil.

Nuestra doctrina y jurisprudencia acepta uniformemente que la responsabilidad médica no es más que una parte especial de la responsabilidad profesional, y que por lo tanto, al igual que toda ésta, se encuentra sometida a los principios generales de la responsabilidad civil [4]; de forma tal que para su configuración resulta necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: antijuridicidad u obrar contrario a derecho; daño; que el mismo haya sido causado por el proceder del presunto responsable (relación de causalidad); y un factor de atribución de la responsabilidad, en este caso subjetivo por tratarse de una responsabilidad por hecho propio o personal, de forma tal *que sólo habrá de responder el autor del daño si obró con dolo —lo que es*

[4] Cám. Nac. Civil, Sala D, 16/2/84, "Roibarg c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios", confirmando el fallo de 1ª instancia del Dr. Arturo R. Yungano del 28/12/82, "La Ley", 1984-C-588.

muy poco probable— o con culpa. El daño y la relación de causalidad no presentan mayores problemas en el caso de los trasplantes de órganos, ya que si de la intervención quirúrgica se derivan lesiones o muerte del receptor y/o del dador, ello de por sí configura un indudable "perjuicio", y además resultará evidente que fue el trasplante la causa del mismo. En cuanto a la culpa, cuando se trata de profesionales, se presenta como "impericia", es decir como el desconocimiento de las reglas y métodos pertinentes, ya que resulta obvio que todo individuo que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de ella y actuar con la previsión y diligencia necesarias con ajuste a los mismos [5]; aunque igualmente puede haber "negligencia" en el proceder de un profesional, si por descuido omitió adoptar aquellas medidas aconsejadas por las circunstancias del caso, y también "imprudencia", si por obrar precipitadamente y sin mayor reflexión se excedió en su cometido o hizo lo que no debía hacer.

Pero de producirse un daño, que constituye el primer requisito de la responsabilidad civil o deber de indemnizar (art. 1067 del Cód. Civil) [6], habitualmente podrá aparecer teñida de ilicitud la conducta de el o los galenos intervinientes, si por dolo o culpa suyos resultan infringidos principios vigentes de la ley de la materia; sobre todo teniéndose en cuenta que tales intervenciones son en general riesgosas,

5 HENRI y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual,* trad. de la 5ª ed. francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ejea, 1962, t. 1, vol. I, p. 291, Nº 206-2; MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés,* trad. de Mario Díaz Cruz, La Habana, ed. Cultural S.A., 1946, t. 6, p. 721, Nº 523; ARTURO RICARDO YUNGANO, *Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles,* Buenos Aires, ed. Universidad, 1982, p. 153 y ss., Nº 54-I; Cám. Civ. 1ª Cap. Fed., 16/3/50, "Malavolta c/Moizé", "La Ley", 59-273; íd., 24/8/35, "Siciliano c/Bachem", "J.A.", 51-888; Cám. Civ. 2ª Cap. Fed., 17/10/30, "Calvo c/Fellner", "J.A.", 34-469; Cám. Nac. Civil, Sala G, 17/4/83, "G. C. de M. c/Munic. Cap. Fed.", "E.D.", 104-282; etc.

6 ALFREDO ORGAZ, *El daño resarcible,* 2ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, p. 26 y ss., Nº 2, y p. 35 y ss., Nº 4; S.C.B.A., 10/10/71, "Ortiz de Habermaul c/Pcia. de Buenos Aires", "L.L.", 148-680 (29.549-S), y "D.J.B.A." 94-239; Cám. Nac. Civil, Sala E, 30/5/67, "Bottaro c/Salas", "L.L.", 127-856.

y que muchas de ellas se encuentran todavía en etapa experimental en mayor o menor medida, pese a la pomposa declaración del art. 2º de la nueva ley 24.193, idéntica a la de la derogada ley 21.541, sobre que "estas prácticas se consideran de *técnica corriente*"; ya que en los hechos aún subsisten problemas de rechazo respecto de los receptores, y asimismo se evalúan eventuales graves peligros para el equilibrio orgánico a que se somete a los dadores [7]. En este sentido recuerda la Dra. Bertoldi de Fourcade, que "la Sociedad Internacional de Trasplantes consideró, en 1971, que los trasplantes de médula ósea, corazón, hígado, páncreas, pulmón e intestinos *eran aceptables como ensayos clínicos, pero no pueden incorporarse aún como método normal de la terapéutica*"; agregando que en cuanto a los cardioinjertos "está hoy difundida la opinión de que ya no es experimental, *pero que aún no ha entrado en la rutina*" [8].

Así con relación a los donantes, concurren las dificultades propias del cabal cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos en la ley 24.193, según se trate de trasplantes entre personas vivas o de un cadáver a un ser viviente; y en punto a los receptores, al margen de la indiscutible finalidad terapéutica de recuperación que se pueda perseguir con el trasplante, siempre habrá de quedar en pie el interrogante sobre si fue absolutamente imprescindible la extirpación del órgano enfermo y si la implantación realizada podrá asegurar una supervivencia normal, ya que de lo contrario el trasplante podría haber privado al receptor, cuando menos, de la posibilidad de continuar viviendo

7 SANTOS CIFUENTES, *Estudio jurídico privado sobre trasplantes de órganos humanos*, en "E.D.", v. 77, p. 838; id., *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires-Córdoba, ed. Lerner, 1974, p. 238, nota 86; ARTURO R. YUNGANO, *La ley 21.541 de trasplantes de órganos humanos*, en "E.D.", v. 76, p. 784, Nº 3.1.a. En similar sentido: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Consideraciones...*, cit. en "Rev. de Derecho Penal y Criminología", abril-junio 1968, p. 158, Nos. 2 y 6; ANA RAQUEL NUTA, *Interrogantes jurídicos en torno a los trasplantes de órganos humanos*, en "L.L.", v. 135, p. 1483 y ss.

8 MARÍA TERESA BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y MARÍA VIRGINIA BERTOLDI DE FOURCADE, *Trasplantes de órganos*, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 1983, p. 104, Nº 21-c) y p. 337 y sig., Nº 31-b).

por un tiempo más, pese al pronóstico fatal que hubiese podido merecer su dolencia [9].

Siendo ello así, el tratamiento de la "responsabilidad civil" en los trasplantes de órganos humanos debe necesariamente comenzar por la consideración de los requisitos legalmente exigidos para que sea viable acudir a esta particular especie de la cirugía curativa. Y con tal entendimiento, corresponde ante todo apuntar que la ley 24.193 comprende dos supuestos distintos, con una regulación también diferente: el trasplante de órganos proveniente de una persona viva, y los actos de disposición de órganos o materiales de individuos ya fallecidos; aunque igualmente existen algunos requisitos de carácter general, aplicables a los dos tipos de trasplantes prealudidos [10].

III. *Requisitos comunes a todo trasplante*

Entre los requisitos generales o comunes, pueden mencionarse a los siguientes:

1) *Subsidiariedad.* Ante todo, sólo es dable recurrir a los trasplantes como último remedio; cuando, como dice el art. 2º de la ley 24.193, "se hayan agotado" otros medios y recursos disponibles con los que se hubiese podido contar. En cambio, de ese nuevo texto legal ha desaparecido el carácter de "inevitabilidad o necesidad" que también resultaba del art. 2º de la derogada ley 21.541, que disponía que el trasplante sólo era procedente cuando "*no exista otra alternativa terapéutica para la recuperación de la salud del*

9 JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 514, Nº 1430; ALICIA B. FREIDENBERG, *Trasplantes e injertos en el cuerpo humano desde el punto de vista jurídico*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univ. Nac. de Tucumán", 1972, Nº 23, p. 253; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit. en "Rev. de Derecho Penal y Criminología", abril-junio de 1968, p. 157, Nos. 2 y 4.

10 EDMUNDO GATTI, *El cuerpo humano, el cadáver y los derechos reales*, en "L.L.", 1977-C, p. 751 y ss., Nº V.

paciente" [11]; en tanto que la norma actual, mucho más lata, sólo requiere que los otros medios "*sean insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica* de la salud del paciente".

2) *Adecuada información.* El art. 13 de la nueva ley 24.193 requiere que se informe "a cada paciente y su grupo familiar... de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante —según el caso—, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que, verosímilmente puedan resultar para el receptor"; y "los profesionales médicos deben 'asegurarse' de que dador y receptor... *comprendan el significado de la información suministrada, para lo que deberán tomar todos los recaudos posibles, según las características de cada paciente*" [12]. Por eso "las leyes especiales, previendo estas circunstancias particulares, exigen tanto a dador como a receptor el llamado 'consentimiento informado', para alertar a ambas partes, y especialmente al dador, sobre las consecuencias, secuelas y riesgos previsibles en estas intervenciones quirúrgicas" [13]. Por otra parte, ello en definitiva no constituye más que mera aplicación de un principio general, pacíficamente aceptado, de que cuanto más peligrosa resulte la actuación profesional —tratamiento recomendado o intervención quirúrgica aconsejada—, tanto más imprescindible ha de ser la adecuada advertencia al respecto por parte del facultativo, quien puede llegar a ser responsable en la medida en que

11 YUNGANO, ob. cit. en "E.D.", v. 76, p. 784, Nº 3.1.a., quien cita a FOURGOUX-PY, *A propos des greffes du coeur; garanties juridiques indispensables pour les greffes d'organes*, en "Gazette du Palais", 1968, 2ª parte, doctrina, p. 837.

12 BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 130, Nº 23-c).

13 BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 76, Nº 17-b)-2) y p. 341 y ss., Nos. 31 y 32.

silencie o reste trascendencia a los riesgos verdaderamente implicados [14].

A mayor abundamiento, el cumplimiento de ese deber de información es formal y expreso, ya que de ello, "de la decisión del dador y de la del receptor, así como de la opinión médica sobre los... riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejoría, tanto para el dador como para el receptor, *debe quedar constancia documentada* de acuerdo con la normativa a establecerse reglamentariamente" (citado art. 13, segundo párrafo, de la ley 24.193).

3) *Libre decisión.* En el comienzo de su segundo parágrafo, el mismo art. 13 de la ley establece que: "luego de asegurarse de que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada", el o los médicos intervinientes, "*dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar*"; no obstante, en rigor la conformidad del receptor constituye un requisito común a todos los casos de trasplantes, y por ello se lo incluye como tal, mientras que *el consentimiento del donante*, que no es lo mismo que la autorización para ablacionar órganos del propio cuerpo después de su muerte, *sólo es exigible en los trasplantes entre personas vivas.*

Por lo demás, lo dicho no constituye más que una simple aplicación particular al caso de los trasplantes de órganos, del deber genérico de todos los profesionales de la medicina de "*respetar la voluntad del paciente*"; lo que es

14 MAZEAUD y TUNC, ob. cit., t. I, vol. II, p. 180, Nº 511; RENÉ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en Droit Français*, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t. II, p. 384 y ss., Nº 782; JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. de Juan Agustín e Ignacia Moyano, México-Lima-Buenos Aires, ed. José Ma. Cajica (Jr.), 1957, t. I, p. 318, Nº 116; BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 503 y ss., Nº 1384 y ss.; ELÍAS P. GUASTAVINO, *Negativa a aceptar una transfusión de sangre*, en "L.L.", 1976-A, p. 7, Nº IX; ALFREDO ORGAZ, *La ilicitud*, Córdoba-Buenos Aires, ed. Lerner, 1973, p. 176, Nº 9; RAYMUNDO M. SALVAT y ARTURO ACUÑA ANZORENA, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Tea, 1958, t. IV, p. 319, Nº 1988-d; E. RAÚL ZAFFARONI, *Consentimiento y lesión quirúrgica*, en "J.A.", Doctrina, 1973, p. 391 y ss., Nº X.

tanto más así en el caso de "las operaciones mutilantes", en las cuales, a estar a lo dispuesto por el art. 19 inciso 3º de la ley local 17.132 sobre ejercicio de la medicina en la Capital Federal y territorios nacionales, hay que requerir "la conformidad por escrito del enfermo". La manifestación de voluntad del paciente y del dador ha de ser formal y expresa —arts. 915 a 917 del Cód. Civil—, atento a que debe instrumentarse por escrito conforme a la parte final del citado segundo párrafo del art. 13, en donde se precisa que de ella "deberá quedar constancia *documentada* de acuerdo con la normativa a establecerse reglamentariamente"; siendo obvio que todo documento o instrumento, público o privado, es siempre por esencia *"escrito"* [15]. Pero tal formalismo no se exige *ad solemnitatem*, ya que en ninguna parte se prevé la nulidad del acto por el no cumplimiento de las formas preestablecidas; lo cual, en cuanto mera infracción administrativa, podrá en todo caso determinar la aplicación de alguna de las sanciones contempladas en el art. 35 de la ley, contra el establecimiento o servicio —suspensión de la habilitación, o clausura, temporaria o definitiva, parcial o total—, y/o los equipos profesionales y sus integrantes responsables —suspensión o inhabilitación—.

Desde otro punto de vista, el acto es *libre* cuando el individuo puede autodeterminarse, es decir pronunciarse espontáneamente, sin presiones ni coacciones físicas —fuerza irresistible (art. 936 Cód. Civil)— o morales —intimidación por injustas amenazas de sufrir un mal grave e inminente (art. 937 Cód. Civil)—. Coincidentemente, entre las "prohibiciones" contempladas en el art. 27 de la ley 24.193, se menciona en su inciso g) a: "La inducción o coacción del dador para dar una respuesta afirmativa respecto a la dación de órganos", aunque con la aclaración de que: "El consejo médico acerca de la utilidad de la dación de un órgano o tejido, no será considerado como una forma de inducción

[15] CARLOS A. PELOSI, *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 30, Nº 11 y p. 35 y sig., Nº 14.

o coacción"; y en su art. 28 inciso a) se reprime como delito penal al hecho de dar u ofrecer "beneficios de contenido patrimonial o no, a un posible dador o a un tercero, *para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos*", lo que obviamente constituye una forma específica de inducción, si se quiere más grave atento el agregado del ofrecimiento de beneficios, patrimoniales o no, a cambio de la dación de órganos, lo que viene a configurar algo bastante parecido a una tentativa de soborno: ofrecimiento de dádivas para conseguir de alguien alguna cosa, al decir del Diccionario de la Lengua Española [16].

4) *Gratuidad.* Con ajuste a la ley 24.193, toda dación de órganos y materiales anatómicos con destino a trasplantes, *debe ser necesariamente gratuita*; según resulta de su art. 27 inciso f), que prohíbe "toda contraprestación u otro beneficio" a cambio de la dación, como asimismo de la tipificación como delito penal, reprimido con prisión de seis meses a cinco años, al hecho de dar u ofrecer "beneficios de contenido patrimonial o no, a un posible dador o a un tercero, para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos". En este aspecto la nueva ley mantiene el criterio seguido por la precedente 21.541, que es además el que inspira a la mayoría de las legislaciones sobre la materia [17], y en particular a la de los países latinos [18].

Se trata, empero, de una cuestión que reviste singular importancia, y cuya solución en cada caso particular debe ser meditada con serenidad, para que la misma no resulte disvaliosa. Por supuesto que la contraprestación resulta prima facie repugnante si es en dinero, tal como sucediera en el recordado caso del "injerto Voronoff", acaecido y juzgado en Italia, de un estudiante que se sometió a la ablación de uno de sus testículos, el que luego habría de ser implantado

16 Diccionario de la Lengua Española, 20ª ed., Madrid, Real Academia Española, 1984, t. II, p. 1251, voz "Sobornar".

17 YUNGANO, ob. cit. en "E.D.", v. 76, p. 788, Nº 12.

18 CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, Barcelona, ed. Bosch, 1979, p. 59 y ss.

a un anciano disminuido en su aptitud sexual, a cambio del pago de 100.000 liras [19]. Pero no hay que olvidar que la contraprestación puede no consistir en un simple pago de precio, sino asumir otras muy variadas formas, como ser: la atención médica para el donante o algún familiar suyo, o el pago de un seguro de vida, o la cancelación de la cuenta del hospital, si la extracción se le efectuó a un paciente fallecido durante su internación, etc.[20]; todo lo cual ya no resulta tan ofensivo para los sentimientos humanitarios y altruistas que deben imperar en esta materia.

Por otra parte, una ley francesa del año 1952 permitió una retribución al dador de sangre por el tiempo que ello le demandara y la pérdida de fuerzas que le pudiese significar; y entre nosotros un antiguo fallo de la Cámara 1ª en lo Civil y Comercial de La Plata, con voto del Dr. Alfredo C. Rivarola, aceptó como lícita una transfusión de sangre efectuada a título oneroso [21], amén de que en algún momento se admitió también en nuestro país la cesión periódica de plasma sanguíneo a un banco hospitalario, mediante el pago de una suma de dinero [22]. También cabe recordar que en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica es lícita la venta de sustancias como la leche, la sangre y el semen, y que en Los Ángeles han tenido lugar actos onerosos de cesión de glándulas pituitarias.

De manera parecida, el art. 17 de la actual ley 24.193 sobre trasplante de órganos, siguiendo los lineamientos del art. 16 de la ley 21.541, establece que: "Las inasistencias en las que incurra el dador, con motivo de la ablación, a su trabajo..., así como la situación sobreviniente a la misma, se regirán por las disposiciones que sobre protección de enfermedades y accidentes inculpables establezcan los ordenamientos legales, convenios colectivos o estatutos que rijan

19 ALBERTO J. BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Ábaco, 1979, p. 295 y ss.; ORGAZ, *La ilicitud*, cit., p. 166 y ss., Nº 4.

20 YUNGANO, ob. cit. en "E.D.", v. 76, p. 785, Nº 3.1.c.

21 Cám. 1ª Civ. Com. La Plata, Sala 1ª, 18/8/50, "Bischoff c/La Independencia", "J.A.", 1951-I-118.

22 CIFUENTES, *Los derechos personalísimos*, cit., p. 226.

la actividad del dador, tomándose siempre en caso de duda aquella disposición que le sea más favorable", lo cual importa en cierta medida una justificación de las ausencias y derecho al cobro de haberes caídos; aunque, como bien lo señalara Yungano, tal indemnización no puede ser entendida como el "valor" o "precio" del tejido u órgano extirpado [23].

5) *Capacitación del equipo médico.* Los trasplantes sólo pueden ser llevados a cabo por profesionales o equipos médicos especializados y de reconocida experiencia, todo conforme a lo previsto en el art. 3º de la ley 24.193, que exige que los mismos "sólo podrán ser realizados por médicos o equipos médicos registrados y habilitados al efecto por ante la respectiva autoridad de contralor", la cual debe exigir "en todos los casos, como requisito para la referida inscripción, la acreditación suficiente por parte del médico, de capacitación y experiencia en la especialidad"; todo ello bajo pena de ser responsable dicha autoridad "por los perjuicios que se deriven de la inscripción de personas que no hubiesen cumplido con tales recaudos".

6) *Idoneidad de los establecimientos.* De la misma manera, los trasplantes sólo pueden realizarse en servicios o establecimientos médicos "registrados por ante la respectiva autoridad de contralor", para lo cual se exige que cuenten con "la adecuada infraestructura física e instrumental, así como con el personal calificado necesario en la especialidad y el número mínimo de médicos inscriptos en el registro" antes aludido —art. 9º de la ley 24.193—; siendo la duración de dicha inscripción "por períodos no mayores de dos (2) años" —art. 10 de la misma ley—, durante los cuales "los servicios o establecimientos habilitados... no podrán efectuar modificaciones que disminuyan las condiciones de habilitación" —art. 12 ley 24.193—. También en cuanto a esto, se ha establecido la *responsabilidad solidaria de "la autoridad de contralor jurisdiccional"*, "por los perjuicios

23 YUNGANO, ob. cit. en "E.D.", v. 76, p. 785, Nº 31.1.c.

que se deriven de la inscripción de establecimientos que no hubieren cumplido con los... recaudos" —art. 9, última parte—, o "de la renovación de inscripciones de establecimientos sin que se hubieren cumplido los requisitos" del caso —art. 10, in fine— de la citada ley 24.193.

IV. *Requisitos de los trasplantes entre vivos*

Tratándose de trasplante de órganos o materiales anatómicos provenientes de seres vivos, se exigen además otros recaudos.

1) *Que razonablemente no se provoque un grave perjuicio a la salud del dador.* Esta, que es sin duda la condición más importante, por cuanto con ella se tiende a proteger la salud del donante, aparece contemplada en el art. 14 de la nueva ley que reza: "La extracción de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante entre personas... *estará permitida sólo cuando se estime que razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del dador*...". La ley 24.193, en cambio, difiere a la "reglamentación" cuáles habrán de ser "los órganos y materiales anatómicos que podrán ser objeto de ablación, excepto los incluidos especialmente en esta ley" —art. 14 in fine—.

Es indudable que toda ablación ha de causar una disminución permanente de la integridad corporal del dador, para quien la intervención quirúrgica implica una pura pérdida, sin beneficio orgánico alguno [24]. Por tal motivo, precisamente, fue criticada la anterior ley 21.541, en cuyo art. 12 se contemplaba la factibilidad de la ablación de uno de los "órganos pares o de materiales anatómicos cuya remoción *no implique riesgo razonablemente previsible que pueda causar su muerte o provocarle una incapacidad total y permanente*"; redacción ésta que posibilitó que se señalara

24 ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 58; CIFUENTES, ob. cit. en "E.D.", v. 77, p. 837 y ss.

que, al establecerse que el riesgo que se debía evitar era la muerte o incapacidad total y permanente, como contrapartida se estaba admitiendo el peligro de una incapacidad parcial o transitoria: "frente a la probabilidad muy cierta de la incapacidad parcial permanente, o de la total temporaria, —se dijo— no hay impedimento y la operación es lícita", cuando es obvio, por ejemplo, que una incapacidad total muy prolongada o una permanente parcial, pero con un elevado porcentaje de incapacidad, máxime si afecta a la específica actividad laborativa del donante, constituyen casos que deberían asimilarse a las hipótesis vedadas [25]. En este sentido resultan mucho más adecuados los términos utilizados por el art. 14 de la ley vigente 24.193, que con acierto exige que se estime que la ablación "razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del dador"; ya que es indudable que siempre algún detrimento habrá de derivarse para el dador del hecho de la definitiva afectación de su integridad corporal, no obstante lo cual, cuando se trata de salvar una vida sin que se resienta gravemente la salud del donante, se da protección al derecho subjetivo de éste, que en definitiva no se lesiona, y se fortifica el interés social en la salvación de la vida humana de otros [26].

Sin perjuicio de lo dicho, coincidimos con la Dra. Bergoglio de Brouwer de Koning, en que quizá habría sido preferible "señalar que para la realización de trasplantes *se deben utilizar preferentemente órganos provenientes de cadáveres*" [27].

2) *Existencia de perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor.* Esta exigencia resulta igualmente del ya citado art. 14 de la ley, y constituye un

25 GATTI, ob. cit. en "L.L.", 1977-C, p. 751 y nota 32; CIFUENTES, ob. cit. en "E.D.", v. 77, p. 834; HORACIO S. CACERES, *Reflexiones sobre la ley de trasplantes de órganos*, en "L.L.", 1978-A, p. 834, Nº II-1.

26 FREIDENBERG, ob. cit. en "Rev. Jur. de la Fac. de Dcho. y Cs. Soc. de la Un. Nac. de Tucumán", p. 247, Nº 23; ORGAZ, *La ilicitud*, cit., p. 166, Nº 4.

27 BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 104, Nº 21-b).

nuevo recaudo de toda lógica impuesto a los trasplantes entre vivos, ya que por cierto no tendría nada de razonable permitir que vía intervención quirúrgica se pudiese provocar una disminución permanente de la integridad corporal del dador, si no existieran posibilidades ciertas de así poder conservar la vida o mejorar la salud del receptor; el tremendo sacrificio del donante, digno por cierto del mayor encomio, sólo puede resultar justificado por la existencia de claras perspectivas de éxito en el trasplante y del logro de los perseguidos fines de conservación de la vida o notorio mejoramiento de la salud del recipiendario; o sea en suma que debe mediar una adecuada relación entre el riesgo creado y el beneficio esperado [28].

3) *Parentesco entre dador y receptor.* La ley exige que exista un cierto grado de parentesco entre donantes y receptores de órganos, quienes entre sí deben ser parientes consanguíneos o por adopción dentro del cuarto grado, o cónyuges, o, en todo caso personas que hayan convivido en relación de tipo conyugal con no menos de tres años de antigüedad, en forma inmediata, continua e ininterrumpida, o sólo de dos años si de dicha relación hubieran nacido hijos —art. 15 de la ley 24.193—.

Para algunos ese requisito se vincula con las probabilidades de éxito de la operación de trasplante, ya que cuanto más intenso es el vínculo de consanguinidad, mayor habrá de ser la histocompatibilidad y, por consiguiente, menores las probabilidades de rechazo inmunológico [29]. Por nuestra parte, coincidimos con Cifuentes en que más que un problema médico de resistencia o intolerancia del injerto por parte del receptor, lo que está en juego es "la necesidad de

[28] BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 134, Nº 24.

[29] GATTI, ob. cit. en "L.L.", 1977-C, p. 752 y nota 44; YUNGANO, ob. cit. en "E.D.", v. 76, p. 782, Nº 2.3.b.; RICARDO LEVENE (h.), *Trasplante de órganos*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Apéndice III, Buenos Aires, p. 851 y ss.; ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 80; Cám. Nac. Civil, Sala H, 21/4/89, "H., C.", "L.L.", 1991-B-292.

un lazo parental que sustente en sumo grado el sacrificio —gratuito— por el lado del dador" [30]; tanto más si se advierte que está igualmente permitido el trasplante entre parientes por adopción, esposos y aún entre personas que conviven maritalmente sin estar casadas, entre quienes, obviamente, no existen lazos de consanguinidad. Por otra parte, el requisito de que tratamos no resulta exigible cuando se trata de trasplantes de médula ósea, en cuyo caso no rigen las premencionadas limitaciones de parentesco —art. 15, 4º parágrafo de la ley—.

Durante la vigencia de la ley 21.541, un fallo del Juez de 1ª instancia en lo Civil y Comercial de la 13ª Nominación de Rosario, Dr. Omar U. Barbero, invocando la doctrina anteriormente sentada por la Corte Suprema Nacional en su fallo del 6 de noviembre de 1980 [31], resolvió que era procedente el otorgamiento de una autorización judicial supletoria, para que una persona pudiese donar uno de sus riñones a otra con la que no se encontraba en ninguna de las situaciones de parentesco exigidas por el art. 13 de dicha ley, por considerar que dicha norma no podía impedir irremediablemente el ejercicio del derecho al heroísmo, reconocido de modo implícito en la Constitución Nacional [32]. Sin embargo, dicha solución fue criticada desde un punto de vista estrictamente jurídico por los comentadores de ese pronunciamiento en la revista "La Ley", Dres. Alberto J. Bueres y Julio César Rivera, por entender que de esa forma " no hubo ...*interpretación* de la ley sino *un visible apartamiento* de ella", ya que: "La seguridad jurídica demanda que el derecho positivo se aplique, aun cuando sea, de cierto modo, y en un tono menor (o en un *minus*) un derecho *injusto*..."; no obstante lo cual estimaban "que la solución que contiene el art. 13 de la ley 21.541 no es injusta en límites trascendentes... A lo sumo podrá consi-

30 CIFUENTES, ob. cit. en "E.D.", v. 77, p. 840, nota 41; FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 106; Cám. Nac. Civil, Sala H, 21/4/89, "H., C.", "L.L.", 1991-B-292.

31 Ver infra nota 42.

32 Fallo del 9/5/83, in re "Colombo, María", "L.L.", 1984-B-189.

derarse *de lege ferenda* que hay una solución más perfecta, que podrá llegarse al logro de una justicia más afinada" [33]. *A posteriori*, en cambio, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil de Capital Federal, haciendo estricta aplicación de lo que disponía el citado art. 13, rechazó el pedido de una mujer que quería donar uno de sus riñones a su concubino [34]; caso que hoy está comprendido entre los mencionados en el citado art. 15 de la ley 24.193, siempre que se trate de una relación extra conyugal con una antigüedad no menor de 3 años o de 2 si hubiesen tenido hijos, pese a lo cual, para la hipótesis de una relación que no alcance a tener esa duración mínima, siempre podrían resultar de aplicación las observaciones formuladas por el anotador de aquel fallo, quien objetó su rigor formal, con desprecio de la verdad jurídica objetiva, de la verdad de la vida, de la verdad de los trasplantes y de la desesperación y de la angustia del enfermo y de su conviviente [35].

4) *Tener el dador 18 años cumplidos.* El mismo art. 15 de la ley 24.193 requiere que el dador sea "una persona mayor de dieciocho (18) años", y más adelante al referirse al trasplante de médula ósea, dice que "cualquier persona *capaz* mayor de dieciocho (18) años podrá disponer ser dador", apareciendo también similares referencias a personas "capaces mayores de 18 años", entre otros, en los arts. 19, 20 y 62. Sin embargo, la mayoridad y plena capacidad de las personas físicas recién se adquiere al cumplirse los 21 años de edad —art. 128 del Cód. Civil—, siendo las mismas hasta entonces incapaces relativos de hecho —art. 55 del Cód. Civil—.

Pero sin duda la actual ley de trasplante de órganos, al

33 ALBERTO J. BUERES y JULIO CÉSAR RIVERA, *Dación de órganos entre vivos. ¿Interpretación o apartamiento de la ley?*, en "L.L.", 1984-B, p. 188 y ss., en especial p. 209, Nº XI-d) y e), y p. 214, Nº XIII.

34 Cám. Nac. Civil, Sala H, 21/4/89, "H., C.", "L.L.", 1991-B-292, con nota de CARLOS H. VIDAL TAQUINI, *Ablación de órganos y concubinato*, quien objeta el apego del fallo al rigor formal (p. 293).

35 VIDAL TAQUINI, ob. cit. en "L.L.", 1991-B, p. 293.

igual que su predecesora, la 21.541, no ha tenido propiamente en cuenta la "capacidad" de las personas físicas, sino el "discernimiento" o aptitud para distinguir lo bueno de lo malo, o lo conveniente de lo que no lo es, lo que en principio obviamente ya posee y suficientemente desarrollado el menor de 18 años, quien por ello se encuentra legalmente habilitado además para el otorgamiento de ciertos trascendentes actos jurídicos, tales como: contraer matrimonio —la mujer inclusive desde los 16 años (art. 166 inc. 5º del Cód. Civil, según redacción de la ley 23.515)—; celebrar contrato de trabajo en actividad honesta o ejercer la profesión para la que cuenta con título habilitante, y administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con el producido de dichas actividades (art. 128 Cód. Civil); y otorgar testamento (art. 3614 Cód. Civil)[36]; siempre y cuando, claro está, no hubiese sido declarado incapaz absoluto de hecho en razón de su insanidad mental o sordomudez con imposibilidad de darse a entender por escrito (arts. 54, 145 y 157 Cód. Civil)[37]. Sin perjuicio de lo expuesto, atento a que tratándose de operaciones mutilantes, el art. 19 inc. 3º *in fine* de la ley local 17.132 exige en los casos de incapacidad del paciente que los profesionales requieran la conformidad de su representante, se ha señalado, con algo de razón, que "resulta contradictoria la apuntada idoneidad del menor de 18 años para consentir una disminución de su integridad física sin beneficio alguno para su salud y la carencia de aquélla cuando el acto médico tiene una finalidad curativa, en donde se requiere la voluntad del representante legal"[38]; no obstante lo cual no puede desconocerse la preeminencia de la ley nacional por sobre la simplemente local, con ajuste a la doctrina de la escala

36 CIFUENTES, ob. cit. en "E.D.", v. 77, p. 839; YUNGANO, ob. cit. en "E.D.", v. 76, p. 788, Nº 13; BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 115, Nº 23-b); TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 111 y ss.

37 ZAFFARONI, ob. cit. en "J.A." Doctrina 1973, p. 384, Nº III.

38 JOSÉ W. TOBÍAS, *El consentimiento del paciente en el acto médico*, en "E.D.", v. 93, p. 806, Nº V.

jerárquica de las normas jurídicas del art. 31 de la Constitución Nacional.

Desde otro punto de vista, resulta primordial la decisión personal del donante, cuyo *consentimiento "no puede ser sustituido ni complementado"* (art. 15, 5º párrafo de la ley 24.193) [39]. La redacción actual de la ley, creemos, ha tenido por finalidad evitar la repetición de sucesos como el acaecido durante la vigencia de la ley 21.541, en el que se planteara la posibilidad de acordarse una autorización judicial supletoria o complementaria a una menor de 17 años que deseaba donar un riñón a su hermano enfermo: en él, las sentencias de 1ª y 2ª instancia resolvieron que no podían sustentarse excepciones al principio de que hasta los 18 años, las personas no pueden decidir la ablación de un órgano de su propio cuerpo para su implantación en otro individuo [40]; aunque con la discrepancia del anotador del último fallo Dr. Vidal Taquini, quien entendió en cambio que la armónica interpretación de las leyes permitía acceder a lo peticionado, ya que "no resulta constructivo vedar la actitud del dador que quiere salvar la vida de un ser querido, pues el gesto es tan noble y el resultado tan grave, que no puede ser considerado contrario a derecho", a lo que agregaba que el precedente en sí no tenía mayor importancia, "pues serán la circunstancia de hecho con recta interpretación, lo que debe decidir cualquier planteo futuro, ya que en el fin y letra de las leyes se puede encontrar la adecuada solución para el grande valor que es la vida humana"; finalmente la Corte Suprema Nacional revocó los anteriores pronunciamientos cuando a la donante le faltaban dos meses para cumplir los 18 años, pero con otros argumentos de índole constitucional: la vida y la salud son bienes muy valiosos

39 TOBÍAS, ob. cit. en "E.D.", v. 93, p. 805, Nº V; CIFUENTES, ob. cit. en "E.D.", v. 77, p. 839 y ss.; ORGAZ, *La ilicitud*, cit., p. 173, Nº 7; GUASTAVINO, ob. cit. en "L.L.", 1976-A, p. 5, Nº V *in fine*; NUTA, ob. cit. en "L.L.", 135-1480; ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 78.

40 Cám. Nac. Civil, Sala A, 4/9/80, "S. y otra", "L.L.", 1980-D-438, con nota de CARLOS H. VIDAL TAQUINI, *Ablación de órganos por menores de edad*, p. 441 y ss. y 445 y ss.

protegidos constitucionalmente, como también lo está el derecho a la integridad corporal, por lo cual la vida en peligro de un hermano y la incolumidad física de su hermana que desea donarle un riñón, se concilian autorizando el trasplante para preservar la integridad familiar, asimismo protegida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional [41].

La solución de la nueva ley, en cuanto veda expresamente toda sustitución o complementación del consentimiento del donante, nos parece acertada y correcta, ya que lo que está en juego es nada menos que la madurez o aptitud mental del dador, para comprender la trascendencia de un acto que atañe a su propia integridad corporal. Al respecto la ley, adoptando un sistema rígido al igual que el Código Civil, ha fijado una edad tope —18 años—, a partir de la cual se presume que se tiene discernimiento para donar en vida órganos o piezas anatómicas del propio cuerpo; de forma tal que establecida la edad del dador, queda también automáticamente constatado si tiene o no discernimiento para el acto de que se trata, sin que se pueda intentar demostrar que el sujeto concreto poseía un desarrollo intelectual suficiente para comprender el alcance de sus acciones no obstante su escasa edad, o a la inversa que carecía de ese conocimiento pese a haber alcanzado la edad mínima [42].

5) *Libre decisión, esencialmente revocable, del dador.* Ya con anterioridad se había señalado que el art. 13 de la ley 24.193 exige que se deje a "la libre voluntad" de dador y receptor, la decisión sobre si se acepta o no el trasplante, todo lo que se da ahora por reproducido *brevitatis causa.*

Pero en los dos últimos párrafos del art. 15, se prevé: que el consentimiento del dador "puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad", y que "la

41 VIDAL TAQUINI, ob. cit. en nota anterior, "L.L.", 1980-D, p. 435 y ss.

42 JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general,* 7ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1980, t. II, p. 260, Nº 34.

retractación del dador no genera obligación de ninguna clase". Sobre el punto se ha señalado, en opinión que compartimos, que no sería posible el cumplimiento forzado, pues no se puede adquirir ningún derecho sobre el cuerpo del donante arrepentido y es inaceptable el ejercicio de violencia sobre su persona; como así que tampoco es demandable el cumplimiento indirecto de la vía sustitutiva de los daños y perjuicios, ya que ello implicaría un medio coactivo para apremiar el cumplimiento específico. O sea que el compromiso del donante carece de los efectos propios de toda obligación civil en orden al deudor, siendo inaplicables a su respecto los arts. 505, 629 y concordantes del Cód. Civil [43].

6) *Dictamen favorable del equipo médico que habrá de realizar el trasplante.* Completa el cuadro de los requisitos indispensables, "el dictamen favorable (al trasplante) del equipo médico a que se refiere el artículo 3º" (art. 15, 2º párrafo, de la ley 24.193); o sea de médicos registrados y habilitados al efecto por ante la respectiva autoridad de control jurisdiccional, previa acreditación suficiente de su capacitación y experiencia en la especialidad.

Sobre este aspecto se ha dicho, con criterio que compartimos, que el referido dictamen médico *debe considerar prioritariamente*, "a pesar de que nada diga la ley sobre el particular . . ., *el riesgo al que se expone el sujeto dador*" [44].

V. *Requisitos del trasplante desde cadáveres a seres vivos*

El trasplante de órganos y materiales anatómicos proveniente de personas fallecidas suscita a su vez diferentes problemas, exigiendo en consecuencia otros distintos recaudos.

43 CIFUENTES, ob. cit. en "E.D.", v. 77, p. 842, Nº VI-1-d.; ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 79; BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 81, Nº 17-d).

44 BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 141, Nº 26-b).

1) *Determinación del momento de la muerte.* Pareciera que tratándose de trasplantes de órganos provenientes de muertos, la cuestión habrá de ser mucho más sencilla, atento a que si bien el cuerpo de una persona viva no es una cosa, "con la muerte —tal como lo apuntara Enneccerus— el cuerpo (el cadáver) *se convierte en una cosa,* aunque no pertenezca en propiedad al heredero, ni sea susceptible de apropiación" [45] Criterio éste que habría quedado corroborado con los adelantos de la ciencia y la técnica, que hicieran posible que determinadas partes de un cadáver pudiesen ser utilizadas para la curación de enfermedades y hasta para la salvación de la vida; lo cual posibilita que para dicha finalidad, o aun para investigaciones científicas, porciones de un cadáver y el cadáver mismo puedan ser considerados como "cosas" [46], por encima de las normas positivas y del principio general que, según apreciaciones ético-sociales dominantes, reconocen en el cadáver un objeto de particular respeto, y lo sustraen por ende a toda concepción que haga de él un posible objeto de tráfico [47].

Sin embargo, según se verá, el problema dista mucho de ser sencillo, ya que el primer y fundamental punto a resolver es el de determinar con precisión el momento en que puede considerarse muerto al donante; máxime en cuanto la premura o urgencia que habitualmente requiere la extracción del órgano a utilizar en un trasplante implica casi siempre que el cirujano asuma el riesgo de una muerte aparente, al no haber concurrido todos los requisitos de la muerte real [48], en cuyo caso se produciría la extirpación de

[45] LUDWIG ENNECCERUS y HANS CARL NIPPERDEY, *Derecho civil. Parte general,* trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, ed. Bosch, 1947, t. I, p. 548, § 114, Nº II-1; MARÍA ANTONIA LEONFANTI, *Trasplante de órgantos humanos,* en "L.L.", 1977-C, p. 798, Nº III-1. En contra: GUILLERMO LORENZO ALLENDE, *Panorama de los derechos reales,* Buenos Aires, ed. La Ley, 1967, p. 171.

[46] GATTI, ob. cit., en "L.L.", 1977-C, p. 749, Nº 14.

[47] MARIO ROTONDI, *Instituciones de derecho privado,* trad. de Francisco F. Villavicencio, Barcelona, ed. Labor, 1953, p. 196, Nº 109.

[48] MANLIO FRANCISCO MARTÍNEZ, *Los trasplantes de órganos ante nuestro derecho positivo,* en "L.L.", v. 133, p. 1032.

un órgano de una persona aún con vida y sería en realidad dicha ablación la causa inmediata del deceso, con todas las eventuales implicaciones jurídicas de tal proceder, y muy especialmente la responsabilidad civil y penal del médico o cirujano [49]. Sin perjuicio de ello, pueden también seguirse otras consecuencias, tal como ocurriera en un episodio sucedido en Santa Rosa (California), de un individuo ebrio que atropelló con su automóvil a una menor de 12 años que sufrió una lesión cerebral irreversible, por lo que después de certificarse la muerte cerebral, los facultativos del Centro Médico de la Universidad de Stanford trasplantaron con éxito su corazón a otro paciente; lo cual posibilitó al abogado defensor del homicida alegar que con aquella intervención se había provocado la muerte prematura de la joven, por lo que no era justo acusar de "homicidio" a su defendido, criterio que en definitiva fue aceptado por el juez, por cuanto en realidad —expuso— no hay forma de saber si el acusado causó o no la muerte de la víctima [50]. La responsabilidad es pues enorme, y en ella juegan la ciencia y la conciencia del cirujano [51].

La muerte real o biológica ha sido definida como el cese irreversible de todas las funciones vitales del individuo: celular, textural y visceral; lo cual sucede cuando la circulación, la respiración y el sistema nervioso dejan de funcionar definitivamente, siendo sus signos indiscutibles, por lo tanto, cardiocirculatorios, respiratorios, esqueléticotegumentarios y oculares [52]. Todo lo cual era comprobable, se-

49 NUTA, ob. cit. en "L.L.", v. 135, p. 1482; ARGIBAY MOLINA, MORAS MOM y DAMIANOVICH, ob. cit. en "Rev. de Derecho Penal y Criminología", cit., enero-marzo 1971, p. 22, Nº 1; ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, *Los trasplantes de órganos ante el derecho penal*, en "J.A." Doctrina 1974, p. 748, Nº IV.

50 BERNARDO CARLOS VARELA, *Aspectos legales del trasplante de corazón*, en "J.A.", Doctrina 1969, p. 11 y ss., Nº V.

51 NUTA, ob. cit. en "L.L.", v. 135, p. 1482.

52 MARIO ALBERTO GODFRID, *Muerte cerebral y muerte real*, en "L.L.", 1983-A, p. 844, Nº I; LUCIO EDUARDO HERRERA, *Justificación legal de la muerte a los fines del trasplante de órganos*, en "L.L.", 1982-D, p. 735, Nº II; AVELINO DO PICO, JORGE A. RIU, LYDIA CORTECCI y MARÍA ELENA BELLANI, *La certificación de la muerte ante la ley de trasplantes (art.*

gún se pensó durante mucho tiempo, mediante la revelación por el electrocardiograma de la paralización de la actividad cardíaca. Pero los progresos evidenciados con los procesos de reanimación, que permiten mantener artificialmente la actividad cardiocirculatoria y respiratoria, han obligado a rectificar ese límite de vida humana.

Simultáneamente se ha ido advirtiendo que la muerte no es un momento sino *un proceso*, que se va cumpliendo con la cesación progresiva del funcionamiento de los distintos órganos, comenzando con la paralización irreversible de alguna función vital, para terminar con la muerte celular; ya que, sabido es, hasta varios días después de producido el deceso, ciertos tejidos continúan funcionando, y de ahí que, por ejemplo, crezcan pelos y uñas [53]. Por tanto, el transcurso de todo ese proceso no sirve para precisar el momento del fallecimiento, puesto que *antes de que se complete íntegramente, puede decirse ya, sin embargo, que la persona está muerta.* Y así se llega al punto crucial de la cuestión, consistente en precisar "si debe aguardarse el final de todo ese proceso inexorable o si cabe aceptar la muerte una vez establecida la certeza de su iniciación, mediante la comprobación de algunos signos incuestionables al respecto" [54]. Caracterizándose pues la muerte por ser un proceso irreversible, se la podrá tener por producida cuando acaeciera una lesión irrecuperable de alguna o algunas funciones vitales del cuerpo humano [55]; planteándose el proble-

21 de la reglamentación de la ley 21.541). Objeciones médico-legales, en "L.L.", 1982-D, p. 741, Nº I-A; TERÁN LOMAS, ob. cit. en "J.A.", Doctrina 1974, p. 748, Nº IV; LEONFANTI, ob. cit. en "L.L.", 1977-C, p. 799, Nº 4; YUNGANO, ob. cit. en "E.D.", v. 76, p. 781, Nº 2.2.b.; CARLOS H. VIDAL TAQUINI, *Muerte real y muerte clínica*, en "L.L.", 1980-C, p. 1066 y ss.; CARLOS A. SALMINI y ALBERTO L. SEGOVIA, *Aspectos médico-jurídicos de los trasplantes de órganos*, en "Rev. de Derecho Penal y Criminología", octubre-diciembre de 1968, p. 148, Nº 4 y en "Sensus", v. I, p. 433 y ss.

53 VALERGA ARÁOZ, ob. cit. en "L.L.", 1980-D, p. 1348, Nº II; VIDAL TAQUINI, ob. cit. en "L.L.", 1980-C, p. 1067.

54 BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 296, Nº 25-1)-1.

55 ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 62 y ss.

ma crucial de establecer de cuál o cuáles funciones vitales se trata [56]. A este respecto, se estima hoy, unánimemente, que un deterioro sustancial del cerebro, o más concretamente del encéfalo, es totalmente irrecuperable; es decir que, cuando se produce la muerte cerebral, puede considerarse clínicamente fallecida a la persona, puesto que se halla fuera del alcance de la medicina la recuperación de las funciones del cerebro, que a su vez son rectoras de otras del organismo, sin las cuales éste no puede seguir funcionando autónomamente [57]. Así aparece el concepto de muerte clínica o cerebral, consistente en la irreversibilidad del daño a la célula nerviosa, acusado por el electroencefalograma "plano-liso", "chato" o "mudo", que se caracteriza porque la línea isoeléctrica es igual a cero.

Se presenta entonces el problema jurídico de saber cuál es el criterio a adoptar: la muerte del cerebro o la detención de la circulación y de la respiración [58]; cuestión de vital importancia en el tema que nos ocupa, dado que los órganos nobles (corazón, hígado, riñón) de los enfermos en coma muy prolongado, se hallan en excelente estado y constituyen una de las mejores fuentes posibles de injertos que hoy se conocen [59]. Para algunos, si el enfermo padece un daño cerebral irreversible ("coma *dépassé*"), aunque su corazón funcione artificialmente debido a un procedimiento de reanimación, una vez comprobadas las alteraciones necróticas del cerebro, sería posible suspender las tareas de supervivencia artificial y proceder a la extracción del órgano necesario a los fines del trasplante; se ha evolucionado así del concepto tradicional de "cadáver", al no tradicional, o sea a la consi-

56 VALERGA ARÁOZ, ob. cit. en "L.L.", 1980-D, p. 1348.

57 ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 63.

58 ROGER NERSON, *L'influence de la biologie et de la médicine moderne sur le droit civil*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", Paris, Sirey, 1970, p. 670; BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 513, Nº 1427 bis.

59 CIFUENTES, ob. cit. en. "ED.", v. 77, p. 848; JUAN JOSÉ BORETTI, *Precisaciones médicas sobre trasplantes de órganos*, en "L.L.", 1977-C, p. 804; VALERGA ARÁOZ, ob. cit. en "L.L.", 1980-D, p. 1348, Nº II; NUTA, ob. cit. en "L.L.", v. 135, p. 1348; ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 47, texto y nota 60.

deración de que ya está muerto el individuo en estado de supervivencia artificial, pero privado de vida neurológica [60].

Sin embargo, este criterio no es compartido por todos, pues distintas experiencias médicas revelan que tras el cese de ciertas funciones vitales, el organismo puede revivir; lo que paralelamente evidencia el fracaso de los índices supuestamente reveladores de la muerte [61]. Entre nosotros, una autoridad médica como el Dr. Pedro Cossio ha sostenido que aun después de un electroencefalograma plano se registran casos, citados por la literatura médica, en los cuales se puede producir una resucitación después de reanimado el corazón; lo cual viene a demostrar que la muerte clínica no implica indefectiblemente la muerte real. Y en un trabajo suscripto por cuatro médicos forenses, se objetó, con el aporte de razones médico-legales, el sistema adoptado en esta materia por la anterior ley de trasplantes 21.541 y su reglamentación, sosteniéndose que: "La muerte ...es un 'instante o un momento' y no un proceso"; que "Una persona jurídicamente... está muerta en el 'instante' en que tiene el paro respiratorio y cardíaco, funciones vitales básicas o mínimas de vida, debiendo ser este paro: 'total o completo y definitivo o irreversible' "; y que "la extracción del corazón y la consiguiente muerte de seres que han dejado de tener valor social, como los que presentan muerte cerebral, *debe ser considerada como homicidio por cuanto no objetivan el paro cardio-respiratorio irreversible y completo*", lo cual "*para nuestro Código Penal, constituye delito*", dado que "*se autoriza la extracción del corazón cuando el mismo aún no ha dejado de latir, es decir en un agónico, en un ser vivo*", aunque su muerte fuese inminente por padecer de una lesión cerebral irreversible [62]; agregándose ade-

60 JORGE A. CARRANZA, *Los trasplantes de órganos*, La Plata, ed. Platense, 1972, p. 70 y ss.; GERT KUMMEROW, *Perfiles jurídicos de los trasplantes*, Mérida (Venezuela), ed. Universitaria de los Andes, 1964, p. 63, Nº 41.

61 ARGIBAY MOLINA, MORAS MOM y DAMIANOVICH, ob. cit. en "Rev. de Derecho Penal y Criminología", enero-marzo 1971, p. 22, Nº 1.

62 DO PICO, RIU, CORTECCI y BELLAMI, ob. cit. en "L.L.", 1982-D, p. 741 y ss., en especial p. 748 y ss., Nos. IV y V.

más que: "La medicina actual no necesita extirpar los órganos de un individuo en el que todavía no hayan cesado sus latidos cardíacos, para mantener a aquéllos en buenas condiciones fisiológicas para su trasplante" [63].

Terán Lomas ha referido varios ejemplos bien ilustrativos, en relación con lo preexpuesto:

a) Para la primera operación que realizara en Brasil el Dr. Zerbini, se había elegido a un donante que luego fue descartado por incompatibilidad textural o sanguínea, el cual 48 horas más tarde recobró el conocimiento.

b) Un caso similar ocurrió en los EE.UU., con una mujer en coma cerebral, descartada por incompatibilidad, que poco después se retiró del hospital por sus propios medios.

c) En una mesa redonda sobre cardiología realizada en Rosario, el Dr. Víctor Suárez refirió este caso: un paciente sufrió en el quirófano un paro cardíaco y cerebral; reanimado, se repitió el paro aparentemente en forma irreversible; dado por muerto, el médico se retiró indicando al equipo de enfermeras que, a mero título de entrenamiento, hacieran prácticas de reanimación con el "cadáver"; pero seis horas después éste había vuelto en sí definitivamente y más adelante fue dado de alta.

d) En la colonia psiquiátrica de Oliva se le extirpó un lóbulo del pulmón a un demente tuberculoso, quien aparentemente falleció al término de la operación, certificándose su deceso; al comenzarse la autopsia se le practicó una incisión en el pecho y entonces el "cadáver" emitió un quejido, se repitió la incisión y se produjo un nuevo quejido, luego de lo cual se realizó inmediatamente un masaje al corazón, con lo que el "difunto" volvió en sí.

63 DO PICO, RIU, CORTECCI y BELLAMI, ob. cit. en "L.L.", 1982-D, p. 743 y sig., letra "C".

e) En Japón, trece minutos después del fallecimiento de un accidentado, la enfermera que lo lavaba notó una débil palpitación del corazón, que fue adquiriendo fuerzas hasta el extremo de poder tomarse las pulsaciones [64].

f) El Dr. Bernardo E. Malamud, Presidente de la Sociedad Argentina de Cardiología, también refirió en unas jornadas sobre el tema, que en el mes de mayo del año 1966 tuvo conocimiento del caso de un paciente que tenía un encefalograma chato, y que sin embargo se recuperó 72 horas después [65].

g) El cardiólogo norteamericano Irwing S. Wright, en una conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Medicina, contó el caso de un accidentado con lesiones cerebrales en Rocfor (Illinois), que por presentar un electroencefalograma plano, fue transferido al Presbiterian Saint Lukes Hospital de Chicago, como posible cedente de órganos, pero cuando llegó allí un neurólogo le encontró algunos signos de vida, por lo cual canceló el trasplante, recobrando el conocimiento diez semanas más tarde, aunque requiriendo un respirador artificial [66].

h) En fin, aunque desde otro punto de vista, tampoco pueden olvidarse los casos del boxeador Lavorante, que estuvo en coma durante casi un año, y el ocurrido en los EE.UU. con Karen Anne Quinlan, quien cayó en estado de coma el 15/4/75, después de ingerir píldoras tranquilizantes y bebidas alcohólicas, permaneciendo en aquella situación durante más de un año, conectada a un aparato respiratorio, y que, después de desconectado el pulmotor,

64 TERÁN LOMAS, ob. cit. en "J.A.", Doctrina 1974, p. 748 y ss., Nº 4; FREIDENBERG, ob. cit. en "Rev. Jur. de la Fac. de Dcho. y Cs. Soc. de la Univ. Nac. de Tucumán", Nº 23, p. 251 y ss.

65 MARTÍNEZ, ob. cit. en "L.L.", v. 133, p. 1032; VALERGA ARÁOZ, ob. cit. en "L.L.", 1980-D, p. 1355.

66 Diario "La Prensa" del 13/7/69, cit. por VALERGA ARÁOZ, ob. cit. en "L.L.", 1980-D, p. 1355.

previa autorización judicial, sin embargo continuó viviendo en un estado vegetativo crónico [67].

Es muy probable que en los casos de muerte aparente relatados supra no se tratara en realidad de muerte cerebral (como grado 4), sino de comas profundos grado 3, y que por lo tanto estuviese errado el diagnóstico tanatológico o estudio de las alteraciones que se producen en el organismo humano a partir del momento de la muerte; pero ello es precisamente lo que mueve a reflexión y causa preocupación, ante la posibilidad de nuevas equivocaciones, dadas las distintas interpretaciones de que son susceptibles los resultados de cada una de las pruebas que hay que realizar para establecer el cese irreversible de la actividad cerebral [68].

Todas estas circunstancias son las que, verosímilmente, determinaron algunas de las censuras de que fue objeto la ley 21.541, que en su art. 21 adoptaba el criterio de muerte cerebral, al establecer que: la certificación del fallecimiento del dador se hará "mediante comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales". Ello fue calificado de *peligroso* [69], en atención a la grave falta de certeza y la creciente perplejidad resultante de la utilización pura y simple del método electroencefalográfico [70]; puesto que los centros respiratorios y cardíacos se encuentran en el bulbo, no en el cerebro, por lo cual resulta fácil concluir que un trazado electroencefalográfico que no registre actividad cerebral, no indica necesariamente la muerte de la persona, pues pueden persistir las funciones respiratorias y cardíacas [71].

Sin embargo, en contra, se ha sostenido que: "El pro-

67 LEVENE (h.), ob. cit. en "Enciclopedia Jurídica Omeba. Apéndice III", p. 865; VALERGA ARÁOZ, ob. cit. en "L.L.", 1980-D, p. 1355.

68 VALERGA ARÁOZ, ob. cit. en "L.L.", 1980-D, p. 1355, Nº IV.

69 ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, *La ley 21.541 sobre trasplantes*, en "J.A.", 1977-III, p. 641 y ss.; HERRERA, ob. cit. en "L.L.", 1982-D, p. 735 y ss., especialmente Nos. IV y V.

70 FERNANDO MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazioni humana nel diritto italiano e straniero*, Padua, Cedam, 1974, p. 434 y ss.

71 YUNGANO, ob. cit. en "E.D.", v. 76, p. 791, Nº 21 y nota 35.

blema del diagnóstico de muerte cerebral ha sido motivo de múltiples estudios y trabajos, existiendo en la actualidad métodos y técnicas que permiten certificarlo con seguridad". Y en este sentido se menciona un informe elaborado en 1971 por el Servicio de Neurología de la Universidad de Minnesota, reactualizado en 1975 en un trabajo cooperativo dirigido por el Instituto Nacional de Salud de EE.UU., en el que se tuvieron en cuenta 503 casos de lesiones cerebrales tratados en distintos centros de aquel país, considerándose en particular las posibilidades y condiciones de sobrevida cerebral; y cuyos datos, expresión de elementos clínicos y de laboratorio, incontrovertiblemente coinciden con la situación de muerte cerebral, siempre que persistan por lo menos durante 30 minutos después de producido el insulto cerebral [72]. Y esta muerte cerebral, que se produce cuando el daño del encéfalo es irrecuperable y tan grave, que ya no puede mantenerse por más tiempo la homeostasis interna, o sea la función cardiorrespiratoria normal, a su vez determina un proceso irreversible que fatalmente conduce a la muerte definitiva y total [73]. Por tal razón, se ha dicho, "toda imputación en el sentido de que quien dispone del corazón u órganos vitales de un 'muerto cerebral' le ocasiona la muerte —valga la redundancia—, deviene carente de todo asidero científico, moral y jurídico", ya que la muerte cerebral "consiste en el cese total e irreversible de las funciones cerebrales y de la ausencia de respiración espontánea, sin perjuicio de los demás síntomas legalmente requeridos, malgrado la subsistencia por algún lapso de otros síntomas diversos de vitalidad, inclusive de una efímera actividad circulatoria. Particularmente este mínimo resabio de vitalidad no tiene más relevancia ni significado que cualquiera de los otros posibles dentro del prolongado proceso de ex-

72 BORETTI, ob. cit. en "L.L.", 1977-C, p. 804.

73 BORETTI, ob. cit. en "L.L.", 1977-C, p. 804 y ss.; BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., pp. 322 a 325; FRED PLUM y JEROME B. PONER, *Lo esencial del estupor y coma*, trad. de Armando Soto R., México, El Manual Moderno, 1973, p. 259.

tinción total de la vida de cada una de las células que integran el organismo humano" [74].

Por otra parte, según el moralista Eugene Tesson, frente a aquellos casos en que la reactivación de la circulación cardíaca, puramente mecánica, no podrá devolver jamás la vida a las células cerebrales, la moral católica no puede poner ninguna dificultad a la extracción del corazón [75]; criterio coincidente con la "Declaración de Sidney", de setiembre de 1968, adoptada por la XXII Asamblea de la Asociación Médica Mundial, según la cual, desde el punto de vista ético, se exime al médico, una vez producida la llamada "muerte clínica", de practicar los recursos de resucitación que estén a su alcance, permitiéndosele la extracción del órgano necesario [76].

En su momento la ley 21.541 se decidió por la adopción del referido criterio, según se desprende de su ya mencionado art. 21, así como de los fundamentos invocados en la nota de remisión del respectivo proyecto de ley, en donde se lee: "El punto residiría entonces en determinar si, para admitir la muerte, debe aguardarse al final de todo ese proceso inexorable una vez iniciado, o si es dable aceptarla una vez establecida la certeza de su iniciación, mediante la comprobación de algunos signos incuestionables al respecto", para concluir: "El proyecto adhiere... a la concepción de la muerte como proceso y a la validez del concepto de que por irreversible, tan válido resulta admitir su comienzo como su conclusión y por ende, *establecido ese comienzo mediante la comprobación simultánea de ciertos signos, resulta lícito resolver la disposición del cadáver para los fines que se persiguen mediante la observancia de las medidas condicionantes que el proyecto determina*".

Con ese entendimiento, ya no resulta entonces de fundamental importancia la determinación del instante mismo en que la operación de trasplante tenga lugar, pues lo re-

74 GODFRID, ob. cit. en "L.L.", 1983-A, p. 846 y sig., y p. 849, Nº V-6º.
75 CIFUENTES, ob. cit. en "E.D.", v. 77, p. 850.
76 NUTA, ob. cit. en "L.L.", v. 135, p. 1482 y ss.

levante habrá de ser que se la realice *después de que el proceso de la muerte haya comenzado* y aunque el mismo todavía no hubiese culminado [77]. Siendo ésta una solución para el problema de la determinación de la muerte, que una parte importante de nuestra doctrina jurídica acepta como seria y valedera [78]. O sea que, aún admitiéndose que el electroencefalograma plano resulte de suyo insuficiente para tener por acreditada la muerte cerebral, en cambio es posible que ésta pueda ser establecida con cierto grado de certeza, si además se efectúan otras verificaciones y se realizan otras pruebas idóneas tendientes a establecer el cese irreversible de la actividad cerebral. En este sentido, en la Reunión Internacional de Trasplantes, del Consejo de las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, que tuviera lugar en Ginebra los días 13 y 14 de junio de 1968, los cardiólogos, cirujanos, inmunólogos, neurólogos y representantes de la Organización Mundial de la Salud y de la Unesco, establecieron que la muerte cerebral se produce al conjugarse los siguientes indicios: a) pérdida de toda vida de relación; b) arreflexia y atonía muscular totales; c) paralización de la respiración espontánea; d) desplome de la presión arterial a partir del momento en que no se la mantiene artificialmente; e) trazado encefalográfico lineal absoluto (incluso bajo estímulo) obtenido con garantías técnicas bien definidas [79]. Y entre nosotros se precisó que la certificación de la muerte cerebral se basa en la apreciación de los siguientes parámetros: a) falta total de respuesta a estímulos externos; b) apnea o pérdida total de la

77 ARGIBAY MOLINA, MORAS MOM y DAMIANOVICH, ob. cit. en "Rev. de Derecho Penal y Criminología", enero-marzo 1971, p. 21, Nº 1.

78 CIFUENTES, ob. cit. en "E.D.", v. 77, p. 850; LEONFANTI, ob. cit. en "L.L.", 1977-C, p. 801; BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., pp. 299 y 22., § 25-b).

79 NUTA, ob. cit. en "L.L.", v. 135, p. 1475; GATTI, ob. cit. en "L.L.", 1977-C, p. 753; YUNGANO, ob. cit. en "E.D.", v. 76, p. 783, Nº 2.3.-c-1; VIDAL TAQUINI, *Muerte real y muerte clínica,* cit. en "L.L.", 1980-C, p. 1067; GERT KUMMEROW, *Un proyecto de ley sobre trasplantes en seres humanos,* en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado" de la Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva Serie, año IV, enero-agosto de 1971, p. 186, Nos. 10 y 11.

capacidad mecánica de respirar; c) dilatación pupilar con ausencia de reflejos; d) silencio electrocerebral; e) prueba confirmatoria de ausencia de flujo sanguíneo cerebral por angiografía, ecoencefalografía, curva iotópica o retinoscopia; f) persistencia de la totalidad de estos signos y síntomas, y falta de capacidad de respuesta al ser retirado el paciente del respirador mecánico [80].

A diferencia de la precedente ley 21.541, que defirió a la "reglamentación" la fijación de los signos mínimos requeridos para la certificación del deceso, lo que se estableciera por el decreto reglamentario 301/77; la nueva ley 24.193 contempla en cambio en su propio contexto —artículo 23— cuáles son los requisitos indispensables para tener por producido el fallecimiento de una persona, el que se "considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constataciones de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (Incucai)", aunque los de este último inciso no resultan necesarios "en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible". Por otra parte, a los fines de lo dispuesto en el citado art. 23, en el subsiguiente art. 24 se prevé que: "la certificación del fallecimiento deberá ser suscrita por dos (2) médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos será el médico o integrará el equipo que realice ablaciones o implantes de órganos del fallecido"; y que "la hora del fallecimiento será aquella en que por

80 BORETTI, ob. cit. en "L.L.", 1977-C, p. 805.

primera vez se constataron los signos previstos en el artículo 23".

De lo expuesto se desprende que, aunque con mejor técnica y una más adecuada redacción, se mantiene sin embargo en la nueva ley de trasplante de órganos la concepción de la muerte cerebral, o, con mayor precisión, "encefálica"; que posibilita la disposición de órganos de un fallecido, una vez establecida la concurrencia de una serie de signos o evidencias que permiten tener por indudablemente comenzado el irreversible proceso de la muerte.

Por nuestra parte pensamos que con el empleo de los métodos y técnica de la ciencia actual, habrá de ser muy difícil encontrar algún hipotético caso de error y de sobrevida [81]. Por lo que aparece entonces como ciertamente algo muy positivo, esto de poder *"aprovechar los últimos estremecimientos de una vida que prácticamente está ya muerta, para salvar otra vida que puede seguir viviendo"* [82].

2) *Consentimiento para la donación.* La conformidad con la dación *post mortem* de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, puede ante todo ser otorgada en vida por el propio donante, siempre que sea mayor de 18 años (art. 19 de la ley 24.193). A diferencia de la ley 21.541 que en su art. 17 exigía para tal manifestación de voluntad el cumplimiento de una serie de formalidades, en el régimen actual tal declaración pasa a ser: "no formal", es decir no sujeta a ningún tipo de requisitos condicionantes (doctrina del art. 916 del Cód. Civil); "tácita" (art. 918 y su doctrina del Cód. Civil) en cuanto a los órganos o materiales cuya ablación se autoriza y en lo que atañe al destino a darse a los mismos, ya que de no existir especificaciones al respecto "se entenderán abarcados todos los órganos o tejidos anatómicos del potencial donante" y que

81 CIFUENTES, ob. cit. en "E.D.", v. 77, p. 850; VIDAL TAQUINI, *Muerte real y muerte clínica*, cit. en "L.L.", 1980-C, p. 1089.

82 FREIDENBERG, ob. cit. en "Rev. Jur. de la Fac. de Dcho. y Cs. Soc. de la Univ. Nac. de Tucumán", Nº 23, p. 243; BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 287, Nº 22 *in fine*.

han sido donados "a los fines de su implantación en humanos vivos y excluidos los de estudio e investigación científica"; e inclusive en el futuro llegará a ser "inducida por una presunción de la ley" (arts. 915 in fine y 920 del Cód. Civil), ya que en el art. 62 de la nueva ley, entre las "Disposiciones varias" de su Capítulo final, se prevé que: "A partir del 1º de enero de 1996 *se presumirá* que toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años que no hubiera manifestado su voluntad en forma negativa en los términos del art. 20 *ha conferido tácitamente la autorización a que se refiere el artículo 19*", aunque para que entre en vigor dicha preceptiva, previamente se deberá haber llevado a cabo por el Poder Ejecutivo, en forma permanente, una intensa campaña de educación y difusión, debiendo asimismo "existir constancia de que por los mecanismos previstos en el artículo 20 —o sea el requerimiento por parte de los funcionarios del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a toda persona capaz mayor de 18 años que concurra ante dicho organismo, de su manifestación de voluntad, positiva o negativa, sobre la donación de sus órganos para después de su muerte, lo que deberá asentarse en su Documento Nacional de Identidad—, no menos del setenta por ciento (70 %) de los ciudadanos mayores de 18 años ha sido consultado". "La teoría del consentimiento presunto —se ha dicho— es la que, en definitiva, parece imponerse en las legislaciones más avanzadas, ya que es ésta la que permite lograr mayor cantidad de dadores cadavéricos. . . .La presunción legal de que toda persona es un posible dador facilita enormemente la extracción de piezas para trasplantes pues, para que esto no suceda, se requiere una manifestación expresa en contrario"; pero se agrega: "estimamos que la adopción de tal criterio requiere un especial grado de maduración y concientización de la población respecto de los fines altamente humanitarios que se persiguen, como así también del esfuerzo educativo por parte de las autoridades, con el fin de desechar los temores que la normativa

respectiva pueda provocar en los ciudadanos" [83]. Pero desde otro punto de vista, tampoco puede olvidarse que "el derecho a disponer del propio cuerpo para después de la muerte integra el cuadro de los derechos personalísimos, y que por lo tanto su ejercicio corresponde exclusivamente a la persona y su voluntad no puede ser sustituida" [84].

Sin embargo, dicha autorización "es revocable en cualquier momento por el dador", conforme con lo dispuesto en el último párrafo del citado art. 19 de la ley 24.193, y aun podrán oponerse a la ablación "presumida por la ley" los familiares del difunto enumerados en el art. 21, conforme al final del primer párrafo del art. 62.

Además, en caso de muerte natural y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, el art. 21 de la ley establece que "la autorización podrá ser otorgada por familiares o personas muy allegadas al difunto, presentes en el lugar del deceso, que la ley enumera en un orden prioritario y excluyente: a) el cónyuge no divorciado que conviva con el fallecido, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva con él en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida; b) cualquiera de los hijos mayores de 18 años; c) cualquiera de los padres; d) cualquiera de los hermanos mayores de 18 años; e) cualquiera de los nietos mayores de 18 años; f) cualquiera de los abuelos; g) cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; y h) cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; con la aclaración de que tratándose de personas ubicadas en un mismo grado dentro del orden preestablecido, "la oposición de una sola de éstas eliminará la posibilidad de disponer del cadáver a los fines..." de su trasplante. En última instancia, en ausencia de las personas mencionadas supra, se puede solicitar "autorización para practicar la ablación" al

83 BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 216, Nº 19-b).

84 BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING y BERTOLDI DE FOURCADE, ob. cit., p. 278, Nº 19-b).

"juez ordinario en lo Civil con competencia territorial en el lugar de la ablación, quien deberá expedirse dentro de las seis (6) horas de producido el deceso".

Finalmente, en caso de muerte violenta, no existiendo voluntad expresa del difunto y ante la ausencia de los familiares mencionados en el art. 21, o de no haber sido localizados los mismos dentro de las seis horas de producido el fallecimiento, procederá el requerimiento al juez de la causa de la autorización para ablacionar órganos y materiales anatómicos, "cuando surja de manera manifiesta e indubitable la causa de la muerte y no exista riesgo para el resultado de la autopsia", sobre lo que éste deberá expedirse "dentro de las seis (6) horas de producido el deceso" (art. 22 de la ley).

3) *Prohibición de que la ablación se practique por el profesional que haya atendido y tratado al muerto durante su última enfermedad o por los médicos que diagnosticaron el deceso.* Lo cual así resulta de lo establecido por el art. 27 inc. e) de la ley 24.193, que prohíbe la realización de todo tipo de ablación "por el profesional que haya atendido y tratado al fallecido durante su última enfermedad, y por los profesionales médicos que diagnosticaron su muerte".

4) *Evitar mutilaciones innecesarias al cadáver y brindar al mismo un trato digno y respetuoso.* Esto surge del art. 25 de la ley 24.193, que impone al establecimiento en cuyo ámbito se realice la ablación, las obligaciones de: "arbitrar todos los medios a su alcance en orden a la restauración estética del cadáver" y conferir al mismo en todo momento "un trato digno y respetuoso"; normas éstas, obviamente inspiradas en un sentimiento de respeto por el muerto y por los sagrados afectos de sus deudos y seres queridos.

VI. *Legitimación pasiva*

Por último, corresponde considerar quién o quiénes son los eventuales responsables de un trasplante de órganos llevado a cabo con violación a las normativas legales, y contra los cuales pueda caber una acción indemnizatoria; pudiendo anticiparse que la ley contempla la responsabilidad de los médicos y equipos médicos intervinientes; la del establecimiento en donde se realizó la intervención quirúrgica; y asimismo la de la respectiva autoridad de contralor, por incumplimiento a sus deberes como tal.

1) *El equipo médico.* El art. 3 de la ley 24.193 establece que "Los actos médicos referidos a trasplantes contemplados en esta ley sólo podrán ser realizados por *médicos o equipos médicos registrados y habilitados al efecto por ante la respectiva autoridad de contralor*"; y en el siguiente art. 4 se prevé que todos los profesionales médicos integrantes de uno de esos "equipos", serán "*solidariamente responsables del cumplimiento de esta ley*".

En rigor, las operaciones quirúrgicas que implica todo trasplante de órganos, requieren necesariamente de un "equipo" de profesionales y auxiliares, es decir de la colaboración organizada de ese grupo de personas. Y ello es así por cuanto el acto médico en estos casos deja de ser individual para trastocarse en una actividad conjunta, "dado que —como lo apunta Le Tourneau— el avance de la ciencia y de la técnica requieren un despliegue profesional que sólo puede concretarse por medio de un equipo de hombres especializados, cada uno competente en un ámbito particular, y a cuyo concurso o coparticipación resulta imprescindible recurrir" [85]. Por lo demás, el deber que así asume el grupo humano que conforma el equipo, viene a constituir lo que en doctrina se conoce como *obligación indivisible impropia o imperfecta*, figura ésta que no aparece legislada expresa-

[85] PHILIPPE LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1976, p. 403, Nº 1170; BUERES, *La responsabilidad civil de los médicos*, 1ª ed., Buenos Aires, Abaco, 1979, cit., p. 145, Nº 23-b).

mente en nuestro Código Civil, y en la cual la prestación es debida por todos en forma conjunta, por ser imprescindible su participación y estrecha colaboración para su adecuado cumplimiento [86].

Por ello, ante la ausencia de normas específicas sobre el particular, en los casos en que no se podía establecer la verdadera causa del daño resultante de la intervención de un equipo médico, ni tampoco individualizarse al responsable directo, dada la complejidad de la labor desarrollada y de la interrelación existente entre las diversas conductas concretas de los distintos copartícipes, nuestra doctrina entendió que, al margen de la responsabilidad refleja que pudiera caber al jefe o coordinador del equipo por el hecho de sus dependientes o auxiliares (doctrina del art. 1113, primer párrafo del Cód. Civil), en razón de tratarse lo debido de un hacer complejo e indivisible, debía existir una responsabilidad "colectiva" y "plural" de todos los componentes del equipo, por su propio hecho y también objetivamente por el hecho de los demás, por la mera circunstancia de no estar identificado entre aquéllos quién realmente había provocado el perjuicio, ya que una vez probada la relación de causalidad entre el perjuicio y la intervención del equipo se presume el nexo causal con el hecho de cada miembro del mismo, salvo que alguno de ellos demuestre que su participación nada tuvo que ver con el daño o de donde provino éste [87].

86 LODOVICO BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Dott A. Giuffré, 1948, t. I, p. 197, Nº 53; EDUARDO B. BUSSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1951, t. IV, p. 538, Nos. 61 a 63 y t. V, p. 36, Nos. 156/157; JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1970, t. II, p. 443 y ss., Nº 1147; PEDRO N. CAZEAUX y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., La Plata, ed. Platense, 1989, t. II, p. 343, Nº 823; OSCAR J. AMEAL, en el *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1981, t. 3, p. 272 y ss., Nos. 6 y 7; Cám. Nac. Civil, Sala A, 24/5/66, "Gawiansky c/Pegasano de Aldazábal", "E.D.", 20-541; ídem Sala C, 2/3/71, "Román c/Corradile de Etchegaray", "E.D.", 36-452; íd. 17/4/70, "Rodríguez García c/Escudero", "E.D.", 32-642; etc.

87 JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Responsabilidad médica. Pluriparticipación por equipo y asistencia múltiple de pacientes*, en "Rev. Zeus" (Rosario),

Empero, dicha responsabilidad colectiva sólo está contemplada expresamente en la parte final del art. 1119 de nuestro Cód. Civil, en relación con los supuestos daños ocasionados por cosas caídas o arrojadas a la calle desde un edificio, sin que se pueda determinar de que parte del mismo habían caído; y su aplicación por analogía a la responsabilidad del "equipo", conlleva igualmente como consecuencia la aplicabilidad del art. 1121 de ese mismo Código, que constituye una preceptiva especial no derogada ni modificada por la reforma de la ley 17.711/68, conforme con la cual la responsabilidad de los miembros del grupo o conjunto no sería solidaria sino simplemente mancomunada, de forma tal que cada uno de ellos en particular sólo habrá de ser responsable por su respectiva cuota parte, a determinarse con ajuste a las directivas de los arts. 676, 689, 691 y concordantes del Cód. Civil.

Por todo lo cual, la solidaridad establecida por el art. 4 de la ley, con ajuste a lo preceptuado en los arts. 699, 701 y concordantes del Cód. Civil, entre todos los integrantes del "equipo", ha venido a brindar una adecuada solución a este problema; al posibilitar para lo futuro a los eventuales damnificados, el poder "exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos", y aun si hubiese reclamado el todo sólo a uno de ellos que resultase insolvente, poder luego hacerlo contra los demás (art. 705 y su doctrina del Cód. Civil).

2) *Los establecimientos en donde se practiquen trasplantes.* En el art. 5º de la ley 24.193 se prevé que: "Las instituciones en las que desarrollen su actividad trasplantológica los médicos o equipos médicos, serán responsables

vol. 20, Secc. Doctrina, p. 91 y ss., y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 384, Nº IV; FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *La responsabilidad civil en la prestación "en grupo" o "por equipo"*, en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXV, Segunda Época, Nº 28, p. 638 y sig., Nº VI; JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 114 y sig., Nº 4.

en cuanto a los alcances de este cuerpo legal". Sin embargo, al no precisarse en este caso de qué tipo de responsabilidad se trata, va de suyo que la misma sólo puede ser simplemente mancomunada, conforme a la doctrina del art. 701 y sus concordantes del Cód. Civil [88].

3) *La autoridad de contralor.* Asimismo, la ley 24.193 contempla también, simultáneamente, la responsabilidad conjunta de la "autoridad de contralor", por: a) inscripción en los registros habilitantes, de profesionales que no hubieren cumplido con los recaudos pertinentes (art. 3º in fine), sin que tampoco se precise en este caso el tipo de responsabilidad de que se trata, por lo que la misma ha de ser "simplemente mancomunada" (doctrina del art. 701 del Cód. Civil); b) "solidariamente... por los perjuicios que se deriven de la inscripción de establecimientos que no hubieren cumplido" con los recaudos de la ley (art. 9º in fine); y c) también "solidariamente... por los perjuicios que se deriven de la renovación de inscripción de establecimientos, sin que se hubieran cumplido los requisitos" legales (art. 10 in fine).

[88] ATILIO A. ALTERINI, OSCAR J. AMEAL y ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. II, p. 206, Nº 1292-4; AMEAL, en el *Cód. Civil...*, cit. de Belluscio-Zannoni, t. 3, p. 300, Nº 3-d); GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 5ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1983, t. II, p. 461 y sig., Nº 487; BUSSO, ob. cit., t. V, p. 111 y sig., Nos. 1 y 4; CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 398 y ss., Nº 866; ALFREDO COLMO, *Obligaciones en general*, 3ª ed., Buenos Aires, Kraft, 1944, p. 338 y ss., Nº 490; LUIS DE GÁSPERI y AUGUSTO M. MORELLO, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Tea, 1964, t. II, p. 322, Nº 867; JORGE GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, trad. de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, ed. Revista de Legislación, 1909, t. 1, p. 117, Nº 127; HÉCTOR LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1950, t. II, p. 223 y sig., Nº 1127; G. MARTY, *Derecho civil*, trad. José M. Cajica Jr., Puebla (México), ed. José M. Cajica Jr., 1952, t. II, p. 133, Nº 2-I-1º; HENRI, LEÓN y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ejea, 1960, Parte 2ª, t. III, p. 313 y sig., Nº 1057; GEORGES RIPERT y JEAN BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, ed. La Ley, 1965, t. V, p. 522, Nº 1808; RAYMUNDO M. SALVAT y ENRIQUE V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Buenos Aires, Tea, 1953, t. II, p. 68, Nº 891; etc.

III

X REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES, CELEBRADA LOS DÍAS 20 Y 21 DE MAYO DE 1993

Palabras de apertura de la reunión, por el señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Enrique Ramos Mejía

Una vez más, en esta oportunidad en la ciudad de Buenos Aires, nos reunimos los Académicos de Derecho y Ciencias Sociales porteños y cordobeses para analizar cuestiones que, según el texto de nuestro Estatuto, se relacionan con el derecho o propenden al perfeccionamiento de nuestro régimen legal.

En ocasiones anteriores se efectuaron consultas entre ambas corporaciones sobre los temas a exponer o sobre un tema común para ambas partes, y así, en la sexta reunión celebrada en 1987, se trató la unificación de obligaciones civiles y comerciales; en 1989, en la octava, se consideró el tema "Derecho y Realidad", que dio motivo a una publicación con el mismo título en la colección "Obras" de nuestra corporación; y en 1991, en la ciudad de Córdoba, en ocasión del cincuentenario de la Academia que preside con brillo y sabiduría el Dr. Frías, se disertó sobre "El derecho argentino entre 1941 y 1991" incluido en el volumen 2 del tomo XXX de los correspondientes "Anales".

Pero para esta reunión cada expositor ha elegido el tema de su propia disertación, y ello trasunta el distinto interés jurídico que ha inspirado a cada orador. Los de Buenos Aires han preferido abordar temas de derecho po-

sitivo: "La revisión del Libro II del Código Civil", "El ilícito tributario frente al Código Penal. Su ámbito territorial" y "La responsabilidad civil del médico como cuestión social". Nuestros visitantes han optado por temas también por supuesto jurídicos, pero de índole general: "El problema general de la enseñanza del derecho", "La construcción del mundo jurídico" y "Estado de las ciencias sociales en la Argentina". Pero de una u otra manera la elevada finalidad de estas reuniones se verá satisfecha una vez más y con la particularidad de que al conocerse por anticipado el tema de cada disertación no podrá descartarse el ulterior derecho de réplica.

Bienvenidos distinguidos colegas y manos a la obra en este décimo encuentro.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS COMO UNA CUESTIÓN SOCIAL

Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en homenaje al Dr. Pedro J. Frías, en la X Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, celebrada los días 20 y 21 de mayo de 1993

I. *Introducción*

La medicina se ordena sobre todo al bien de la persona; secundariamente, es decir, a través de la persona, al bien de la sociedad. Los antiguos expresaban esta idea con el siguiente adagio: "civitas propter cives, non cives propter civitatem". La ciudad es para los ciudadanos y no los ciudadanos para la ciudad.

El derecho a la vida, el derecho a la integridad del cuerpo, el derecho a la salud, el derecho del hombre a ser protegido de los peligros que lo amenazan, son derechos que el individuo recibe inmediatamente del Creador, y no de ninguna autoridad política. Este derecho a la vida lo recibe la persona ante todo en sí misma y para sí misma, después en relación con los demás hombres y con la sociedad.

Pero como el hombre vive en comunidad con otros hombres, resulta válido el lema de Terencio: "hombre soy y nada de lo humano me resulta indiferente". Por ello, si bien el cuidado de la vida y de la salud del ser individual es la específica actividad de los profesionales de la medicina, esos deberes, esos afanes y esas responsabilidades se proyectan sobre la sociedad en la misma medida en que la ciencia biológica avanza en sus investigaciones y que la experimentación y la práctica de sus nuevas técnicas se extienden en un ámbito cada vez mayor de la coexistencia humana.

II. *La medicina moderna*

Una de las ramas de la ciencia que ha tenido mayor desarrollo en lo que va de este siglo es, precisamente, la medicina. Las pacientes investigaciones de laboratorio han desarrollado el campo de la patología con el descubrimiento de nuevas enfermedades, así como la precisa determinación de su etiología y, con ello, la posibilidad de diagnósticos ciertos y terapéuticas adecuadas mediante tratamientos clínicos o intervenciones quirúrgicas cada vez más audaces y delicadas. Todo ello significa un acrecentamiento de la actividad médica y, por ende, los riesgos de la misma con la consiguiente responsabilidad profesional. A ello debe agregarse el progreso de la terapéutica medicamentosa, particularmente por el empleo de antibióticos, así como los adelantos de las técnicas específicamente médicas, tales como el desarrollo de la anestesia y la aplicación quirúrgica de instrumentales sofisticados, y también para estudios preliminares, el empleo extensivo de la radiología, la tomografía computada, la ecografía y la resonancia magnética, entre otros aparatos de alta tecnología. Órganos antes inaccesibles son hoy corrientemente explorados, manipulados y constituyen el objeto de las más diversas técnicas quirúrgicas. Enfermedades antes mortales son tratadas ahora con la casi certeza de su curación. El trasplante de órganos y de piezas anatómicas de una persona a otra ha pasado del campo de la experimentación al de la realidad científica.

La complejidad del acto médico influye asimismo hoy día sobre la evaluación de la responsabilidad médica. A fines del siglo pasado la intervención médica era individual y generalmente se limitaba a observar síntomas y tratar de aliviarlos. Fue la época de los grandes clínicos, aunque la terapéutica se hallaba atrasada pues era empírica e ineficaz. Actualmente la intervención médica es, por lo general, un acto colectivo, se cumple con una infraestructura técnica de alta sofisticación. Por su complejidad creciente el acto médico requiere conocimientos cada vez más amplios y una especialización mayor.

Los avances de la medicina experimental han creado la ingeniería genética como un nuevo sector de las ciencias biológicas, más allá de lo que constituía hasta mediados de este siglo la medicina preventiva y curativa de patologías, muchas de ellas conocidas de tiempo atrás y otras cuya sintomatología presentaba signos insospechados en la medicina moderna, tal como el síndrome de inmuno-deficiencia adquirida (SIDA). Ello hacía muy difícil determinar su etiología y consiguientemente formular un diagnóstico cierto y poder prescribir el tratamiento adecuado para su curación, bastando por ahora aconsejar los medios más apropiados para la prevención.

En el campo de la biotecnología se ha avanzado mucho en la manipulación de los elementos genéticos y en la experimentación de la procreación extracorpórea de la vida humana. Más allá de las cuestiones bioéticas, filosóficas y religiosas, el derecho no puede dejar de ocuparse de la problemática de la responsabilidad civil por los daños que se pueda ocasionar a los seres humanos involucrados en la procreación artificial.

Desde luego que en las más diversas técnicas que se aplican en estos procesos de creación de la vida existe el protagonismo asistencial del médico, quien más allá de ayudar a la madre en el acto del alumbramiento del hijo, de preservar la salud de sus semejantes, de contribuir a prolongar la vida y retardar la muerte, tiene también hoy la trascendente función de "señor de la vida", irrumpiendo con sus técnicas en la estricta intimidad de la relación de pareja proponiendo métodos alternativos de procreación.

III. *El deber de humanismo*

El médico está sujeto a un deber de humanismo médico que consiste en la obligación de suministrar atención a los enfermos o sea la obligación de prestar la asistencia debida. También está sujeto el médico al deber de prestar asistencia

técnicamente adecuada o sea la obligación de prestar la debida asistencia.

Con respecto al deber de humanismo la ley 17.132 en el art. 3º, inc. 2º, dispone la obligación del médico de asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo impone y hasta tanto, en caso de decidir la no prestación de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio correspondiente.

Ello significa que el médico tiene el deber legal de asistir a los enfermos, lo cual quiere decir que la omisión de la asistencia debida puede generar su responsabilidad directa en los términos del art. 1074 del Código Civil. Desde luego que la simple negativa a prestar la asistencia profesional no dará lugar a la responsabilidad civil del médico, pero éste será responsable, en cambio, si las circunstancias demuestran que el paciente sufrió daño por agravación de sus dolencias, y aun la muerte, por la falta de intervención médica, de tal modo que, si hubiese existido, esas consecuencias no se hubieran producido. Para que exista relación causal entre la abstención y el daño sufrido por el enfermo, es necesario que se acredite con relativa certeza que ella fue causa de este resultado, ya que de haber intervenido el médico habría tenido el paciente razonables posibilidades de supervivir o de mejorar su salud.

La sola negativa del médico a prestar la asistencia debida tampoco puede considerarse causal del resultado si, por ejemplo, existían otros médicos que podían haber asistido oportunamente al paciente si hubieran sido requeridos. Tampoco existiría responsabilidad civil por la abstención si se demostrase que era inútil la intervención profesional, pues la gravedad del paciente le hubiera producido fatalmente la muerte.

El deber de humanismo puede dar origen a una responsabilidad directa y personal de carácter extracontractual pues de lo que se trata precisamente es de la negativa del médico a prestar su servicio profesional fuera de todo contrato.

IV. *Naturaleza de la obligación de prestación y la culpa médica*

El deber de prestar la asistencia técnicamente adecuada, o sea el deber de prestar la debida asistencia, supone que el médico fue requerido y aceptó intervenir, lo cual significa que asumió su deber de prestación médica. La omisión en este caso de prestar la asistencia conforme a los principios de la ciencia y del arte de curar da lugar a responsabilidad contractual, porque el profesional se comprometió en una obligación de medios para satisfacer la natural expectativa del paciente de recuperar la salud o mejorar su estado. Estos supuestos de responsabilidad civil, también directa y personal, son de aquellos que se denominan de "mala praxis" ya sea por error de diagnóstico o inapropiado tratamiento clínico o quirúrgico y asimismo por negligente intervención, inobservancia de las reglas técnicas aconsejables o desconocimiento de los principios de la ciencia y del arte de curar, todo lo cual configura la culpa médica en la ejecución del contrato.

La culpa profesional del médico no es distinta de la noción de culpa en general y se regula por los mismos principios que enuncia el art. 512 en cuanto define un concepto unitario de culpa, que se complementa con las precisiones que contienen los arts. 902 y 909 del Código Civil. Las particulares circunstancias en que se originan los daños a terceros determinan un régimen especial de responsabilidad en algunos casos, por la necesidad de apreciar con mayor o menor severidad la culpa de los agentes y aun establecer la imputabilidad en función de las condiciones más diversas que regulan predominantemente ciertas actividades. Si la culpa "consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiese la naturaleza de la obligación y que correspondieran a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 512), parece obvio que el tipo de comparación será el de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase en que quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto.

V. *La proyección social de la actividad médica*

La responsabilidad civil de los médicos ha pasado de ser un problema individual de resarcimiento de daños a ser hoy una cuestión social de preservación y atención de la salud colectiva dentro de la sociedad.

En unas breves reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos ("La Ley", 8 de abril de 1992) expresa el Dr. Guillermo A. Borda que, mientras hace no muchas décadas, los juicios por responsabilidad civil de los médicos eran prácticamente inexistentes o por lo menos muy excepcionales, hoy esos juicios son numerosísimos. El Dr. Borda atribuye este fenómeno a las siguientes causas: a) Ha desaparecido el médico de cabecera que antaño atendía a toda la familia de cualquier clase de dolencia. Entre él y los pacientes se establecía una relación de verdadera amistad, que hacía impensable una acción de daños por error de diagnóstico y tratamiento. b) El elevado costo actual de la medicina y, sobre todo, la internación en sanatorios, ha tenido como consecuencia que la mayoría de las personas se afilien a obras sociales para la atención de sus eventuales enfermedades. c) Ha cambiado también el criterio jurídico para hacer lugar a una acción de daños. Hoy existe una fuerte tendencia doctrinaria a considerar con severidad y aun con dureza, la actuación profesional de los galenos.

En relación a este último aspecto, el Dr. Roberto Martínez Ruiz, en unas "Apostillas sobre el régimen de la Responsabilidad Civil de los Médicos" publicadas en la revista "Lecciones y Ensayos" (1992), expresa que de pocos años a esta parte ha surgido una peligrosa interpretación de las normas jurídicas que rigen el tema y que con el inocultable fin de asegurar indemnizaciones a personas asistidas médicamente que no han obtenido los resultados esperados, no han vacilado en responsabilizar a los médicos. Agrega que es sumamente significativo que, sin haberse producido modificaciones sobre la materia en la legislación civil sustantiva, estemos hoy frente a esta realidad. La explicación la

halla el autor en que un sector de la doctrina civil, en el afán de asegurar el resarcimiento a las víctimas, tiende a dar por probada la culpa del causante del daño apartándose de la tradicional teoría de la responsabilidad civil. Nosotros consideramos que el servicio de salud constituye hoy día un grave problema social. Por un lado, la mala praxis casi generalizada entre los profesionales de la medicina, y, por el otro, la constante amenaza que recae sobre ellos de acciones judiciales temerarias ejercidas por pacientes que no han obtenido los resultados esperados o que pretenden lucrar a costa de aquéllos con injustificados resarcimientos monetarios.

La atención de los servicios médicos se resiente por todo ello con el consiguiente perjuicio para toda la sociedad. El que padece una dolencia y necesita asistencia para su curación, tiene temor y desconfianza a la mala praxis de algunos galenos; éstos, a su vez, aun con plena conciencia de su capacidad, se entregan a su actividad recelosos y bajo la presión de una eventual acción judicial ante la insatisfacción del enfermo o su familia, con lo que podría ser para el médico el desastroso resultado de una condena pecuniaria por daños y perjuicios y la posible inhabilitación para el ejercicio profesional.

En lo que se refiere a la mala praxis, consideramos que ella es en la mayoría de los casos la consecuencia de la insuficiente capacitación de los egresados de la escuela médica, como lo ha señalado el secretario de Asuntos Académicos de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Gustavo Adolfo Lanosa, en un comentario publicado en "La Nación" del día 10 de noviembre de 1992, "la formación del recurso humano en salud, constituye un sistema educativo técnicamente específico y propio, formado por una secuencia ordenada de etapas que no pueden separarse sin producir un franco deterioro en el resultado a obtener, con el consiguiente perjuicio en la calidad y la eficiencia de la atención médica de la población. Las etapas constitutivas de cualquier sistema de educación médica, comprenden la selección de los futuros estudiantes, el pro-

ceso de enseñanza y aprendizaje a nivel de pregrado, las etapas intermedias referentes al adiestramiento en el posgrado y la educación médica continua tendiente a que médicos formados mantengan un nivel de alta competencia". Continúa expresando el funcionario universitario con la experiencia de quien tiene a su cargo la actividad académica de la Facultad de Medicina de la U.B.A. que, "sometida desde el año 1985 a un desquiciado ingreso de estudiantes, la situación de la enseñanza tanto en las aulas y salones de la facultad, como en las salas de los hospitales, empeoró rápidamente superando cualquier tipo de propuesta pedagógica".

Estas referencias que acabamos de hacer deben entenderse con la salvedad que merecen los distinguidos profesionales que han realizado los estudios y prácticas de su carrera universitaria con auténtica vocación y verdadero sacrificio, habida cuenta de la precariedad de medios económicos de que dispone hoy la universidad argentina, ausente en los programas prioritarios de los hombres de gobierno.

El mejoramiento del servicio de salud por la mayor capacitación de los profesionales de la medicina, la modernización generalizada de la infraestructura tecnológica de los establecimientos asistenciales, así como la optimización de la prestación de los servicios a través de las obras sociales y los entes empresariales de medicina prepaga, constituyen la mayor protección que puede darse a los pacientes que aspiran a mantener o recuperar su salud.

A su vez, el amparo que merecen los médicos que ejercen su profesión a conciencia y con absoluta responsabilidad técnica y ética, consiste en disipar la temida acechanza de la acción judicial por daños y perjuicios, promoviendo en la doctrina legal un régimen de plena vigencia del tradicional sistema de responsabilidad civil que garantice a las víctimas el debido resarcimiento, pero que asegure también al demandado no tener que padecer una condena injusta o el costo de la defensa contra una aventura judicial.

El deber de prestar la asistencia técnicamente adecuada, o sea el deber de prestar la debida asistencia, supone gene-

ralmente que el médico fue requerido y aceptó intervenir, lo cual significa que asumió contractualmente el deber de prestación médica. Es verdad también que el médico está sujeto a un deber de humanismo médico, que consiste en la obligación de suministrar atención a los que padecen en emergencia una dolencia o sufren un accidente, y en ésta como en aquélla situación tiene el galeno el deber de prestar asistencia técnicamente perfecta. La falta al deber de humanismo puede dar origen a una responsabilidad directa y personal de carácter extracontractual conforme al art. 1074 del Código Civil, por violación a la obligación que impone a los médicos el art. 3º de la ley 17.132, de asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo impone.

La culpa del médico consiste entonces, en primer lugar, en omitir absolutamente la asistencia debida o, si ha asumido el servicio, la culpa se puede configurar por la "mala praxis", ya sea por error de diagnóstico, inapropiado tratamiento clínico o quirúrgico o por negligente intervención e inobservancia de las reglas técnicas aconsejables y por desconocimiento de los principios de la ciencia y el arte de curar.

Tal como lo afirma el Dr. Alberto J. Bueres en su voto en el fallo de la Cámara Nacional Civil del 9 de agosto de 1989 ("La Ley", 1990-E, p. 414) "en materia de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber de los facultativos es por lo común de actividad, incumbe al paciente la prueba de la culpa del médico. Es que la obligación del profesional de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es de medios o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado. Así las cosas, es evidente que en las obligaciones de medios, cuya infracción apareja responsabilidad subjetiva, el incumplimiento desde el punto de vista funcional se confunde con la culpa, de tal modo que probar aquél vale tanto como hacer patente esta última".

De acuerdo con los principios procesales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor en el proceso la demostración de los hechos que alega como fundamento de su pretensión. En nuestro caso, la víctima, esto es, el paciente, debe probar el incumplimiento de la obligación a cargo del médico demandado, con lo cual se hará patente su culpa. El supuesto incumplimiento del demandado, y, por lo tanto su culpa, resultará de su falta de diligencia y prudencia, omitiendo los cuidados y atención debidos y dejando de observar las reglas de la ciencia y el arte de curar ya sea por ignorancia, torpeza o falta de previsión.

Si el actor probase solamente que la intervención del médico no dio el resultado esperado causando la muerte del paciente o agravando su estado, ello no sería suficiente para presumir su culpa, pues pudo haber causas ajenas a la actividad directa y personal del profesional y no parece razonable imponerle la prueba de descargo alterando así el régimen normal del sistema probatorio. A este resultado se hubiera llegado aplicando una norma como la contenida en el art. 1625 del proyecto de Unificación Legislativa que aunque aprobado como ley por el Congreso de la Nación fue finalmente vetado por el Poder Ejecutivo Nacional. El artículo proyectado invertía el cargo de la prueba como si la sola ejecución del hecho dañoso hiciera presumir la culpa de quien fue su ejecutor, adoptando una solución de política legislativa de protección a la víctima mediante una ventaja procesal de excepción dentro de la normalidad del régimen de prueba.

Más grave e inaceptable sería el caso si se admitiera, como lo pretenden algunos, que la prestación médica es una actividad riesgosa y que su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva extraña a la idea de culpa. Esta propuesta es inadmisible de "lege lata", pues la ley vigente sólo establece la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa y no por la sola actividad riesgosa del sujeto dañante. Tampoco puede admitirse de "lege ferenda" porque el acto quirúrgico o un incierto tratamiento

clínico, si bien son siempre riesgosos, no resultan de una decisión unilateral y espontánea del médico que ejecuta la actividad, sino que están adscriptos a una acción requerida por el paciente para el mejoramiento de su estado de salud. Por todo ello no compartimos tampoco el criterio de alguna doctrina que expresa su adhesión a soluciones que de "lege ferenda" proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera una presunción relativa de culpa del dañante que desplaza la carga de la prueba hacia el demandado, a efectos de que éste se encuentre en la necesidad de probar su no culpa o el caso fortuito.

Creemos, sin embargo, que en el marco normativo que ofrece el Código Procesal y los principios de la doctrina en esta materia, se puede exigir al profesional médico una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos que hacen a la controversia.

Si bien la distribución de la carga de la prueba está expresada en el art. 377 del Código Procesal, esta regla no es rigurosa y aparece finalmente moderada por el principio de adquisición procesal que da por incorporado al proceso todo elemento probatorio conducente a la averiguación de la verdad con prescindencia de la parte que lo aportó.

La actividad que las partes desarrollen en el proceso se influye recíprocamente, en el sentido de que no sólo puede beneficiar a quien aportó la prueba y perjudicar a la parte contraria, sino que también puede ésta beneficiarse del acto en cuanto pueda perjudicar a su autor. De ello resulta que el acto procesal de arrimar las probanzas es común y que su eficiencia no depende de la parte de quien provenga sino de los efectos probatorios que produzca en la causa.

Finalmente el juez debe apreciar la prueba, esto es, el plexo probatorio incorporado al proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 386 Cód. Procesal), es decir, con un sentido lógico y un prudente arbitrio que torne armónico y creíble el conjunto de los hechos.

Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben ac-

tuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos de convicción incorporados al mismo, permitirán a aquél, en el momento de dictar el fallo, desplazar la carga de la prueba y admitir "presunción homini" de culpa contra la parte demandada que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (favor probationes) que el accionante a su vez para probar la culpa de aquél. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad que debe prevalecer en el proceso entre partes.

VI. *Los límites bioéticos de la ingeniería genética*

El manipuleo de elementos genéticos y la creación extracorpórea de la vida humana suscitan cuestiones éticas, filosóficas y religiosas que se hallan fuera del ámbito jurídico dentro del cual tratamos la responsabilidad civil por los daños que la ingeniería genética o biotecnología pueden causar a los seres humanos involucrados en la procreación artificial. Desde luego que, en las más diversas técnicas que se aplican actualmente en estos procesos alternativos de creación de la vida del hombre, existe el protagonismo asistencial del médico, quien más allá de ayudar a la madre en el acto del alumbramiento del hijo, de preservar la salud de sus semejantes, de contribuir a prolongar la vida y retardar la muerte, tiene hoy la trascendente función de "señor de la vida", expresión ésta a la cual alude Ernesto Banchio en el trabajo publicado en nuestro homenaje (tomo II, p. 157). Es que el médico irrumpe hoy con sus técnicas en la estricta intimidad de la relación de pareja proponiendo métodos alternativos de procreación.

No me propongo describir estos métodos que consisten por ejemplo en inseminación homóloga o heteróloga, fecundación extracorpórea "in vitro", esto es en laboratorio, transferencia intratubaria de gametos; trasplante de embriones, maternidad subrogada, descarte, congelamiento y con-

servación de elementos genéticos, predeterminación del sexo, y muchas otras técnicas auxiliares conducentes a suplir la esterilidad femenina o la infertilidad masculina, así como alterar y anticipar los resultados de la gestación de la vida.

Todos estos supuestos se realizan necesariamente con intervención de médicos especialistas en estas clases de técnicas biogenéticas, que amplían el ámbito de su responsabilidad civil por los daños que puedan resultar a quienes se sometan a estos tratamientos y por las consecuencias dañosas que eventualmente experimente el "nasciturus". Los distintos aspectos de esa responsabilidad están en relación con los deberes que el profesional asume en cada caso, según la técnica biológica que éste aconseja y que se obliga a aplicar frente al paciente que requiera su intervención. En este sentido debe hacer un diagnóstico preciso sobre la insuficiencia orgánica o funcional de la pareja para unirse o, en su caso, para generar la vida embrionaria en condiciones normales. Le corresponde también aconsejar el tratamiento adecuado, cuidando de que la técnica a utilizar sea la más idónea y experimentada. Es también deber del médico seleccionar el material genético a emplear, asegurándose que la normalidad de éste no comporte riesgo alguno de transmisión de patologías o de malformaciones físicas, orgánicas o funcionales. Más allá del método elegido y del material empleado, el médico compromete gravemente su responsabilidad en caso de "mala praxis", pues debe poner al servicio de esa actividad profesional toda su ciencia y su experiencia, además de la atención, cuidados y diligencias propias de la delicada misión que asume en el proceso gestativo de la vida humana.

Los avances de la investigación científica en materia de biotecnología trascienden al plano de las relaciones sociales en cuanto alcanzan los límites éticos a los cuales deben sujetarse las manipulaciones genéticas.

La bioética, según la definición que propone el profesor español Fernando Monge en su libro *Persona humana y procreación artificial* (1988), es "el estudio sistemático de

la conducta humana en el ámbito de la ciencia de la vida y del cuidado de la salud en cuanto esta conducta es examinada a la luz de los valores humanos y de los principios". Esta parte de la filosofía moral nos enseña que la vida humana tiene un valor y una dignidad superiores y exclusivos en relación a los demás seres vivientes. El hombre tiene un alma espiritual que se deduce de su vida intelectual y de sus sentimientos, la cual supera esencialmente las dimensiones de la materia. El alma racional y espiritual del hombre constituye el fundamento y la clave para definir la dignidad de la vida humana con todas las consecuencias implicadas en ella. Es por ello que en el estado actual de la civilización se proclama el respeto a la dignidad del hombre como un principio universal e inviolable. En el enunciado de los derechos humanos se comprende el derecho a la vida, a la salud, a la integridad corporal, a la libertad, a la dignidad y al honor personal además de todos aquellos atributos inseparables de la condición humana y que el ordenamiento jurídico reconoce como derechos subjetivos de la personalidad.

Los operadores genéticos especializados en el conocimiento de las ciencias médicas, ya sea como investigadores o ejecutores de las técnicas biogenéticas, tienen como límite en su actividad el respeto a la vida y a la dignidad del ser humano desde que comienza su existencia hasta que termina con la muerte. Pensamos también que la ciencia que no ha logrado aún determinar el origen y la estructura biológica de los genes, no debe tampoco intentar manipular el patrimonio genético contenido en el cigoto o sea en la nueva célula resultante de la fusión de los dos gametos que dan origen biológico a la nueva vida en el óvulo fecundado. Creemos que ello excedería los límites de la bioética pretendiendo alterar la información genética que constituye el código o programa de vida del nuevo ser, cuyo destino solamente a Dios le es dado diseñar.

Sin entrar al debate biológico y ético-filosófico sobre el momento en que comienza la vida humana o sobre el estatus

de persona del embrión humano, el Magisterio de la Iglesia afirma que "el ser humano ha de ser respetado como persona, desde el primer instante de su existencia" (Fernando Monge, obra citada, p. 139). A su vez la Recomendación 1046 del 24 de setiembre de 1986 aprobada en Estrasburgo por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la utilización de embriones y fetos humanos con fines de diagnóstico, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, ha establecido que: "el embrión y el feto humanos deben beneficiarse en cualquier circunstancia del respeto debido a su dignidad humana".

La Convención Americana de Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica dispone en su artículo 4º que: "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".

El Padre Domingo M. Basso en su libro de bioética titulado *Nacer y morir con dignidad*, en la 3ª edición de 1991, desarrolla en sucesivos capítulos los aspectos biológicos, teológicos y bioéticos de las diferentes etapas de la existencia humana desde el comienzo de la vida, abarcando en su estudio la vida humana artificialmente impedida mediante la contracepción artificial y la regulación natural, la vida humana artificialmente producida mediante las técnicas de procreación artificial, la vida humana inicial artificialmente interrumpida por el aborto inducido, la vida humana terminal artificialmente abreviada por el suicidio y la eutanasia, y, finalmente, la obligación de conservar la vida y sus límites éticos.

El siguiente es, en nuestra opinión, el marco ético en que corresponde encuadrar la conducta de las personas en general y la de los médicos en particular, en orden a la proyección social de su actividad profesional en los distintos ámbitos de la vida humana en los cuales la ciencia y la técnica aportan la alternativa artificial para lograr objetivos deseados por el hombre y negados por la naturaleza.

1) La vida humana comienza con la fecundación del óvulo, lo cual biológicamente da origen a una nueva célula que la embriología denomina cigoto. Éste es un ser diferente y autónomo, que lleva en sí su propio código o programa genético receptor de la información hereditaria de los cromosomas o genes fusionados de los progenitores en el acto de la fertilización.

2) El nuevo ser desde el inicio de su existencia es portador potencial del alma espiritual, la cual es inseparable del hombre como ente psicofísico y al dotarlo de raciocinio y sentimiento confiere dignidad a la vida humana.

3) El embrión humano no es un objeto. Es un ser cuya existencia y dignidad deben ser respetadas por la ciencia y por la técnica aplicadas a la investigación y a la praxis biogenética.

4) La interrupción inducida de la gestación de un nuevo ser por un método abortivo, cualesquiera sean las razones con las que se pretenda justificarla, significa cegar una vida humana y no simplemente la ablación de una víscera del vientre maternal.

5) Las técnicas de procreación asistida no son métodos terapéuticos para curar la esterilidad sino medios artificiales para suplir la procreación natural.

6) El afán posesivo como derecho al hijo y la búsqueda neurótica del nacimiento cueste lo que cueste, es un ensañamiento procreativo que persigue la satisfacción de un deseo personal, olvidando que el procrear no es necesariamente un derecho del ser humano sino un don de la Naturaleza y que el hijo tiene el derecho natural de nacer con dignidad.

7) La adopción de un hijo de otro es una alternativa socialmente válida que colma el deseo de incorporar a la familia un nuevo ser que permitirá ejercitar plenamente el amor de padres en el cuidado y formación de un hijo no biológico, pero que es la expresión de un sentimiento altruista de solidaridad humana.

8) Uno de los problemas más difíciles con los cuales se encuentra hoy la medicina es el de la conservación y pro-

longación de la vida en determinadas enfermedades y situaciones, especialmente ante procesos terminales y males incurables y penosos.

9) La obligación de defender la vida no puede ser discutida en el ámbito de la profesión médica pues es la finalidad de la misma. No se debe olvidar sin embargo que ni la vida física es el único o el mayor de los bienes, ni la muerte es un mal absoluto y definitivo. Los dos excesos contrarios en los que se puede caer son el suicidio y la eutanasia, por un lado, y el encarnizamiento terapéutico, por el otro, lo cual es también una mala praxis contraria.

10) La obligación de conservar la vida es un concepto no absoluto sino relativo y consiste en una relación entre el esfuerzo y el costo para conservar la vida por un lado, y por el otro, el valor de una sobrevivencia penosamente precaria.

La Corte Suprema Federal de EE. UU., en el segundo fallo dictado en revisión del primero, en diciembre de 1990, en la causa "Nancy Cruzan", autorizó la suspensión del tratamiento de sostén de la paciente que, si bien no se hallaba en estado de muerte cerebral o biológica, padecía de la destrucción de la corteza cerebral que le impedía la vida cognoscitiva y cuyo estado vegetativo persistente la conduciría irreversiblemente a la muerte.

De la valoración axiológica de esta importante decisión de la Justicia norteamericana, se pueden extraer los siguientes principios:

En primer lugar debe respetarse el principio de autonomía de la voluntad del paciente, según el cual siendo éste capaz y hallándose plenamente lúcido puede rechazar un tratamiento médico aunque ponga en grave riesgo su vida.

En segundo lugar debe afirmarse el principio según el cual el médico no debe insistir en un tratamiento penoso, sin antes evaluar si le produce al paciente un beneficio real que justifique el coste y el padecimiento físico, de acuerdo con el criterio bioético de beneficencia en relación a la

prolongación artificial de la vida. No se trata de un caso de eutanasia indirecta o pasiva sino de dejar que el curso natural de la vida conduzca al ser humano a morir en paz y con dignidad.

Creemos con la más profunda convicción que la biotecnología como expresión avanzada de la ciencia que tiene por objeto las manifestaciones más valiosas y sensibles de la existencia humana, no debe trasponer el marco bioético representado por el necesario respeto a la vida y a la dignidad del hombre, que son la obra sublime y exclusiva del Creador.

LA REVISIÓN DEL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL

Disertación pronunciada por el académico Dr. Federico N. Videla Escalada en la X Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, celebrada los días 20 y 21 de mayo de 1993

I. *Introducción*

La sola enunciación del tema a mi cargo pone de manifiesto que, en nuestro país, hay conciencia respecto a la necesidad de introducir reformas en materia de Derecho Privado positivo.

Nadie cuestiona la admirable obra que significó el Código Civil redactado por Don Dalmacio Vélez Sarsfield. Por el contrario, a medida que transcurre el tiempo se engrandece, cada vez más, la figura del ilustre codificador cordobés y se advierte con mayor claridad la calidad de nuestro Código Civil.

Pero, tanto los hombres como nuestras obras somos temporales, vivimos en el tiempo y, por ello, nuestros trabajos y realizaciones están sujetos a la acción y el deterioro producido por la permanente aparición de nuevas circunstancias, que exigen las pertinentes revisiones, adecuaciones, reformas, para adaptarse a las exigencias de los tiempos nuevos y de las transformaciones experimentadas por la vida del hombre en sociedad.

Por ello, se ha intentado varias veces la reforma del Código Civil, con mayor o menor ámbito de trabajo. A lo largo de mi vida, se han formulado propuestas integrales,

como el Anteproyecto de Bibiloni y su consecuencia, el Proyecto de 1936, al que me siento particularmente ligado por haber anotado en varios de sus volúmenes el tratado de uno de los miembros de la comisión que lo redactó, mi maestro inolvidable, el Dr. Héctor Lafaille, en cuyo estudio tuve el honor y el privilegio de practicar.

Más tarde, en 1954, se concretó otra obra de alta jerarquía, el Anteproyecto del Dr. Jorge Joaquín Llambías, que planteaba también la reforma integral del Código Civil.

Ninguna de esas construcciones tuvo la suerte de obtener la consagración legislativa, pero quedaron como hitos en el camino de la modificación de aquél.

Sí tuvo éxito una reforma parcial, que atendió a la adaptación más indispensable: la ley 17.711 constituyó un aporte muy valioso para actualizar la obra de Vélez Sarsfield y dotarla de algunos elementos imprescindibles en los tiempos que vivimos.

Y, muy próximo a este día, se hizo presente el Proyecto de Ley de Unificación de la legislación civil y comercial, con muchos aciertos y algunos errores.

Creo que, en buena medida, ese trabajo fue un verdadero motor de la marcha hacia la reforma del Derecho Privado argentino.

Por el veto del Poder Ejecutivo pedido por instituciones muy respetables, entre las cuales se contó la Academia donde estamos reunidos, el Proyecto, que implicaba la reforma total del Código Civil y la derogación del de Comercio, no entró en vigencia.

Pero, al mismo tiempo, contribuyó a crear conciencia sobre la oportunidad de emprender el camino arduo de la reforma del Código Civil y, el 19 de marzo de 1992, se dictó el decreto 468, cuyos considerandos son reveladores de la motivación que lo inspiró.

Y aquí merecen destacarse algunas particularidades del decreto.

De esos considerandos resulta clara la menor ambición del trabajo que allí se instituyó.

Sin duda, la tarea de la comisión creada por él fue mucho más modesta y restringida que el emprendimiento de reformar íntegramente la legislación positiva de Derecho Privado, como lo hacía el Proyecto de Ley de Unificación de 1987.

La revisión integral del Código Civil queda para una oportunidad posterior y la función de la Comisión se limitó a la puesta al día y la unificación del régimen de obligaciones y contratos.

De allí el plazo que fijó de trescientos sesenta días desde la constitución de la comisión que integramos juntamente con los Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Augusto César Belluscio, Salvador Bergel, Sergio Le Pera, Julio César Rivera y Eduardo Zannoni.

Su sede fue el Ministerio de Justicia, donde nos reunimos todos los miércoles del año que se nos había acordado para realizar nuestro trabajo. En general, funcionamos de mañana y de tarde y completamos nuestra tarea en una sesión que abarcó cinco días consecutivos con dos reuniones diarias, que fueron dedicadas a revisar y pulir las disposiciones aprobadas con anterioridad. Tuvieron lugar desde el 24 hasta el 28 de febrero último.

Creo que puede revestir algún interés exponer cuál fue el método empleado para la realización de la tarea emprendida.

Los temas fueron divididos entre los miembros de la Comisión, para que preparásemos un primer anteproyecto o borrador inicial, que sirvió de base para el debate en comisión, donde algunos preceptos proyectados fueron aprobados, otros lo fueron con modificaciones y otros quedaron rechazados para buscar otras soluciones, consideradas más satisfactorias.

Ese sistema de trabajo permitió que en los plenarios de la Comisión hubiere siempre un texto que orientara el cambio de opiniones y permitiera apreciar los aspectos generales de las normas y su ubicación dentro de las diversas divi-

siones del Código en aquello en que se había previsto su modificación.

Al mismo tiempo que comenzaban a prepararse las versiones encomendadas a los miembros de la Comisión, se analizó integralmente el Libro Segundo del Código Civil, que era el objeto directo de este intento de modificación legislativa. Ese primer análisis permitió comprender que su revisión exigiría proceder también a realizar algunos cambios en lo atinente a temas que están tratados actualmente en otros sectores de la obra de Vélez Sarsfield.

Así ocurría, por ejemplo, con la sociedad conyugal, que el codificador había incluido en la sección dedicada a los contratos, ubicación criticada por importante doctrina nacional.

Ante esta opción metodológica, la Comisión consideró conveniente trasladar las normas relativas al tema al Libro I, es decir, al ámbito destinado a la regulación del derecho de familia.

Con otro enfoque se realizaron modificaciones en otros libros, como algunas referidas a la prescripción que continúa comprendida en el Libro IV, donde también se han proyectado algunas variantes en otros artículos para adaptarlos a preceptos sobre donación, y en el Libro III en materia de prenda.

Otro tema que ha experimentado diferencias en su tratamiento es el de las normas de Derecho Internacional Privado, respecto al cual se procedió a un ordenamiento nuevo, que se juzgó enmarcado en una correcta técnica legislativa: aparte de la inclusión en los preceptos iniciales del Proyecto de disposiciones de contenido amplio y en cierto modo condicionante de otras, se optó por incluir capítulos referentes a este tema al final de distintos sectores que requerían una consideración específica.

Pero, fuera de éstas y algunas otras pocas soluciones, el trabajo se desarrolló en relación con el Libro II, a propósito del cual tantas veces se ha elogiado con plena justicia a Vélez Sarsfield por el avance que significó su modo de

abordar el tratamiento de los hechos y actos jurídicos, las obligaciones y los contratos.

En ese sentido, la comisión entendió interpretar fielmente la posición del Poder Ejecutivo, conforme a lo dispuesto en los dos considerandos con los cuales se cierra la fundamentación del decreto 468/92.

Sobre la base de sus expresiones, concluimos que nuestra función consistía en realizar un estudio del Libro II del Código, con el fin de alcanzar en el mayor grado posible la unificación de nuestro Derecho Privado en lo atinente a obligaciones y contratos, tarea a la que se presume que continuará otra posterior y más ambiciosa, que implique la reforma integral del Código.

En la reunión de instalación de la Comisión se puso a consideración este enfoque con la presencia del entonces Subsecretario de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia y hoy Procurador General de la Nación, Dr. Oscar Fappiano, quien coincidió en el criterio expuesto.

De ahí que nuestra tarea, modesta y limitada, pueda ser calificada como revisión del Libro II del Código Civil.

Definida la finalidad de nuestro cometido, se avanzó en el trabajo.

Un primer problema que se planteó fue el relacionado con la metodología del Libro II.

En general, el derecho positivo moderno ha ratificado la preferencia por iniciarlo con la consideración del régimen de los hechos y actos jurídicos.

Como argumento favorable para esta tesis, cabe señalar que, desde el punto de vista didáctico, se ha elegido ordinariamente en nuestras Facultades de Derecho el ordenamiento siguiente: los hechos y actos jurídicos fueron incluidos en el curso de Parte General, mientras que los derechos reales, las obligaciones y los contratos fueron situados en lugares cambiantes a través de diversos períodos de nuestra historia universitaria.

Fuerza es reconocer que autores muy importantes, como Carbonnier, ni siquiera consideran necesaria la in-

clusión de una teoría de los actos jurídicos, pero esto hace al fondo del asunto y está fuera de la cuestión en nuestro país, donde nadie duda de su utilidad.

Esta convicción explica la estructura del proyecto en el ordenamiento de las materias en él contenidas.

Tal como ocurre actualmente, quedó dividido en tres secciones, pero muestra una metodología diferente en la ubicación de los temas: la sección primera tiene como denominación "De los hechos y actos jurídicos", la segunda se ocupa "De las obligaciones" y la tercera rige "Las fuentes de las obligaciones" y comprende cuatro partes, las cuales tratan sucesivamente "De los contratos", en general y en particular, de "Otras fuentes de las Obligaciones" y "De la Responsabilidad Civil".

Es, sin duda, materia opinable si el criterio elegido es acertado o si debió optarse por algún otro, como el del Código alemán, de 1900, que prefirió aproximar a la teoría general del contrato a la de los actos jurídicos y separarla del tratamiento de las distintas figuras en particular, pero se consideró mejor continuar con las obligaciones y poner después sus fuentes. Por razones referidas a la preeminencia, tanto cualitativa como cuantitativa, de los contratos, se juzgó oportuno dedicarles dos partes.

En cuanto a la reunión de los preceptos referidos a la responsabilidad civil en una parte especialmente dedicada al resarcimiento de daños, constituye una innovación que considero substancial respecto a la manera como estaba legislado.

La simple comparación de la sistemática que he expuesto con la metodología elegida por nuestro codificador permite apreciar algunas innovaciones interesantes, aún cuando se mantienen la mayoría de los elementos básicos de nuestro Código Civil. Quizás la revisión realizada pone en mayor relieve la generalización referente a los hechos y actos jurídicos, pero es evidente que ha seguido al gran jurista cordobés en la consideración de aquéllos como el eje sobre el cual funcionan las relaciones del Derecho Pri-

vado, con pleno reconocimiento del valor jurígeno de la voluntad.

Creo que la primera diferencia de fondo es, en realidad, técnica y se produce en la enunciación de los elementos esenciales de los actos jurídicos, con cuya definición se coincide.

Es sabido que, en materia de esos elementos, Vélez Sarsfield siguió a Freitas, que consideraba acertada la crítica de Ernst a la tesis causalista que, en el ámbito de los contratos, dominaba el Código Napoleón, pero, a su vez, en la teoría de las obligaciones había incluido en el Código Civil los artículos 500 a 502, que respondían, precisamente, al pensamiento de los redactores del célebre cuerpo legal de 1804, los cuales, a través de Pothier, habían seguido las enseñanzas de Domat.

Como consecuencia lógica de su posición, el jurista brasileño había reglado ampliamente el objeto de los actos jurídicos, al que dedicó un capítulo compuesto por varios preceptos.

Nuestro codificador, en una excelente tarea de síntesis concentró esas normas en el artículo 953, cuyo amplio contenido permitió prescindir en muchas ocasiones de la utilización de la teoría de la causa y resolver cuestiones planteadas en torno al fin de los actos jurídicos por medio de aquella norma.

En Francia, al no haber teoría general de los actos jurídicos, la jurisprudencia decidió los conflictos planteados respecto a su finalidad por medio de los artículos 1131 a 1133 de su Código, especialmente del último, dedicado a la causa ilícita.

Para comprobar la aplicación en ese país de esta institución a los actos voluntarios que no fuesen contratos, basta recordar el célebre caso Pendariés.

De todos modos, tras lo que pareció un eclipse, ante el silencio guardado por los Códigos alemán y suizo, el neocausalismo, con figuras tan importantes como Capitant, Maury, Josserand, Ripert, etc., y sobre todo con la posición

de la jurisprudencia de los tribunales franceses, que mantuvo siempre su apego al elemento denominado causa en su significado de causa-fin, revivió y depuró las antiguas ideas de Domat e impulsó un reflorecimiento de este elemento, cuya valía es cada vez más reconocida.

En la República Argentina, como lo ha sostenido Salerno, con sólidos fundamentos, también prevalece actualmente a través de trabajos doctrinarios y de la reafirmación reconocida por la jurisprudencia de la importancia del fin del acto como elemento esencial.

Evidentemente, esta corriente no ha de lograr el acuerdo de la unanimidad de los estudiosos argentinos, aún cuando parece claro que goza hoy de mayor respaldo que en las épocas en que Lafaille multiplicaba los argumentos para sostenerla, pero es cierto que, en el estado actual de la ciencia jurídica nacional, resultaba necesario tomar posición por una u otra de las fuentes utilizadas por el codificador por exigencias de seguridad jurídica.

El proyecto de revisión del Libro Segundo ha optado por la tesis más definida y no ha legislado sobre la causa sólo en materia de contratos, como por el método de su Código lo han hecho los juristas franceses, sino que la ha colocado en el ámbito más amplio y comprensivo, el de los actos jurídicos.

En el título III también se manifiestan algunas modificaciones de interés.

Esto ocurre especialmente con lo incluido en los capítulos III, IV y V.

En el capítulo III se ha procurado reglar no sólo las escrituras públicas sino también las actas notariales, con una distinción en lo atinente a estos instrumentos, entre los obrantes en el protocolo notarial y los que no están incorporados a él.

Lógicamente, además, ante la transformación espectacular que experimentan los instrumentos particulares por el progreso de la electrónica y el permanente crecimiento de los recursos que provee la informática, se ha procurado

seguir la inspiración del Proyecto de Unificación de 1987 y se ha abierto un campo amplio a la utilización de estos medios, cuyo tratamiento en el derecho significa un avance logrado mediante el aprovechamiento de los aportes de la técnica. Para ello, se ha incluido un artículo que señala pautas en materia de prueba.

Desde otro punto de vista, estimo que probablemente la innovación metodológica más importante contenida en esta sección es el tratamiento de la representación.

Se aparta así el proyecto de la línea elegida por el Código Civil y opta por la seguida por el anteproyecto de Bibiloni y el proyecto de 1936, que prefirieron la corriente que informa al Código alemán, sobre la base de los trabajos de los juristas de esa nacionalidad, que impulsaron el reconocimiento de la importancia que tiene en el campo jurídico la representación, tanto la legal como la voluntaria.

Queda así claramente asentada la distinción entre el mandato, contrato que puede formarse con o sin representación, de esta institución en general y del poder como acto jurídico unilateral, apto para crearla como también puede instituirla la ley.

En un capítulo dedicado a Disposiciones Generales, se establece un ámbito de acción amplio para la representación, ya que se la admite para celebrar cualesquiera actos entre vivos, excepto cuando la ley requiera su otorgamiento por el titular del derecho. También en este capítulo I se encuentra la norma atinente a los actos celebrados por el representante consigo mismo. Nadie puede realizarlos sin la autorización del representado y agrega el art. 672 que el representante tampoco podrá, sin la conformidad del representado, aplicar a sus propios negocios fondos obtenidos en el ejercicio de la representación.

Para finalizar el comentario sobre esta sección, he de decir algunas palabras sobre el título VII, que ostenta la denominación "De la ineficacia de los actos jurídicos", expresión comprensiva, que se adapta al contenido del art. 687, donde se expresa que los actos jurídicos pueden ser

ineficaces en razón de su nulidad, o su anulabilidad, o por ser inoponibles respecto de determinadas personas.

Por otra parte, se mantienen las distinciones establecidas en el código entre nulidad y anulabilidad y entre nulidad absoluta y relativa, sobre la base de los criterios utilizados por el codificador. Para mayor claridad, los arts. 693 y 694 contienen sendas enunciaciones de actos nulos y anulables.

En cuanto a la inoponibilidad, se la admite cuando la ley la establece y de este modo se da entrada en la legislación positiva a una figura jurídica que había sido admitida por la doctrina e, inclusive, por alguna jurisprudencia con alto sentido de justicia.

Finalmente, es nuevo el título VIII sobre Interpretación de los actos jurídicos. En este tema se trabajó con preeminente consideración de la finalidad buscada de alcanzar la unificación de los contratos y obligaciones civiles y comerciales.

Es de recordar que, mientras el Código de Comercio contiene reglas referentes a los contratos, el Civil, en su versión original, mantenía silencio al respecto y sólo podía invocarse por analogía la aplicación del art. 16, atinente a la teoría general de la ley.

Más tarde, la ley 17.711 introdujo la norma que expresa que los contratos deben interpretarse de buena fe, pero guardó silencio en relación con los actos jurídicos en general.

En el Proyecto, se han puesto de relieve las pautas de interpretación diferentes que deben utilizarse según se trate de actos bilaterales o de disposiciones de última voluntad.

Cabe advertir una semejanza importante con el Código alemán que dedica el art. 133 a interpretar conforme a la voluntad real las declaraciones de voluntad en general, pero en el 157, para los contratos, se refiere únicamente al criterio de la buena fe.

Una última observación: como puede apreciarse, también ha sido incluido en la sección primera el tema de las

modalidades, con sus tres especies, plazo, condición y cargo, sobre la base de comprobar que dichas instituciones pueden exceder el marco de los derechos creditorios y aparecer agregados respecto a actos jurídicos de diversa especie.

La sección segunda del libro segundo está, como dije, consagrada al tratamiento de las obligaciones.

He de formular muy escasos comentarios acerca de esta sección; sólo los que considero indispensables.

La primera reflexión se refiere al art. 714, el primero del título I, que trae la definición y agrega una precisión complementaria.

Introducir una definición más en el Código puede parecer una verdadera contradicción con un precepto de técnica legislativa que, inclusive, fue compartido por Vélez Sarsfield.

Pero también es sabido que, en el Código Civil, son muchas las definiciones formuladas por el codificador, quizás con el atendible argumento de procurar que su obra cumpliese una función docente imprescindible en la época de su sanción. Precisamente por haberse seguido ese método, como el trabajo consistió en la revisión del libro II, se trató de adaptar en lo posible los textos al estilo general del Código con el fin de mantener una unidad de forma a lo largo de todo el articulado.

De todos modos, el concepto incluido en el comienzo del art. 714 responde a una noción aceptada desde la antigüedad y reiterada a través de los tiempos.

El segundo párrafo de la disposición implica un texto interpretativo referente al tema del valor patrimonial del objeto y a la utilidad apreciable en dinero o no, que debe tener la prestación para el acreedor, tema tratado en el Código a propósito del objeto de los contratos en el art. 1169 y su nota, ambos tomados de la obra de Aubry y Rau.

El texto incluido en el art. 714 del Proyecto reza así: "La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor".

La fuente del párrafo es el art. 1174 del Código Civil italiano y responde, por una parte, a una realidad: todos los bienes y prácticamente la totalidad de los hechos tienen valor susceptible de apreciación pecuniaria, mientras que no en todos los casos la prestación representa, para el acreedor, una utilidad apreciable en dinero.

Quizás la demostración más clara de esto aparece en el ejemplo incluido por Bibiloni en su nota relativa a este tema, donde plantea el caso de un padre que encomienda a un escultor la realización de un monumento destinado a recordar al hijo premuerto de aquél.

Creo que también es oportuno destacar la mención de las obligaciones concurrentes o indistintas, cuyos efectos están enunciados en el art. 776.

Y, para finalizar con lo atinente a la sección de las obligaciones, considero útil señalar el capítulo III del título III, dedicado al pago de sumas de dinero por depósito extrajudicial, que introduce en el libro II una figura de amplia aplicación y conforma a su respecto un régimen sencillo y apto para reglar equitativamente los intereses de las partes.

Tras estos escuetos comentarios, procedo a referirme a la sección tercera, De las fuentes de las obligaciones.

En las disposiciones generales de su primera parte "De los contratos en general" (título I), aún cuando se respeta en gran medida el pensamiento del codificador, la primera innovación se encuentra en el artículo inicial, ya que el Proyecto se aparta de la definición del artículo 1137, excesivamente amplia a mi juicio, tomada de Savigny, y la reemplaza por el concepto de acto bilateral patrimonial, en la misma línea del art. 1321 del Código italiano.

Se complementa la definición con el artículo siguiente que dispone que los elementos esenciales de los contratos son el consentimiento, el objeto y la causa. Parece un precepto puramente doctrinario, pero, como se hizo respecto a los actos jurídicos, se consideró oportuno definir la cuestión a través de un texto específico.

También en este título, se modificó lo relativo a los contratos atípicos, tanto en la denominación como en el concepto contenido en el Código actual, el cual sin duda no refleja el verdadero criterio del codificador, como surge de la nota a su art. 1143. Se ha seguido, con alguna modificación, lo establecido en el Proyecto de Ley de Unificación de 1987.

El título II, sobre la capacidad de contratar, ha sido igualmente modificado. Se han eliminado disposiciones contenidas en lo atinente a los actos jurídicos y se ha optado por un artículo que abarca los aspectos fundamentales del tema, y establece una incapacidad de derecho referente a los funcionarios públicos y los judiciales y los abogados.

En materia de consentimiento, las modificaciones adoptadas significan una transformación profunda, ya que el proyecto, conforme a la corriente inspiradora de los Códigos alemán, suizo y brasileño (éste es fuente indirecta a través del proyecto de 1936), ha optado por consagrar la fuerza vinculante de la oferta, sin privar al proponente de la facultad de limitar y aún de eliminar su obligatoriedad.

En cuanto a la formación del contrato, tal como lo hizo el Proyecto de Ley de Unificación, se ha elegido el sistema de la recepción, por estimar que es el más apto por motivos de seguridad jurídica.

Además, se ha legislado muy escuetamente sobre los contratos preparatorios o preliminares y lo mismo se ha hecho con las tratativas, a cuyo respecto se consagra la responsabilidad precontractual.

Respecto a la forma, se ha corregido el error metodológico del actual artículo 1184 relativo a la ubicación de la referencia a la subasta judicial y se ha incluido la facultad del juez para otorgar el correspondiente documento cuando el obligado no lo hiciera y quedasen cumplidas todas las prestaciones previstas en el contrato.

En lo atinente a los efectos, se ha procurado esclarecer la regulación del efecto relativo mediante una remisión al art. 3263 para precisar el concepto de sucesor universal

y se ha incluido una disposición que fija los lineamientos generales del régimen de los contratos a favor de terceros.

Finalmente, se mantiene el principio de la fuerza obligatoria tal como surge del actual art. 1197, que se complementa con el comienzo del actual art. 1198 sobre la buena fe y la reinserción de la parte referente a la obligatoriedad de lo que virtualmente surja del acto, suprimida por la ley 17.711.

Además, con relación a soluciones de fondo, creo necesario señalar que en cuanto a la extinción de los contratos, se ha reemplazado el artículo 1200 actual, muchas veces criticado por nuestros estudiosos, por un capítulo, donde se procura precisar los conceptos de los medios anormales de finalización de los contratos, distinguiendo entre la rescisión, la revocación y la resolución.

Y sólo agregaré que, como variación metodológica, se ha trasladado a esta parte un título sobre efectos propios de los contratos onerosos, en el cual se regulan en sendos capítulos las garantías de evicción y vicios redhibitorios, en sus aspectos generales, los cuales más adelante se complementan con las disposiciones relativas a su funcionamiento en diversos contratos.

En la parte segunda de la sección tercera del Proyecto, están tratados los contratos en particular.

Allí aparecen tipificadas varias figuras que no están legisladas en el Código Civil y que, por la importancia adquirida en las últimas décadas, merecen recibir un tratamiento legislativo específico.

A ellas deben agregarse algunas provenientes del Código de Comercio, que se trasladan al Civil con el fin de buscar la unificación deseada.

En una rápida enumeración, cabe señalar al suministro, la cesión de posición contractual (capítulo III de la cesión de derechos), la locación de cosas productivas (capítulo X del título V), a cuyo respecto se siguen normas contenidas en el Código de Italia, el *leasing*, el contrato de construcción o edificación de obra y algunos contratos afines con el

de obra, como la edición, la representación teatral, el de espectáculo y el de publicidad: la prestación de servicios profesionales, el transporte, la consignación, el corretaje, la agencia, la concesión, el servicio de cajas de seguridad, la cuenta corriente y la cuenta corriente bancaria y el de asociación (capítulo II del título dedicado a los contratos asociativos).

Por el contrario, se ha suprimido el tratamiento de algunos que figuran en el Código, como la locación de servicios, remitida a la legislación laboral, y otros han perdido el tratamiento autónomo que se les da hoy, como ocurre con la permuta, que aparece legislada como un capítulo del título de la compraventa.

La Comisión ha entendido que la nueva nómina que integra el Proyecto se adapta a las corrientes modernas del Derecho y a las exigencias de la negociación contractual contemporánea.

Con la misma finalidad, se ha procedido, en la regulación de contratos tratados en el Código, a introducir algunas modificaciones, más o menos importantes, según los casos, para perseguir el mismo objetivo que vengo de señalar.

Por otra parte, en relación con todas las figuras incluidas, se ha tenido en consideración que este tema se inserta en el ámbito más avanzado de la libertad en el Derecho Privado, ya que las decisiones de los contratantes tienen situación preeminente en relación con los preceptos de la ley, los cuales, en gran medida conforman una legislación supletoria, que únicamente se impone a la voluntad de los contratantes cuando reviste carácter imperativo.

La parte tercera de la sección tercera del libro segundo se ocupa de otras fuentes de las obligaciones, cuya agrupación en un sector específico del derecho positivo codificado constituiría, si el Proyecto entrare en vigencia, una novedad en el Derecho Privado Argentino.

Creo que esta parte tercera del libro segundo conforma un programa desde el punto de vista legislativo, ya que da entrada a fuentes de obligaciones no incluidas en la tra-

dicional enumeración romana, sino agregadas por las elaboraciones jurídicas modernas.

La declaración unilateral de voluntad había sido admitida excepcionalmente en el Código alemán de 1900 y algunas de sus especies, como la promesa pública de recompensa, estaban incluidas en nuestro Código Civil, pero no se la relacionaba, por ejemplo, con la gestión de negocios ni con la promesa de fundación, cuya utilidad había sabido intuir Vélez Sarsfield, quien, para posibilitar su funcionamiento, le había dado cabida entre los preceptos dedicados a la capacidad para donar, aunque, en rigor, fuera una figura incompatible con la estructura normal de un contrato, ya que le falta nada menos que la bilateralidad propia de las convenciones.

La inclusión de las garantías unilaterales autónomas significa el tratamiento de figuras que se han valorizado en el terreno económico y cuya utilidad es innecesario ponderar.

El enriquecimiento sin causa o injustificado tiene una vigencia multisecular y ha aparecido siempre como una institución subsidiaria que, cuando no existe otra que permita reparar una injusticia, aparece como un instrumento eficaz para lograr esa finalidad, fundamental para el orden jurídico y creo razonable que, en lugar de aparecer legislado a través de disposiciones aisladas, que responden a sus lineamientos definitorios, tenga un lugar donde se lo contemple específica y ordenadamente.

He dejado para el final una mención sobre la regulación de los títulos valores por la importancia que revisten.

Una unificación que prescindiera de darles un tratamiento orgánico y cuidadoso implicaría una consideración imperfecta de un aspecto fundamental en el Derecho Privado contemporáneo y silenciaría injustificadamente una aplicación medular de la declaración unilateral de voluntad.

Por otra parte, la elasticidad de estas figuras permite utilizarlas en operaciones de la mayor importancia patrimonial con el consiguiente grado de incidencia que esto les

acuerda en el aspecto económico-social de la época que vivimos.

Y ahora, he de formular algunas reflexiones sobre la parte cuarta de la sección tercera del Proyecto.

Se denomina "De la responsabilidad civil". Y la nota que encabeza esta parte expone el fundamento de la manera como ha sido tratado el tema.

La finalidad substancial consiste en destacar la unidad del fenómeno resarcitorio, como la ha sostenido una corriente doctrinaria preeminente e inclusive diversas reuniones científicas en las cuales se analizó la cuestión.

La nota recuerda la fórmula adoptada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1961, cuyos trabajos, como se sabe, han sido fuente de numerosas y muy importantes renovaciones producidas en nuestro Código Civil.

La redacción aprobada en esa oportunidad y transcripta en la nota que comento fue la siguiente: "La reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual, cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal".

También se transcribe la conclusión aprobada en las Jornadas Nacionales de Rosario de 1971, donde se reafirma el mismo principio, tal como ha ocurrido en múltiples reuniones en que el asunto ha sido tratado, como también se lo recuerda en la nota en cuestión.

La generalidad que reviste el ámbito del resarcimiento se refleja de inmediato en el art. 1549, primero del capítulo de disposiciones generales, con que comienza el título I.

Para mayor claridad, considero oportuno recordar su texto: "La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme a las disposiciones de este Código. Los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futu ros, salvo que ellas afecten garantías constitucionales. Las

asociaciones representativas de intereses colectivos están legitimadas para iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto".

Varias citas jurisprudenciales y de trabajos de doctrina respaldan esta solución.

Inmediatamente después se incluye el principio del actual artículo 1071, en el cual se establece que, salvo disposición legal en contrario, no son indemnizables los daños causados en el ejercicio regular de un derecho.

Y finaliza el capítulo I con la previsión en la cual se

En la nota se aclara que esta norma se aplica también respecto a las omisiones de donde puedan resultar perjuicios. declara lícita la conducta de quien produce un daño para evitar un mal mayor e inminente, salvo que el peligro se hubiese originado en un hecho del mismo sujeto causante del daño.

En el capítulo dedicado a los factores de atribución de obligaciones resarcitorias, se mantiene el criterio del art. 512 del Código Civil, complementado con la enunciación de situaciones comprendidas en la noción de culpa y con la imposición de la carga de la prueba a las partes ligadas en la relación derivada del hecho culposo y, especialmente, a la que esté en mejores condiciones para producirla.

Se configura el dolo por la intención deliberada de no cumplir las obligaciones previamente asumidas y se expresa que la malicia consiste en la acción ejecutada a sabiendas y con intención de dañar a otro. La prueba queda a cargo de quien alega la presencia de dichos factores en el obrar de quien causó el daño.

Se consideran factores objetivos de atribución de responsabilidad a la equidad, la garantía y el riesgo y se precisa que son admisibles en los casos previstos por el ordenamiento jurídico.

En lo atinente a la relación de causalidad, se han seguido en general las normas del Código actual: el Proyecto establece que, salvo disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas, a las cua-

les se las define: se admite al caso fortuito o fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero como eximentes y se configura la culpa concurrente.

El capítulo IV dice: "Existe daño siempre que se causa a otro algún perjuicio a su persona, a su patrimonio o a sus intereses no reprobados por la ley. Es indemnizable el daño cierto y personal del damnificado".

La indemnización comprende el daño material y el moral. Este último debe ser determinado con independencia del primero.

El título finaliza con el art. 1578, que invalida las cláusulas exonerativas o limitativas de la indemnización cuando afectan derechos indisponibles, cuando atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o las leyes imperativas o cuando son abusivas, y también las que liberan anticipadamente al deudor aunque obrare con dolo o malicia.

El capítulo III del título II sobre "Responsabilidad derivada de la intervención de las cosas y de las actividades peligrosas" merece consideración atenta, aunque mi exposición a su respecto debe ser necesariamente muy breve.

Comienza con el art. 1590, que reemplaza al tan discutido 1113 proveniente de la ley 17.711.

Expresa: "El dueño y el guardián son responsables indistintamente, del daño causado por o con la intervención activa de las cosas, muebles o inmuebles, animadas o inanimadas, de las cuales son propietarios, se sirven o tienen bajo su cuidado. Para eximirse total o parcialmente deberán demostrar la incidencia de una causa ajena; tampoco responderán si prueban que la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta. Lo previsto para los daños causados por o con la intervención activa de las cosas es aplicable a los daños causados por actividades que sean peligrosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización".

La nota explica que se elimina la distinción entre daños causados por las cosas y por el riesgo de las cosas, ambos casos comprendidos en una presunción de responsabili-

dad y que, como contrapartida, se requiere que la intervención de la cosa sea activa.

Como puede apreciarse, hay modificaciones tanto respecto a la redacción actual del art. 1113, como a la que le había dado el Proyecto de Ley de Unificación.

A continuación, siguen normas referentes a las responsabilidades por los productos elaborados, tanto del elaborador como del vendedor y del fabricante de un componente del producto implicado en la producción del daño, la cual es indistinta.

Esto implica dar cabida a uno de los temas que mayor atención han requerido a los estudiosos del Derecho Privado de nuestro tiempo.

Después sigue un capítulo dedicado al ejercicio de las acciones de responsabilidad civil y el libro II finaliza con Normas de Derecho Internacional Privado.

Concluye, así, esta exposición, por cuya extensión pido disculpas. Invoco para obtenerlas que me he esforzado por presentar un cuadro más o menos informativo de los lineamientos generales del Proyecto de Revisión del libro II del Código y detenerme apenas en algunos temas que me pareció merecían una mención especial.

Pido perdón a mis colegas y les agradezco su atención y su paciencia.

EL ILÍCITO TRIBUTARIO FRENTE AL CÓDIGO PENAL. SU ÁMBITO TERRITORIAL

Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce en la X Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, celebrada los días 20 y 21 de mayo de 1993

I. *Introducción*

La lucha contra la evasión fiscal es un tema de palpitante actualidad. Desde que existen los tributos como recursos del Estado, existen las normas sancionatorias. Desde entonces se discute su naturaleza jurídica y, dentro del tema, si les son aplicables o no los principios generales del derecho penal común. La sanción de la ley nacional 23.771 llamada "Régimen penal tributario" ha excitado el problema. ¿Sus normas son de naturaleza penal?; ¿se aplica a los tributos nacionales y también a los provinciales y municipales?; ¿cuáles son los principios generales del Código Penal que le son aplicables según medie o no disposición en contrario?; ¿cabe a su respecto la aplicación de la ley penal más benigna?; ¿se aplican los principios o institutos de la culpabilidad, responsabilidad subjetiva u objetiva, concurso de sanciones, *non bis in ídem*, error excusable, condena condicional, etc., etc.?

Es imposible en esta comunicación abordar todos esos y otros temas. Por ello me limitaré a tres: la naturaleza jurídica del ilícito tributario, porque está en la base de todo el problema; el ámbito territorial de aplicación de la ley tributaria penal y, por último, la aplicación territorial de la ley 23.771.

II. *El ilícito tributario es de naturaleza penal*

Tres teorías dan respuestas distintas, aunque en todos los casos fundadas, al interrogante de cuál es la naturaleza jurídica del ilícito tributario: penal, administrativa o tributaria.

En la *teoría penalista* hay dos criterios entre los autores que adoptan esta posición:

a) Que no hay diferencia ontológica o cualitativa entre el ilícito penal común y el ilícito tributario, que significa identidad en uno y otro campo del bien jurídico tutelado;

b) que el carácter penal del ilícito tributario está dado sólo por la naturaleza penal de la sanción. La sanción tributaria como la del derecho penal común importa una disminución de un bien jurídico del transgresor, o sea, es retributiva en el sentido penal en cuanto satisface a la sociedad como compensación a la ofensa al bien jurídico tutelado.

En la *teoría administrativista* hay tres criterios diferenciales para fundamentar esta tesis:

a) El ilícito tributario y sus sanciones son de naturaleza administrativa porque el bien jurídico tutelado es distinto ontológica y cualitativamente del protegido por el derecho penal común;

b) El carácter administrativo está dado por la naturaleza, características o efectos de la pena, que no tiende a disminuir un bien jurídico del transgresor, sino a reparar o a indemnizar al fisco por la conducta antijurídica del contribuyente;

c) Porque la jurisdicción en las infracciones tributarias es administrativa, mientras que en el derecho penal es acto de jurisdicción judicial.

Para la *teoría tributaria* hay tres criterios que conducen a su aceptación:

a) La unidad y especificidad del ilícito tributario no admite distinciones en ramas;

b) El poder de legislar tipificando ilícitos tributarios y aplicándoles sanciones determinadas, no es sino una consecuencia o derivación del poder tributario del Estado, pues sin aquél sería un poder incompleto o utópico;

c) La sanción, conforme la teoría general del derecho, es parte o consecuencia de la norma.

En mi opinión, que puede verse ampliamente desarrollada en mi libro *Derecho tributario penal* (Ed. Depalma, 1985, pp. 3 a 64), el ilícito tributario y sus sanciones (genéricamente pero no en todas sus especies) son de naturaleza penal por cuanto:

a) La ilicitud no es patrimonio del derecho penal. Un hecho ilícito no es un hecho contrario al derecho penal sino a todo el derecho (Soler);

b) No todo el derecho penal está en el Código Penal (Soler, Núñez);

c) La ilicitud está determinada por un conjunto de valores tendientes a sancionar actos que trasuntan conductas que se apartan del deber ser;

d) En las valoraciones del ilícito tributario hay una discordancia entre el deber ser y el ser. La conducta antijurídica del contribuyente altera las condiciones de vida (individuales o sociales), pues la generalización de la ilicitud conduce a aumentar la presión tributaria global o individual en daño de la sociedad y si no se produce tal aumento, tanto o más se deterioran las condiciones de vida, dado que los gobiernos no buscan equilibrar sus finanzas por el lado de la reducción de los gastos públicos y entonces se originan los déficits fiscales con sus funestas consecuencias;

e) No hallo diferencia ontológica o cualitativa entre el ilícito penal común y el ilícito tributario. Quienes sostienen la diferencia consideran que en aquél el bien jurídico tutelado es el derecho o los bienes jurídicos o el orden jurídico (Carrara, Goldshmidt) o la seguridad del individuo o de la sociedad (Carmignani) o los derechos naturales y sociales del individuo (Núñez) o el interés jurídico inmediato respecto

de los derechos individuales y sociales (Villegas). En cambio, dicen, el ilícito tributario protege reglas de buen gobierno (Carrara) o la ayuda a la administración estatal para favorecer el bien público (Goldshmidt) o la prosperidad (Carmignani) o la actividad administrativa cuyo objeto es la prosperidad o bienestar colectivo (Núñez) o el interés jurídico mediato en que el gobierno cuente con los recursos necesarios (Villegas).

Contesto a estas distinciones con los siguientes argumentos:

El ilícito tributario lesiona o infringe el derecho en una de sus ramas (se la considere autónoma o no) : el tributario. Como consecuencia de lo anterior lesiona los bienes jurídicos y el orden jurídico.

Afecta, asimismo, la seguridad de los individuos y de la sociedad, en cuanto el cumplimiento de las obligaciones tributarias sustantivas tiene por finalidad dotar al Estado de los medios económicos indispensables para costear su organización constitucional sin la cual no podría realizarse el derecho ni la justicia ni el orden jurídico, así como los servicios y obras necesarios a la comunidad y a los individuos que la integran. Lesiona igualmente al interés jurídico inmediato respecto de los derechos individuales, porque la infracción tributaria conduce a efectos disvaliosos o perjudiciales a esos intereses.

Acepto que protege reglas de buen gobierno, pero ellas están implícitas en los bienes superiores tutelados antes señalados.

Refutando a Núñez, considero que, si bien es exacto que la infracción administrativa y la tributaria lesionan la actividad administrativa, ello es así como consecuencia de que esa conducta antijurídica ha lesionado el orden jurídico y afectado la seguridad y los derechos esenciales del individuo, de la sociedad y del Estado.

Admito, como dice Villegas, que el interés jurídico mediato en que el gobierno cuente con los recursos necesarios es el bien jurídico tutelado por el ilícito tributario, pero

él me da la razón al sostener que el bien jurídico protegido por el derecho penal común es el "interés jurídico inmediato respecto de los derechos individuales y sociales" pues aquél está inmerso o involucrado en éste, que pasa a ser el verdadero y principal interés tutelado por el ilícito tributario;

f) No hay, en principio, genéricamente, diferencia de grado o cuantitativa entre el ilícito penal común y el ilícito tributario. La pena es cuestión de política criminal y consecuencia del acto punible, no determinante de él. En una u otra rama la sanción es penal cuando produce una disminución del bien jurídico del transgresor; es de carácter sancionatorio y represiva.

Digo que no hay diferencia de grado genéricamente, porque niego la distinción de grado entre el ilícito penal común y el ilícito tributario genérico, pero hay que recordar que este género reconoce dos especies: el delito y la contravención, y a su respecto también se plantea si se admite o no la distinción y, si aceptada, ella es cualitativa (por la diferencia del bien jurídico tutelado) o cuantitativa (en función de la pena). Destaco que la diferencia entre los delitos y las contravenciones está dada no por la naturaleza jurídica de una y otra figura, pues ambas son penales, sino por la naturaleza penal o administrativa de la sanción. Así, los delitos de naturaleza penal tienen sanciones penales y las contravenciones de naturaleza penal tienen sanciones administrativas;

g) Me inclino, por último, a sostener el carácter penal del ilícito tributario, más allá de las razones jurídicas que anteceden, por motivaciones propias de política jurídica. En efecto, el carácter penal, que hace aplicable a los ilícitos tributarios los principios del Código Penal, significa dar a la infracción tributaria, a sus sanciones y, por ende, a los responsables de aquéllas y pasibles de éstas, una mayor protección que resulta de la aplicación de las garantías constitucionales y legales que rodean el debido proceso penal, sustantivo o formal (principios de legalidad, culpabilidad, apli-

cación retroactiva de la ley penal más benigna, beneficio de la duda, etc.). Entrar en el ámbito del derecho penal tiene la ventaja de que la garantía legal y jurisdiccional es un dique contra la arbitrariedad del Estado.

III. *Aplicación territorial de la ley tributaria penal*

En términos simples el tema que voy a tratar es el de si los ilícitos tributarios deben ser exclusivamente nacionales, o si también entran en la órbita de la legislación provincial; en otras palabras, el problema es el de dilucidar la potestad tributaria penal de las provincias.

El tema es de alta complejidad doctrinaria y jurisprudencial. Lo he tratado ampliamente en mi libro antes citado, por lo que ahora me atrevo a entrar directamente en las que son mis conclusiones.

1. Las provincias pueden legislar tipificando delitos tributarios y previendo sus sanciones, por cuanto:

a) La autonomía del derecho tributario rige también en el orden provincial, en tanto ella no afecte, en estricta interpretación, las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional;

b) El Código Penal y las leyes incorporadas a él no constituyen todo el derecho penal (Soler). Por consiguiente, cuando una figura delictiva no está tipificada en el Código Penal o en leyes incorporadas, las provincias conservan el *poder reservado residual* (art. 104, Constitución Nacional) de legislar a su respecto, con la limitación de la razonabilidad, entendida ésta como la imposibilidad de convertir ciertas acciones u omisiones en ilícitas cuando, relacionadas con intereses comunes a toda la Nación, el Código Penal no las ha calificado como tales, ni tampoco creando figuras específicas que se sustrai-

gan de los principios generales propios de las figuras de naturaleza penal (como defraudaciones tributarias culposas y no dolosas cuando el género, que es la defraudación del derecho penal común, es siempre dolosa, etc.);

c) La facultad de incriminar corresponde a la Nación o a las provincias, según la materia, o sea, según que los poderes hayan sido delegados o reservados, respectivamente;

d) La facultad de legislar es correlativa de la de prohibir y establecer penas (Soler);

e) Si las provincias se han reservado la facultad de crear impuestos directos, y tienen facultad concurrente con la Nación en cuanto a la sanción de impuestos indirectos, excepto los aduaneros que son de resorte exclusivo de la Nación, y pueden también crear tasas y contribuciones especiales que correspondan a servicios prestados u obras realizadas en su jurisdicción, sería caer en un absurdo jurídico, convirtiendo ese poder tributario provincial en utópico, si la norma sustantiva que configura el hecho imponible no fuera acompañada de la norma represiva que sancione debidamente su incumplimiento;

f) La coacción es un elemento sustancial del derecho como una consecuencia que debe ser aplicada a quien ha cometido un acto antijurídico, pues no tendría ningún sentido jurídico hablar de deberes si el derecho no estableciera tales sanciones, que son de aplicación coactiva.

2. Que la facultad de crear y tipificar contravenciones y establecer sus sanciones es concurrente de la Nación y las provincias por cuanto:

a) Si bien el Código Penal no legisla sobre contravenciones y faltas, es válido concluir que leyes especiales que se incorporen a él pueden hacerlo;

b) Que las contravenciones están incluidas en el artículo 4º del Código Penal que dice que sus disposiciones generales se aplican a todas las leyes especiales, salvo que ellas dispongan lo contrario. Esta concurrencia se justifica en razón de que no hay una delegación expresa de las provincias a la Nación para legislar sobre contravenciones, por lo cual no puede decirse que sea ello de resorte exclusivo de la Nación. Correlativamente, siendo las contravenciones una especie de las figuras ilícito-penales, están por razones científicas incluidas dentro del Código Penal, que puede legislar o no sobre ellas, razón por la cual no puede considerarse que ha sido una facultad reservada por las provincias. En consecuencia, no habiendo argumentos constitucionales para sostener que hay delegación a la Nación ni tampoco reserva por parte de las provincias, concluyo en que es una facultad concurrente.

En mi opinión, en resumen, hay delitos tributarios y contravenciones tributarias, y ambos pueden ser legislados por la Nación o por las provincias, con las delimitaciones señaladas en los puntos anteriores.

IV. *Aplicación territorial de la ley penal tributaria 23.771*

El 8 de marzo de 1990 entró en vigencia la ley 23.771 llamada "Régimen penal tributario". En su art. 1º reprime con pena privativa de la libertad la alteración de la real situación económica o patrimonial, con el objeto de dificultar o de impedir "la fiscalización o la percepción de tributos", sin aditamento alguno, esto es, no los califica de nacionales ni, menos aun, dice que sean provinciales o municipales. La tentación de extender el régimen punitivo a los gravámenes que integran los ordenamientos tributarios provinciales o municipales representa un peligro latente que

la doctrina ha advertido, aunque no se conoce decisión jurisdiccional alguna. Aquélla generalmente soslaya el problema y son los menos los que se han pronunciado sobre el particular. Unos, con breve pero concreta fundamentación sostienen que la ley sólo se aplica a los tributos nacionales y otros sostienen que la ley se extiende a los tributos provinciales y municipales porque es una ley complementaria, ampliatoria o modificatoria del Código Penal, aunque no está expresamente incorporada a él.

Confieso que desde hace tres años vengo eludiendo el enfoque y opinión sobre el tema. Por ello, he creído que ésta es una oportunidad propicia para subsanar la omisión y procurar, a riesgo de equivocarme, dar una solución sobre el problema.

Pocas veces he tenido que abordar un tema en el que como éste se presenten alternativas con argumentos de tanto peso que hacen difícil la decisión en favor de una u otra. Para la mejor comprensión del problema voy a desarrollar ambas posturas, totalmente opuestas, con la mayor objetividad.

1º) Se dice que la ley 23.771 comprende únicamente los tributos nacionales, excluyendo los provinciales y municipales, porque:

a) Como hemos visto en el capítulo anterior, las provincias tienen la facultad constitucional de crear delitos tributarios en la esfera de su competencia territorial y con las limitaciones constitucionales que he señalado anteriormente, de manera tal que como dice Castellanos (*Ley penal tributaria: algunas consideraciones*, en "La Ley", 1990-C, 801) "iría contra la autonomía tributaria provincial interpretar que esta ley 23.771 abarca también los tributos provinciales y sería una intromisión inadmisible en el derecho tributario provincial, el cual ya tiene delitos tipificados en sus códigos tributarios, aunque no contengan penas privativas de la libertad". El derecho tributario provincial (parte del derecho

público provincial) se integra con las normas tributarias que crean el hecho imponible y con las normas penales que tipifican sus incumplimientos y prevén las condignas sanciones. Sería interferir en ese orden tributario local aplicar a esos hechos imponibles otras sanciones provenientes de un ordenamiento tributario ajeno e independiente;

b) El mensaje con que el P. E. acompaña el proyecto de ley dice en su tercer párrafo "...el estado de inoperancia que la experiencia muestra en la aplicación de las disposiciones sancionadoras de la ley Nº 11.683. Con la presente ley se busca superar los distintos motivos que llevaron a ese estado de cosas...". Resulta de ello que la razón de la legislación proyectada es reformar el régimen penal tributario de la ley 11.683 aplicable exclusivamente a los tributos nacionales y, por el contrario, en ningún fundamento se alude a la corrección de regímenes provinciales o municipales;

c) La ley 23.771 en su art. 18, primer párrafo, cuando habla de la competencia para juzgar los ilícitos que ella tipifica y sanciona, establece que corresponderá a la justicia federal entender en los procesos cuando los tributos correspondan al gobierno nacional y en el ámbito de la Capital Federal será competente el fuero en lo penal económico. Nada dice de la competencia sobre los tributos que correspondan a los gobiernos provinciales o municipales. ¿Es una omisión o es que ellos están excluidos del ámbito de la ley? Los defensores de esta posición se inclinan por la respuesta en este último sentido;

d) El tercer párrafo del mismo artículo de la ley citada dice que "Los organismos nacionales a cuyo cargo esté la recaudación de los tributos o de los aportes del régimen nacional de seguridad social... podrán asumir en los respectivos procesos la fun-

ción de parte querellante, en los términos del art. 170 del Código de Procedimiento en Materia Penal de la Nación...". ¿Y los organismos provinciales o municipales a cuyo cargo esté la recaudación de los tributos locales no pueden constituirse en parte querellante? Obviamente que no está previsto, pero ello es así porque la ley no se aplica a los impuestos provinciales y municipales;

e) La derogada ley 20.658 del año 1974, que reprimía con pena privativa de la libertad la evasión fiscal, se refería según su art. 1º a las "obligaciones tributarias de percepción a cargo de la D.G.I.", es decir, a las obligaciones tributarias nacionales que la D.G.I. fiscaliza y percibe en todo el territorio de la Nación, no incluyendo, por lo tanto, a las obligaciones tributarias provinciales y municipales;

f) La actualmente derogada ley 20.644, también de 1974, que creaba la Dirección Nacional de Policía Fiscal Federal, tenía a su cargo "la fiscalización de los tributos nacionales, comprendidos en la ley 11.683, de las provincias y municipios, que así se convenga con las jurisdicciones correspondientes", vale decir, que la ley se aplicaba a los tributos nacionales y solamente a los provinciales y municipales si mediare ley convenio con las jurisdicciones correspondientes, como sucede en la distribución de los impuestos nacionales que constitucionalmente corresponden (algunos de ellos) a las provincias;

g) Si bien la ley 23.771 es una ley penal especial a la cual son aplicables las disposiciones generales del Código Penal, salvo disposición en contrario (que no existe en el caso), tal como lo dispone el art. 4º de la materia, no de ello se deriva que tenga que tener aplicación en el orden provincial ni municipal, excepto respecto de aquellos hechos contemplados en la misma (los tributos nacionales que se deben en todo el territorio de la Nación en los

que nos están incluidos los tributos provinciales o municipales). En todo el territorio del país, existen el ordenamiento tributario nacional y los ordenamientos tributarios provinciales y municipales sin ningún efecto de absorción recíproca; correlativamente, pueden coexistir un régimen tributario penal nacional para los tributos nacionales y un régimen tributario penal provincial para los tributos locales. La figura de defraudación tributaria provincial es un delito tributario cualitativa y cuantitativamente penado con multas de naturaleza penal por su monto (en algunos casos hasta treinta veces el gravamen omitido), lo que no conlleva a que el hecho punible deje de estar regulado por la norma provincial para pasar a estarlo por la norma nacional que prevé una pena privativa de la libertad. Repito que no es admisible la interferencia del ordenamiento tributario nacional en el ordenamiento tributario provincial ni en su aspecto sustantivo ni en su aspecto penal.

Con lo que antecede desvirtúo la conclusión de Edwards (*Régimen Penal Tributario*, Ed. Astrea, 1991, p. 90/91) cuando sostiene que "Uno de los bienes jurídicos tutelados a través de distintas figuras penales es la actividad financierea del Estado, pero no solamente la del Estado Nacional, sino también del provincial y de los entes municipales", pues son las provincias las que tienen competencia reservada para tutelar sus actividades financieras y las de sus entes municipales (autárquicos y no autónomos), tipificando los ilícitos tributarios que correspondan a los hechos imponibles de sus jurisdicciones y sancionando las correlativas penas. No hay, en mi opinión, la creación de un privilegio para el fisco nacional y una desprotección de las provincias, como sostiene el autor citado, sino una delimitación de las respectivas competencias.

h) Si por tratarse de una ley penal especial le son aplicables las disposiciones generales del Código Penal (art. 4º C. P.), de ello no se infiere que integre el Código Penal, porque, como hemos visto, no todo el derecho penal está en el Código Penal y, consecuentemente, hay normas penales en otras ramas del derecho (el tributario en el caso). Por otra parte, advierto que el proyecto del P. E. (art. 18) incorporaba la ley al Código Penal y esa norma fue eliminada al sancionarse el texto definitivo.

2º) La otra tesis sostiene que la ley 23.771 se aplica a los tributos nacionales, provinciales y municipales en razón de que:

a) La ley 23.771 ha sido dictada por aplicación del art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional (Corti, A. H. y Calvo, R. A., *Pena de prisión para delitos fiscales* en "Impuestos", XLVIII-A, p. 939) y es, por lo tanto, una ley nacional de derecho común como son todas las que componen los códigos de fondo y las leyes incorporadas a los mismos o que, sin estarlo, los integran, modifican o amplían, o reglamentan materias comprendidas por su naturaleza dentro de los mismos (Bidart Campos, *El derecho constitucional del poder*, t. I, p. 367). En consecuencia, aunque no esté incorporada por disposición expresa al Código Penal, la ley que nos ocupa es parte del Código y por ende tiene como éste aplicación en todo el ámbito del país y es por ello, en esta tesitura, aplicable a los tributos provinciales y municipales;
b) Son numerosas las leyes penales especiales que no están expresamente incorporadas al Código Penal ni dicen que deban regir en toda la Nación y, sin embargo, así se las aplica. Tal es la ley 13.944 que sanciona el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; la ley 14.346 que reprime los ma-

los tratos y actos de crueldad a los animales; la ley que instituye el régimen penal cambiario (ordenada por decreto 1265/82), entre otras. Aquí conviene aclarar que *el hecho de regir en todo el territorio de la Nación no significa que la ley se extienda a los ordenamientos provinciales y municipales,* porque como lo he señalado anteriormente, los impuestos nacionales también se aplican en todo el territorio de la Nación y no por ello interfieren la órbita de los tributos provinciales y municipales;

c) El texto de la ley 23.771, en las diversas normas que lo integran, alude siempre exclusivamente a "tributos" —sin ningún aditamento de nacionales, provinciales o municipales— por lo cual, siguiendo el criterio de que no hay que distinguir donde la ley no distingue, corresponde la interpretación amplia de que es toda clase de tributos aplicables en cualquier jurisdicción del país. Para ello se vale esta interpretación de que los textos de los artículos 3º, 7º y 8º de la ley usan la palabra "nacionales" cuando se refieren a los organismos de seguridad social, de lo cual resulta que la ley se aplica únicamente a los regímenes nacionales de seguridad social y no a los provinciales y municipales si existieran, distinción o aclaración que, en cambio, no se hace respecto de los tributos. Cuando el art. 17 alude a la caución real para el otorgamiento de la eximición de prisión se refiere a que la misma "deberá guardar correlación con el monto en que, en principio, aparecieren damnificadas las rentas fiscales o previsionales nacionales" debiendo entenderse —siguiendo esta corriente interpretativa— que la palabra "nacionales" se refiere exclusivamente a previsionales y no a las rentas fiscales.

Expuestas como quedan las dos tesis diametralmente opuestas, con sus correspondientes pros y contras, llega el

momento de adoptar una definición. La definición es una obligación ética en todos los órdenes de las relaciones humanas y el derecho no es ajeno a ellas. Por consiguiente, doy mi definición en favor de la primera de las posiciones que en este trabajo he señalado con el ordinal 1º) en el sentido de que, en mi opinión, la ley 23.771 se refiere exclusivamente a tributos nacionales y no tiene aplicación en los ordenamientos tributarios provinciales o municipales.

Es cierto que no es necesario que una ley penal especial esté expresamente incorporada al Código Penal, para que efectivamente lo esté. Concuerdo con la opinión de Bidart Campos antes citada. Pero la 23.771 no lo está porque constitucionalmente no puede interferir en los poderes tributarios penales reservados a las provincias. No es admisible que a un delito tributario local se le aplique una sanción nacional apartándose de la prevista por su propio ordenamiento. La tutela de la actividad financiera provincial y municipal está reservada a sus respectivas legislaturas. Recordemos una vez más: al poder de legislar corresponde el poder de sancionar. Mi posición tiene como base central que las provincias pueden crear delitos tributarios y sancionarlos. Quienes no admitan esto, sí pueden sostener con fundamento la posición contraria.

V. *Conclusiones*

a) Soler y la doctrina que lo sigue (tanto penal como tributaria) consideran que el poder de legislar conlleva el de incriminar y sancionar;

b) Como consecuencia de ello, las provincias, al ejercer su poder tributario, tienen el poder de tipificar y sancionar delitos tributarios, cuando la figura delictiva no está tipificada en el Código Penal o en leyes incorporadas a él (art. 67, inc. 11, C. N.);

c) El ilícito tributario no está tipificado en el Código Penal (la defraudación del art. 174, inc. 5 del Código Penal

"en perjuicio de alguna administración pública", es considerada por la doctrina como una figura distinta de la defraudación fiscal) y por ello se dictó la ley 23.771;

d) La ley 23.771 no está incorporada al Código Penal. Formalmente, porque el proyecto del P. E. que preveía la inclusión (art. 18) fue eliminado al sancionarse el texto definitivo. Sustancialmente, porque no puede interferir en los poderes tributarios penales reservados a las provincias;

e) Por lo expuesto en c) y d) las provincias pueden tipificar y sancionar delitos tributarios y, por ello, la ley 23.771 no es aplicable a los ordenamientos provinciales y, por ende, a los municipales;

f) Para quienes sostienen que el ilícito tributario es de naturaleza administrativa y que, consecuentemente, las infracciones provinciales son contravencionales y no delictivas, sí es válido sostener que la ley 23.771 se aplica a los tributos provinciales y municipales.

LO QUE EL DERECHO NO PUEDE

Palabras de clausura de la reunión, por el señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías

Al derecho se le puede pedir todo en cuanto al conflicto de intereses y las estructuras sociopolíticas, pero hay desequilibrios y anomalías colectivas que el derecho no puede corregir, porque no son de su orden. ¿Por qué esta advertencia? Porque la única novedad del siglo xx, cuando han caído las utopías revolucionarias, es el Estado de Derecho. Y como el Estado no está en su apogeo (J. Freund), crece la responsabilidad del derecho. El Estado ya no es ni empresario ni comerciante, y escasamente benefactor. La tendencia es a esperarlo todo del derecho. Es su grandeza, pero también su debilidad.

¿Por qué? Porque el derecho no es más que el *orden del Orden Social, no todo el Orden.* Cuando el Orden Social está desgarrado por el narcotráfico, la subversión, la corrupción, la injusticia, el poder hegemónico, el derecho ayuda a restablecer el Orden pero no basta.

No basta porque provee las normas y las decisiones que las aplican, pero el desgarramiento del Orden Social depende de conductas que se apoyan en valores. El derecho no es el *ethos* y el *ethos* son los valores vividos en la vida emotiva de la gente. El derecho hunde sus raíces en el

ethos que es anterior al derecho. El Orden Social hace remisión a los valores, más que a las normas, aunque también a las normas.

Cuando la sociedad está desgarrada por la subversión o por la corrupción o cualesquiera de los otros males posibles, el descreimiento social se traduce en "anomia", bien estudiada por Jorge R. Vanossi (en "Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción", "El Derecho", 29/10/92). Esto quiere decir que desaparece o se va debilitando, "todo marco de referencia, todo parámetro que permita valorar, que permita computar las conductas". El relativismo moral conduce asimismo a la anomia. Y cuando el descreimiento abarca a los poderes públicos, a los poderes de hecho, a las principales relaciones sociales, también la seguridad jurídica parece desvanecerse, aunque las culpas no sean del sistema normativo ni del Poder Judicial. La ausencia de confianza generalizada —si es generalizada— pone en cuestión la seguridad jurídica.

La conclusión es simple: los que nos interesamos por la seguridad jurídica, como producto del sistema normativo, debemos interesarnos por los valores y por los contravalores de nuestra sociedad.

IV

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PRENSA. EL CASO EKMEKDJIAN. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Por el académico Dr. Jorge M. Mayer

Las corrientes doctrinarias y económicas inciden tormentosamente sobre las normas jurídicas. El mundo moderno ha sido modelado por varios y explosivos factores, los telares a lanzadera, la pólvora, la caldera a vapor y la prensa.

Particularmente la prensa ha ejercido una influencia peculiar sobre la cultura y el espíritu de los pueblos, que se acentúa en estos años. Pero si la prensa ha gravitado inicialmente sobre los procelosos dramas institucionales a veces para bien y otras veces para mal, a su vez las normas institucionales han gravitado y gravitan sobre la prensa, su vigencia y desarrollo.

En estos años las rivalidades políticas y las crisis económicas le han sumado millares de inquietos lectores y han ampliado su irradiación. Pero se ha visto encuadrada, a menudo, por dos vallas, la primera la vara de los gobiernos a los que es difícil disgustar y la segunda el aporte de los avisos, que son su indispensable base financiera.

Los grandes avances técnicos, la velocidad de las rotativas y sus complementos, la radio, la televisión y los satélites, han modificado su curso y abierto nuevos interrogantes. Recientes episodios de zarzuela y la trascendencia que ha tenido el fallo dictado por la Corte Suprema de la Nación en el caso Ekmekdjian, aconsejan un cuidadoso examen del rol tan necesario de la libertad de prensa en nuestros días.[1].

1 He examinado hace bastantes años este tema en mi estudio *El Derecho Público de prensa*, que formó parte de las investigaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, en el año 1944, y desde entonces algunos elementos han cambiado.

El derecho de prensa se difundió desde mediados del siglo XVIII, por el impulso de un liberalismo depurador y reformista. Convergieron dos factores, el primero de orden técnico con el crecimiento de las imprentas de tipos movibles, que permitió la multiplicación de los ejemplares, y el segundo por la pujanza de la cultura industrial y el nuevo concepto de los derechos de los ciudadanos.

Se trata de un tema jurídico que ha sido metódicamente estudiado, de modo que las discusiones que han aparecido sobre su alcance en los últimos meses, en defensa de una total libertad de prensa, revelan una curiosa falta de información.

Basta hojear los tratadistas franceses y norteamericanos para descubrir las preclaras doctrinas en que se apoyan, su filosofía, su experiencia y sus alcances valederos [2].

Sustancialmente la prensa es un medio mecánico y como tal puede transmitir indiferentemente ideas fecundas y tentadoras toxinas. Por eso difunde las más variadas informaciones episódicas y las doctrinas institucionales de moda, independientemente de su valor.

Sus funciones, en teatros a menudo inclementes, suelen ser ríspidas y hasta cuenta con encomiables mártires. El maniqueísmo, el narcisismo, las presiones políticas y econó-

2 BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, 1825; CHAFEE, *Freedom of speech*, 1920; *Free speech in the United States*, 1941; COOLEY, *A treatise on the Constitutional Limitations*, 1927; CUMMINGS, *The press and a changing civilisation*, 1936; DE LOLME, *The constitution of England*, 1834; FISCHER and STRAHAN, *The law of the press*, 1981; HALE and BENSON, *The law of the press*, 1933; LIPPMANN, *Liberty and the news;* NEWELL and NEWELL, *The law of slander libel*, 1921; PATTERSON, *Free speech and free press*, 1939, y entre los franceses, BATBIE, *Traité theorique et pratique de droit publique et administrative*, 1904; CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1846; FABREGUETTES, *Traité des delits politiques et des infractions par l'écriture, la parole et la presse*, 1901; LE POITTEVIN, *Traité de la presse, reglamentation de l'imprimerie de la librairie, de la presse periodique et du colportage et des infractions commises par l'impression, l'écriture et la parole*, 1904; MARTIN, *Le droit de réponse et de critique en matiére litteraire, dramatique et artistique*, 1922; VAUTAR, *De la nature et de l'éntendue du droit de réponse en matiére de presse*, 1925, y las publicaciones que figuran en los "Anales" de la Academia sobre este tema.

micas, traban a menudo su labor con graves perjuicios sociales.

La transmisión de los acontecimientos históricos y de los grandes principios filosóficos se efectuó en los albores por medio de papiros, pergaminos y piedras talladas, que cumplían el mismo fin rememorativo, pero con menores alcances. Sin embargo, las señeras ideas que aparecieron en el mundo, desde Aristóteles, hasta el Sermón de la Montaña, fueron infinitamente más valiosas que aquellas que se derraman en nuestros días gracias al ingenio comercial de Gutemberg.

Merecen recordarse los pequeños y vibrantes folletos que abrieron el horizonte mental de los ciudadanos del siglo XVIII y levantaron los ejércitos de la Independencia en las colonias americanas, el *Contrato Social* de Rousseau (1762), y el *Common Sense* de Thomas Payne (1776), la *Carta a los españoles americanos* del jesuita Juan Pablo Vizcardo y Guzmán (1792) y años después las *Tablas de sangre* de Rivera Indarte (1843), el *Facundo* de Sarmiento (1845) y *Bases* de Alberdi (1852), que a pesar de su reducido tiraje, influyeron metamórficamente en la formación de la Argentina moderna.

Evidentemente, las monarquías europeas y el *establishment* trataron de resguardarse hasta el siglo XIX de los riesgos que conllevaba ese nuevo clima e impusieron una censura, generalmente laxa, para mantener el orden y proteger sus privilegios. Por eso, el primer embate de las corrientes liberales fue demoler la barrera que frenaba las ambiciones políticas de las nuevas generaciones.

Abusos aparte, el ejercicio de la censura tuvo como consecuencia, en el terreno social, impedir a los ciudadanos que disgustaran con sus reclamos a los gobernantes. Pero como las aguas estancadas, engendró toda clase de bacilos. En el orden político impidió a los ciudadanos controlar la conducta de los funcionarios y transmitirles francamente sus reclamos, en unos días en que la revolución industrial cam-

biaba hondamente el juego de las fuerzas económicas. Como consecuencia, los monarcas quedaron aislados en un invernáculo, donde sólo penetraban los personajes palaciegos, que no fueron siempre los más idóneos.

En cambio, cuando la prensa se vio liberada del tamiz de la censura, pudo actuar como un eficaz contrapeso. Evitó que la adulación de los cortesanos embriagara a los monarcas y disipó los espejismos del poder. Los mantuvieron despiertos en contacto con los pueblos y los salvaron de irreparables errores. El silencio conduce fatalmente a la ineptitud y a la corrupción.

El Conde Mirabeau expuso los fundamentos de la libertad de prensa en un folleto, que publicó el año 1788 y tituló *De la liberté de la presse, imité de l'anglais Milton,* donde reclamaba el derecho de discutir libremente los asuntos que debían ser sometidos a los Estados Generales convocados por Luis XVI.

> "Si Roma hubiera conservado la independencia del pensamiento a pesar de las proscripciones, el lujo corruptor y todas las causas que se unieron para minar el vasto edificio de la grandeza romana, no se hubiera convertido jamás en el oprobio de las naciones, jamás hubiera sufrido el yugo de los monstruos que la encadenaron y la envilecieron." [3]

El Estado de Virginia, en la Declaración también de 1788, exigió que se ampliara la Constitución Federal y se protegiera con firmeza la libertad de prensa:

> "El pueblo tiene el derecho a la libertad de palabra y de escritura y de publicar sus sentimientos, porque la libertad de prensa es uno de los mayores baluartes de la libertad y no debe ser violada" [4].

3 *Oeuvres de Mirabeau,* 1881, vol. 3, 284.
4 WARREN, *The making of the constitution,* 1928, 769.

La Revolución Francesa derogó con júbilo la censura, pero la reemplazó por la guillotina, que aplicó profusamente a los vecinos mal pensados, con resultados deprimentes.

La Constitución Argentina de 1853, fruto de las mismas doctrinas, declaró en el artículo 14 que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de publicar sus ideas sin censura previa, pero conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

En el Congreso Constituyente, el diputado Gorostiaga precisó el alcance de esta norma, con las siguientes palabras:

> "Que con respecto a la libertad de cultos y a la de escribir por la prensa será reglamentado su ejercicio por una ley del Congreso, según la expresión textual del artículo en discusión" [5].

Las referencias son breves, pero dentro de su brevedad, quedó claramente establecido que el giro de la prensa debía ser reglamentado por una ley del Congreso [5a].

La prensa ha evolucionado espectacularmente en los últimos años. Los periódicos del siglo XIX eran redactados por algunos literatos románticos, que soñaban con transformar la sociedad y se reducían a un par de hojas toscamente impresas, que transcribían esotéricos artículos doctrinarios y algunas vanidosas anécdotas cortesanas. Aparecían esporádicamente, los autores eran conocidos y su tiraje alcanzaba a unos pocos centenares de ejemplares.

Se han diversificado las publicaciones, al lado de las revistas de los centros científicos y culturales, dedicadas a pequeños cenáculos, han surgido unos poderosos gigantes, las cadenas de periódicos adosadas a las estaciones de radio y a los canales de televisión, con tirajes de millones de ejem-

5 *Asambleas Constituyentes*, t. 4, 509.

5a CARLOS A. ADROGUÉ, *Sobre la libertad de expresión*, Academia Nacional de Derecho, Nº 10, 19, 23.

plares, que se derraman diariamente sobre la mente de los inocentes ciudadanos.

Es un error fundamental creer que las ideologías han muerto. Las ideas han sido y son el impulso vital de la humanidad. Algunas nacieron, maduraron y con el tiempo fueron desplazadas por otras, más acordes con el clima. Pero las ideas fundamentales de nuestra civilización continúan intactas a través de los siglos.

Esto no impide que, en un nivel menor, los pueblos atentos a los menesteres diarios se hayan vuelto pragmáticos.

Más que la lectura de la *Razón Pura* o del *Capital,* les interesa el costo de la canasta familiar, el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad, las obras sanitarias, la provisión de electricidad y gas, que los trenes y los colectivos cumplan sus horarios, que las escuelas enseñen, que los hospitales tengan vendas, que los gobiernos actúen como razonables administradores de los dineros de los contribuyentes.

El desarrollo de las industrias, el auge desenfrenado de la publicidad, han cambiado el escenario. Pero un artículo publicado por Albert Einstein en los *Annalem der Phisique* en 1906, ha tenido más trascendencia para la cultura occidental, que todas las cotizaciones bursátiles y las reseñas deportivas brindadas generosamente por los mayores periódicos.

El precio de las rotativas, el costo de los servicios informativos, los gastos de personal, se han vuelto tan elevados, que se requieren enormes capitales para lanzar un periódico y luego recursos incontables para mantenerlo. Quijotes y aventureros, de todo hay en las viñas del Señor. El apostolado se ha transformado muchas veces en una industria cuidadosa de su clientela publicitaria.

El funcionamiento de estas empresas es cada día más complejo. La publicidad es una nueva Diosa, en el Olimpo de los negocios, que premia con sus dones a los fieles y sepulta en un precipicio a los herejes.

Los filósofos románticos se han convertido en importantes hombres de negocios. Por decisivos factores económicos, el ejercicio del derecho de prensa ha dejado de ser un atributo del ciudadano común.

La aparición de nuevas formas del periodismo, la influencia que ejerce sobre la vida política y sobre la vida comercial es tan persistente, que plantea otros e imprevistos interrogantes. Una noticia puede causar un pánico bancario o lanzar el país a la guerra. La fuerza de las circunstancias ha exigido la sanción de nuevas normas, que reglamenten el ejercicio legítimo e indispensable de un derecho que está al alcance de pocos, pero que afecta los intereses de todos [6].

Si la eliminación nominal de la censura ha sido un adelanto, los ciudadanos tienen el derecho correlativo de ser informados objetivamente de los hechos que servirán de base a sus decisiones. Es necesario impedir que sean víctimas de otra censura, como sucedería si los periódicos pudieran manipular la opinión pública mediante informaciones arbitrarias, el peligroso *trial by the press* [7].

Los escritores de corte liberal son los que han reclamado con más insistencia el control de las informaciones periodísticas, para garantir su veracidad. Estos escritores distinguen las funciones informativas que sólo deben transmitir datos fehacientes y seriamente verificados, de las funciones críticas que disponen de más latitud [8].

Los peligros son conocidos. Hace pocos años hemos visto a los pueblos más cultos de Europa, fanatizados por la propaganda, arrojarse a un abismo. ¡El mundo acaba de saber, con asombro y repulsión, que tres periodistas de un canal de televisión norteamericano habían sido detenidos en San-

6 FABREGUETTES, t. 2, 127; LIPPMANN, *Liberty*, 5; CUMMINGS, 40; JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Los efectos de las informaciones inexactas o agraviantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, "Anales", Nº 27, 49.

7 LIPPMANN, *Public opinion*, 30; *Liberty and the news*, 63.

8 LIPPMANN, *Liberty and the news*, 5, 12, 40, 76; BERTRAND RUSSELL, *Free tought and official propaganda*, 1922, 44; ESTRADA, *Misceláneas*, vol. II, 1904, 72.

to Domingo, por pagar a unos jóvenes carenciados para que arrojaran piedras al Papa y filmar la escena! [9]

Las funciones propias de la prensa son conocidas. En primer lugar, y ésta es la más importante, ha facilitado la difusión de los conocimientos científicos y literarios por todos los ambientes y ha propendido meritoriamente al desarrollo de la cultura [9a].

En segundo lugar, es el medio por el cual los ciudadanos pueden expresar a los gobernantes, tanto sus quejas como sus sueños. El ejercicio fluido de este derecho se deriva en los países republicanos de su propia estructura, puesto que éstos son simples mandatarios de los pueblos.

El deán Funes, al presentar a la Junta Superior de Gobierno el Reglamento sobre la libertad de imprenta, el 20 de abril de 1811, decía que:

> "Empeñado nuestro gobierno en multiplicarnos testimonios del infatigable celo y desinterés con que propende y adopta todo cuanto puede conducir a la mayor ilustración, y por su medio a la libertad y felicidad de los pueblos y provincias de su comprensión, ha resuelto de una vez romper esas vergonzosas cadenas y que hasta aquí se han visto cautivos hasta los mismos pensamientos" [10].

En tercer lugar, autoriza a los ciudadanos a verificar la conducta del gobierno. Les permite observar si los funcionarios cumplen con la tarea que les fue encomendada, el acierto de sus decisiones y la rectitud de sus procederes.

Story, en sus *Comentarios a la Constitución norteamericana*, enseña:

> "Nadie puede dudar de la importancia, en un gobierno libre, del derecho de discutir e investigar los ac-

9 "La Prensa", 19 de octubre de 1992.

9a FEDERICO VIDELA ESCALADA, *La protección jurídica de la vida privada frente a las actividades del Estado y a las modernas técnicas de la informática*, "Anales", Nº 24, 174.

10 "Revista Extraordinaria de Buenos Aires", del 22 de abril de 1811.

tos realizados por los funcionarios públicos y la tendencia de las medidas públicas que adopte, del derecho de censurar audazmente la conducta de los gobernantes y de examinar íntimamente la política y los planes de gobierno. Esta es una gran seguridad para el mantenimiento de un gobierno libre" [11].

En cuarto lugar, permite a los ciudadanos proteger eficazmente sus derechos personales, frente a los errores y a los abusos a que son proclives tantos gobiernos [12].

En quinto lugar, permite a los ciudadanos colaborar con la administración, sugiriendo a los funcionarios las medidas que deben aplicar, para mejorar el bienestar de la sociedad. De Lolme dice:

> "Gracias a este procedimiento, una Nación entera se reúne en consejo y delibera de una manera regular y precisa. Gracias a su ayuda todos los hechos se esclarecen a través del choque de las distintas preguntas y réplicas, se disipan las confusiones y prevalecen los argumentos serios" [13].

El ejercicio del derecho de prensa tiene en estos años una acuciante importancia por su gravitación en la formación de la opinión pública. Particularmente, el avance de las técnicas publicitarias, basadas en las normas iniciales de Pavlov, tienden en algunos casos a rebajar a los pueblos al nivel mental de un hato de mandriles. Hemos visto en nuestros días aplicar las mismas técnicas psicológicas a las más complejas cuestiones de estado, que para la venta de cigarrillos [13a].

Así, esas técnicas sirvieron, entre nosotros, para hacer más paladable, por medio del plebiscito de 1985, el Tratado sobre el Beagle y sus gravosas consecuencias.

11 *Comentarios*, t. II, 1858, 674.
12 "Gaceta Extraordinaria", 22 de abril de 1811.
13 DE LOLME, 262.
13a JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *La informática y la protección del secreto de la vida privada*, "Anales", Nº 24, 286.

Naturalmente que el derecho de prensa, como todos los derechos en un mundo vecinal, es limitado. Se encuentra circunscripto por otros derechos igualmente respetables. Primeramente, por el derecho de las personas privadas a su buen nombre y honor y luego del Estado a resguardar el orden y la moral pública. Blackstone en sus *Commentaries on the laws of England,* formuló la doctrina clásica sobre la libertad de prensa:

> "La libertad de la prensa, propiamente entendida, es esencial a la naturaleza de un estado libre; pero ésta consiste en no establecer una censura previa de las publicaciones y no exceptuarlas de la aplicación de las leyes criminales, después de hecha la publicación. Todo hombre libre tiene un derecho incuestionable de exponer ante el público los sentimientos que le agraden, prohibirlo sería destruir la libertad de la prensa. Pero si publica lo que es impropio, dañino e ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad" [14].

Batbie enseña que "no existe ningún espíritu sensato que reclame un derecho sin límites, la más completa irresponsabilidad para el escritor y los más ardientes defensores de esta libertad reconocen que la libertad tiene un límite". Story, al comentar la enmienda primera de la Constitución norteamericana, declara que "sostener que esta disposición pueda garantir a todos los ciudadanos el derecho absoluto de escribir o imprimir lo que deseen, sin ninguna responsabilidad pública o privada, es una pretensión tan absurda que no puede ser discutida seriamente" [15].

El Juez Holmes, en un famoso fallo, expresó que el derecho de palabra no autorizaba a que se vociferara en

14 BLACKSTONE, t. IV, cap. XI, 1825, 150.

15 BATBIE, *Traité,* t. 2, 1885, 109; STORY, t. 2, 667; ENRIQUE RAMOS MEJÍA, *La libertad de prensa y ofensas al honor,* "Anales", Nº 24, 19; ADROGUÉ, "Anales", Nº 10, 24.

un teatro colmado de público que había estallado un incendio.

Cooley, a su vez, enseña que la libertad de prensa consiste en el derecho de discutir libremente las medidas del gobierno, pero no autoriza las publicaciones sediciosas u obscenas:

> "La libertad constitucional de palabra y de prensa, en la forma que entendemos nosotros, implica para todos los ciudadanos el derecho de publicar libremente todo lo que les plazca, salvo en aquellos casos en que esas publicaciones constituyan una ofensa al orden público por su carácter de blasfemia, obscenidad o escándalo, o que perjudiquen a las personas privadas, la reputación o los intereses económicos de los particulares" [16].

La Comisión para las Comunicaciones Sociales del Episcopado, la Liga de Amas de Casa y la Fundación Argentina del Mañana, justamente alarmados, han condenado severamente "la avalancha de inmoralidad y violencia que vierte la televisión sobre sus espectadores". Hasta el Comité Federal de Radiodifusión (Comfer), tan tolerante, ha objetado la difusión por televisión de las imágenes del libro *Sex* con "el fin de lograr ventas masivas en el país" y luego la actuación de una vistosa vedette [17].

Los grandes protagonistas nacionales, los hombres que implantaron estas instituciones, han trazado con precisión los límites del derecho de prensa. Alberdi, en el folleto titulado *Cartas sobre la prensa y la política militante de la República Argentina,* del año 1853, decía:

16 Tomo 2, 885.

17 "La Prensa", 8 y 9 de abril; 23 y 25 de octubre; 9 y 11 de noviembre; 16 de diciembre de 1992, el caso "Casan", dictamen del Episcopado sobre "el auge permanente de la inmoralidad"; "La Prensa" 28 de diciembre de 1992, las críticas del ex Presidente Alfonsín del mismo tenor, la chabacanería, "La Prensa", 30 de enero de 1993.

"La prensa que subleva las poblaciones argentinas contra su autoridad, haciéndoles creer que es posible acabar en un día con esa entidad indefinida y pretende que con sólo destruir a este o aquel jefe es posible realizar la República representativa, desde el día de su caída, es una prensa de mentira, de ignorancia y de mala fe... La prensa sudamericana tiene sus caudillos, sus gauchos malos... Tenemos la costumbre de mirar la prensa como el terreno privativo de la libertad, y a menudo es el refugio de las mayores tiranías, campo de indisciplina, de violencia y de asaltos vandálicos" [18].

En su obra *Complicidad de la prensa en las guerras civiles de la República Argentina,* del mismo año, Alberdi critica con severidad a los periódicos difamatorios. Niega que la prensa sea un ídolo "sagrado, divino, infalible e inmaculado", superior a la paz y a la ley.

Sostiene que no se puede ser amigo de la libertad y ejercer la detracción y el libertinaje. Advierte que la tiranía de la pluma es el preludio de la tiranía de la espada. El atentado escrito anuncia el desorden, la insurrección y desemboca en el despotismo. La prensa, como la pólvora y como el arsénico, es una fuerza y su empleo, bueno o malo, decide de su moralidad. Tampoco es el único de los bienes que sustentan el orden social. Antes de ella se encuentra la vida, la seguridad, la paz, la propiedad y las instituciones [18a].

Las mismas críticas formulaba Facundo Zuviría en un estudio titulado *La prensa periódica,* el año 1857. Carlos Tejedor, en el *Curso de Derecho Criminal* publicado en 1860, agregaba:

18 ALBERDI, *O. C.*, t. 4, 17, 20, 80, también "Complicidad de la prensa en las guerras civiles de la República Argentina", *O. C.*, t. 4, 99.
18a ALBERDI, *O. C.*, t. 4, 100, 102; t. 8, 362.

"Son abusivos en general los impresos que atacan la religión del Estado, que excitan la sedición o a transformar el orden público o a desobedecer las leyes o a la autoridad del país, los que aparecen obscenos, contrarios a la moral u ofensivos al decoro o decencia pública, los que ofenden con sátiras el honor o reputación de algún individuo o ridiculicen su persona o publiquen defectos de su vida privada, designándole por su nombre y apellido, o por señales que induzcan a determinarlo, aun cuando el editor ofrezca probar dichos defectos. Los impresos pues, que contienen injurias contra personas privadas, son abusivos siempre y no podría excepcionarse el acusado con la verdad; pero de esta disposición están exceptuados los impresos que solo se dirijan a denunciar o censurar los actos u omisiones de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones" [19].

El Presidente Sarmiento, en el mensaje que dirigió al Congreso el año 1864, denunció con vehemencia los excesos de la prensa y pidió que se los sancionara para resguardar la tranquilidad pública.

"Sería una complicidad culpable del gobierno si guardase silencio sobre el desafuero y la procacidad a que han llegado ciertas publicaciones periódicas. El lenguaje de la prensa argentina es único hoy en la tierra y es peligrosísimo para los pueblos, proclamando la revolución, sin recato alguno, inventando las calumnias más atroces contra los altos funcionarios públicos, esparciendo noticias falsas en un momento de peligro, patrocinando la resistencia a las autoridades constituidas, excitando contra ellas el desprecio o el odio y abogando por los rebeldes en armas declarados tales por el Congreso... nuestra Constitución prohíbe al Congre-

19 *Curso*, 265.

so restringir la libertad de imprenta. Pero esta libertad no está como ninguna otra libertad humana en oposición y fuera de los límites de las leyes" [20].

Nicolás Avellaneda, en un estudio titulado *La ley de imprenta,* del año 1867, examinaba una ley dictada por la Provincia de Buenos Aires unos años atrás y declaró que la libertad de imprenta no constituía un derecho intangible y podía ser reglamentado con el fin de evitar que atacara la reputación de las personas privadas o comprometiera la tranquilidad pública [21].

Ya Presidente, dirigió un mensaje al Congreso, el año 1876, para condenar los excesos cometidos por la prensa y proponer una ley que encauzara las polémicas políticas.

> "La Constitución ha organizado un gobierno con todas las facultades necesarias para su sostén, en la paz por la vía pacífica de la justicia y en la guerra por las armas; y no es cierto que haya querido destruir su obra dejando a su frente otro gobierno antagonista: el gobierno de la procacidad anónima y la demagogia altanera, que levanta con ostentación su tribuna".

Eduardo Costa, en un discurso pronunciado en la Cámara de Diputados el año 1868, señalaba que la Constitución solo había eliminado la censura previa, "pero jamás puede establecerse, de un modo absoluto, que ni en tiempo de paz, ni en tiempo de guerra sea lícito a todo individuo publicar cuanto se le venga a la imaginación, con perjuicio de los intereses particulares, de la familia y de la sociedad... Si este individuo ataca los derechos de un tercero, si compromete los derechos de la sociedad, debe ser llevado ante los jueces naturales y ser castigado" [22].

20 SARMIENTO, *O. C.*, t. 51, 397.

21 AVELLANEDA, *O. C.*, t. 10, 66, también *Mensaje*, de 1876; *O. C.*, t. 12, 69.

22 "Diario de Sesiones", 1868, 79.

El Ministro de Justicia Onésimo Leguizamón, en la Memoria presentada al Congreso Nacional el año 1876, denunció los trastornos que causaban los excesos de la prensa y la necesidad de ponerles un freno.

> "Suprimir la libertad de prensa, ahogarla, hacer el silencio en torno de los gobiernos y los partidos, sería entonces un atentado. Dejar que la prensa se desborde impunemente, sin respeto ni por la verdad, ni por la Patria, ni por la ley, ni por las autoridades que ésta ha creado, sería una demencia. ¿Por qué ha de ser la prensa un instrumento privilegiado para hacer el mal impunemente? ¿Por qué, si es un crimen el dicho injurioso o la afirmación anárquica de un hombre en cualquier forma, ha de ser un acto lícito propagar diariamente iguales o mayores dicterios en millares de hojas impresas que la malicia, la ignorancia o el odio, llevan por todo el país, como una tea de difamación o descrédito?" [23]

El Presidente Julio A. Roca, con la firma del Ministro de Justicia Eduardo Wilde, remitió al Senado el 10 de agosto de 1886, un mensaje con un detallado proyecto. Decía entonces:

> "La necesidad de reglamentar la libre emisión del pensamiento por la prensa y otros medios de publicidad, se hace ya imperiosa... Los habitantes de la República tienen todos iguales derechos e iguales deberes; ni la Constitución ni la ley crean privilegios... Los habitantes del país ajenos a la prensa tienen también sus derechos; ellos deben ser respetados en su reputación, en su crédito, en su buena fama y en todo lo que afecta a la tranquilidad de su hogar... El propietario de un diario puede herir cada día a su adversario en tanto que a éste sólo le es dado responder con

[23] *Memorias*, 1876, XVIII.

desventaja y de un modo excepcional y limitado. La sociedad acata y considera a la prensa culta y honrada, pero no cualquier hoja impresa puede reclamar tales homenajes. La opinión pública distingue el diario moral y civilizador, del violento libelo que mendiga el favor popular exhibiendo deformidades sociales, simulando faltas execrables en sus víctimas o halagando las pasiones morbosas de una parte del pueblo" [24].

El artículo 14 de la Constitución se refiere objetiva y limitadamente al derecho de "publicar sus ideas por la prensa", publicar ideas y no informaciones falsas, inexactas o maliciosas, befas, denuestos y agravios que forman una categoría esencialmente distinta y contraria al buen orden social.

Merece recordarse que Wilde ya indicaba que la prensa había abandonado, en muchos casos, su misión doctrinaria para transformarse en una industria.

Los mismos principios exponían Luis V. Varela, desde 1872, Aristóbulo del Valle, en un discurso que pronunció en el Senado el 11 de septiembre de 1886, José María Moreno en el estudio sobre los *Abusos de la libertad de imprenta* del año 1882, Eduardo L. Bidau en una conferencia sobre los *Delitos de imprenta* de 1886 y Osvaldo Piñero en otra obra titulada *Delitos de imprenta* del año 1889 [25].

José Manuel Estrada, en el Curso de *Derecho Constitucional, Federal y Administrativo* de 1895, enseñaba que la prensa era un valiosísimo instrumento para difundir la cultura entre los pueblos más lejanos, examinar las doctrinas sociales y permitir a los ciudadanos fiscalizar la conducta de los gobernantes. Pero a pesar de estas virtudes, la prensa, como todo instrumento, podía caer en manos inescrupulo-

24 *Mensaje y proyecto de ley sobre publicaciones*, 1886.
25 VARELA, *Facultad de las Cámaras Legislativas para arrestar por desacato*, 1878, 61; *Apuntes de Derecho Constitucional*, 1896.

sas y ser utilizada con fines perversos hasta convertirse en una fuente de corrupción y escándalo [25a].

Joaquín V. González, en el *Manual de la Constitución Argentina,* expresa que la libertad de prensa está limitada por la moral, el orden público y el derecho de los terceros. Posteriormente, en un comentario que escribió sobre la ley de Seguridad Social Nº 7029, declaró que esa libertad no podía servir de pretexto para socavar las instituciones o para instigar a que se realizaran cambios políticos por medios violentos [26].

José Nicolás Matienzo, en un dictamen que pronunció en el caso de "Carlos M. Segovia c/Gregorio Orellana" F.S.C., vol. 128, 202 afirmó que la libertad de prensa no es absoluta y que los abusos que se cometen por su intermedio, como son los artículos indecentes y las publicaciones ofensivas a la moral pública o la reputación de las personas privadas, deben ser castigados por las leyes penales.

Desde los primeros años, las turbulencias políticas, las pasiones primarias, indujeron a los gobiernos a dictar sucesivas disposiciones para encauzar la propaganda, a veces desaforada, de los periódicos y serenar la vida cívica.

Así, la Junta de Mayo sancionó el Reglamento del 20 de abril de 1811. En sus fundamentos el Deán Funes aclaraba que "la libertad a que tiene derecho la prensa no es a favor del libertinaje de pensar, es sí a favor de la ilustración y aquel albedrío que debe usar el hombre, como el más privilegiado de sus bienes". En el artículo 4º condenaba:

> "Los libelos difamatorios, los escritos calumniosos, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres" [27].

Bajo el gobierno del General Martín Rodríguez, la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires dic-

25a ESTRADA, 70 a 93.
26 *O.C.*, t. XI, 619; t. XII, 371.
27 "Gaceta Extraordinaria" del 22 de abril de 1811.

tó la ley del 4 de marzo de 1821 para frenar al "escandaloso abuso con que se ha conducido la libertad de la prensa en algunos papeles y periódicos (especialmente en los del Padre Castañeda) ofendiendo la decencia pública, violando los más sagrados respetos, burlando a las autoridades, presentando en ridículo la conducta de los magistrados del país y atropellando de un modo nunca visto las personas de carácter y opinión bien establecida con imputaciones indecentes, groseras y calumniosas, hasta el extremo de penetrar en los secretos recónditos de la vida privada de los ciudadanos" [28].

Pocos años después, bajo el gobierno del Coronel Dorrego, la Junta de Representantes dictó el 8 de mayo de 1828 una nueva ley más amplia. En el artículo 1º declaraba:

> "Son abusivos de la libertad de prensa los impresos que ataquen la religión del Estado, que exciten a sedición, o a trastornar el orden público, o a desobedecer las leyes o a las autoridades del país, los que aparezcan obscenos, contrarios a la moral u ofensivos del decoro y de la decencia pública, los que ofendan con sátiras e invectivas al honor y reputación de algún individuo, ridiculicen su persona o publiquen defectos de su vida privada, designándolo por su nombre o apellido, o por señales que induzcan a determinarlo, aun cuando el editor ofrezca probar dichos defectos" [29].

Bajo la pesada vara del Gobernador Juan Manuel de Rosas, la Junta de Representantes aprobó el decreto del 24 de diciembre de 1829, que calificaba de libelos a las publicaciones que habían aparecido desde el 1º de diciembre de 1828 y hubieran atacado a los personajes del partido oficial. Francamente partidista decía:

28 AURELIO PRADO Y ROJAS, *Leyes y decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires de 1810-1876*, t. II, 102.

29 MIGUEL ALFREDO HERRERA, *Represión de los delitos de imprenta en la Provincia de Buenos Aires*, "Boletín del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho", 1933, 775 y 919.

"Se declaran libelos infamatorios y ofensivos de la moral y decencia pública, todos los papeles dados a luz por las imprentas de esta ciudad, desde el 1º de diciembre de 1828 hasta la Convención del 24 de junio último, que contengan expresiones infamantes o en algún modo injuriosas a las personas del finado Gobernador de la Provincia Coronel D. Manuel Dorrego, del Comandante General de Campaña Coronel D. Juan Manuel de Rosas, de los Gobernadores de las Provincias, de los beneméritos patriotas que han servido en la causa del orden, de los ministros de las naciones amigas, residentes en ésta, o de cualquier otro ciudadano o habitante de la Provincia" [30].

Un acuerdo del Gobernador Delegado, del 3 de octubre de 1831, firmado por Tomás Manuel de Anchorena, prohibió, con mejor juicio, la venta de libros y pinturas que ofendieran la moral evangélica y las buenas costumbres [31].

El General Rosas dictó, el 1º de febrero de 1832, un nuevo decreto, que encomiaba la necesidad de apaciguar los espíritus, para lo cual sometía a las imprentas y a los periódicos al control oficial y justificaba esta medida en la siguiente forma:

"Que debiendo ser los periódicos públicos antorchas luminosas para poner en claro a los pueblos y a los gobiernos, los caminos de la justicia y verdadera felicidad, se hace con ellos un tráfico vergonzoso, las más veces de interés y lucro convirtiéndolos en teas de discordia y alarma, para encender los ánimos, crear resentimientos, fomentar animosidades, suscitar discusiones, poner a los pueblos en continua agitación, corromper las costumbres y a costa de la moral pública. del honor del país y de la tranquilidad de sus habitantes saciar la avaricia de sus autores" [32].

30 Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 1829, 137.
31 Registro Oficial de la Provincia, 1831, 76.
32 Registro Oficial de la Provincia, 1832, 13.

Caído el General Rosas el 3 de febrero de 1852, en Caseros, el Gobernador de la Provincia Vicente López y Planes, con la firma de su Ministro Valentín Alsina, dictó el decreto del 27 de febrero para restablecer la ley de prensa de 1828. Pero ante los desórdenes provocados en esas días por los sucesores de Rosas, dictó el 1º de julio otro decreto, con la firma de su Ministro de Gobierno Juan María Gutiérrez, que imponía la censura "de lo que se llaman cuestiones de política doméstica y de polémica personal, materias que generalmente las prensas abandonan a las pasiones del individuo" [33].

Las disposiciones de la ley de 1828 volvieron a fracasar porque no se lograba reunir a los jurados para entender en estos casos. Ante la necesidad de detener la violencia de las campañas periodísticas, los diputados Bartolomé Mitre, Rufino de Elizalde y Rafael Trelles presentaron el 1º de junio de 1857, un proyecto de ley que sometía los delitos de injuria cometidos por medio de la prensa a los Tribunales comunes. Aprobado por la Legislatura, el Gobernador Valentín Alsina la promulgó el 17 de septiembre [34].

El Gobernador Adolfo Alsina y su Ministro de Gobierno Nicolás Avellaneda presentaron, en el año 1867, un proyecto de ley que restablecía el juicio por jurados para los delitos de prensa. En sus principales disposiciones condenaba:

> "2º) Los que provocan a la desobediencia de la Constitución, de las leyes y de las autoridades por ellas establecidas en el ejercicio de sus facultades legítimas.
>
> 3º) Los contrarios a la decencia pública, a las buenas costumbres y a la moral y los que provoquen a cometer una acción calificada como delito por las leyes.
>
> 5º) Los que publiquen defectos de la vida privada, los que contengan invectivas o denuestos, tendien-

33 PRADO Y ROJAS, t. 4, 124; Registro Oficial, 1852, 96.
34 PRADO Y ROJAS, t. 5, 314.

tes a excitar el odio o el menosprecio de los demás hacia el injuriado, o la imputación de un vicio moral o de un defecto físico, que retraiga o aparte a los demás de las relaciones de sociedad con el individuo a quien se dirige" [35].

El proyecto de ley del Presidente Roca y de Eduardo Wilde, del año 1886, condenaba particularmente:

"1º) Las publicaciones en que se excite a violar la Constitución Nacional o a desobedecer las leyes del Congreso, o a trastornar el orden público, o ejercer violencias contra las corporaciones o instituciones públicas.

6º) Los impresos, grabados, litografías, fotografías, pinturas, láminas, dibujos o emblemas contrarios a la moral y a las buenas costumbres, sin que esto importe impedir la acción que corresponda a la Municipalidad según sus ordenanzas" [36].

Los conflictos sociales derivados de las nuevas industrias, el auge de los atentados contra los Jefes de Estado, las bombas, impusieron otras modificaciones. La ley de Defensa Social Nº 7029, del 27 de julio de 1910, condenaba "al que verbalmente, por escrito o por impreso o por cualquier otro medio haga públicamente la apología de un hecho o del autor de un hecho que la ley preve como delito".

Por su parte, el Código Penal de 1921 impuso nuevos límites al derecho de prensa, cuando sancionó en el artículo 49 y los artículos 109 a 114, los delitos de injurias y calumnias contra el honor; en el artículo 128 las publicaciones obscenas; en los artículos 155 y 156 la violación de secretos; en el artículo 169 las extorsiones; en el artículo 209 la instigación a cometer delitos y en el artículo 123 la apología del crimen [36a].

35 AVELLANEDA, *Obras Completas*, t. 10, 83.
36 MAYER, *El derecho público de prensa*, 224.
36a RAMOS MEJÍA, "Anales", Nº 24, 20.

Los intereses comerciales, el desarrollo de las industrias, impusieron más modificaciones. La ley 11.723 del 20 de septiembre de 1933, sobre la propiedad científica, literaria y artística, reglamentó detalladamente las actividades de la prensa, con el fin de proteger los derechos de los autores de discursos políticos o literarios, colaboraciones, reportajes, cartas, dibujos y grabados y el retrato fotográfico de las personas.

Uno de los debates más importantes sobre este tema fue el que se realizó en el Senado, en el año 1934, al tratar un proyecto de ley presentado por el Senador Sánchez Sorondo, bajo el título de *Ley de amparo de la prensa.* En la sesión del 7 de junio, el Senador Sánchez Sorondo fundó su proyecto y denunció que la prensa había llegado a ser por su influencia sobre la opinión pública un poder dentro del Estado. Pero a pesar de la trascendencia de su misión, numerosos periódicos se habían convertido en empresas mercantiles y algunos habían emprendido, en conocidas circunstancias, campañas notoriamente extorsivas. Señaló que la aparición de estas formas patológicas del periodismo, aconsejaban reglamentar con mesura su conducta, porque muchas veces amenazaban sin escrúpulos la vida privada de los ciudadanos [37].

El proyecto incluía el derecho de respuesta o rectificación. El Senado pasó el proyecto a una comisión integrada por los Senadores Sánchez Sorondo, Landaburu, Bruchmann, Sirrey y Palacios, que le introdujo importantes modificaciones. El Senado aprobó el proyecto de la Comisión el 28 de septiembre, pero la Cámara de Diputados lo archivó.

Los discursos pronunciados por los Senadores Sánchez Sorondo, Landaburu y Palacios, constituyen una valiosa contribución a este tema. Merece señalarse que los Senadores Alfredo Palacios y José Nicolás Matienzo se pronunciaron a favor del derecho de respuesta [38].

37 "Diario de Sesiones", 1934, t. I, 276.
38 Senado, "Diario de Sesiones", 1934, t. II, 49, 251.

Las facultades del Congreso para reglamentar la prensa, con el fin de proteger la salud pública, fueron confirmadas por la ley 12.331, del 30 de diciembre de 1936, sobre la profilaxis de las enfermedades venéreas. Esta ley en su artículo 16 dice:

> "Los diarios o periódicos que inserten publicaciones en que alguien se presente como especialista en enfermedades venéreas por medios secretos o métodos rechazados por la ciencia o prometa a plazo fijo curaciones radicales, u ofrezca cualquier tratamiento sin examen del enfermo, o anuncien instituciones de asistencia sin hacer figurar el nombre de los médicos que las atienden, recibirán por primera vez la orden de retirarlos y en caso de reincidencia serán pasibles de una multa de 100 a 1.000 pesos".

Con motivo de las polémicas que levantaba la guerra europea, el Poder Ejecutivo envió, el 5 de junio de 1940, un mensaje al Congreso pidiéndole que sancionara una ley, con el deseo de serenar el espíritu público y evitar que se comprometiera la neutralidad del país. Este proyecto en su artículo 3º decía:

> "Todo artículo o comentario o nota que se publique concerniente al conflicto entre las naciones referentes a la neutralidad de la Nación Argentina frente a aquéllas, será firmado por el autor, debiendo además ser insertada su traducción en idioma castellano cuando se trate de publicaciones impresas en el país en idioma extranjero. Las informaciones de agencias noticiosas llevarán la firma del jefe de la sección respectiva o autoridad responsable del diario o publicación" [39].

La Cámara de Diputados remitió el proyecto a la Comisión de Negocios Constitucionales, la cual introdujo algunas modificaciones. Fue examinado por la Cámara el 7

[39] Cámara de Diputados, "Diario de Sesiones", 1940 t. I, 272.

de junio y el Ministro del Interior denunció los disturbios que los excesos de la prensa provocaban en esos días. Aprobado por la Cámara, el Senado pasó a su vez el proyecto a su Comisión de Negocios Constitucionales. El senador Laurencena aclaró que la libertad de prensa no era ilimitada y que el interés público aconsejaba su aprobación. El Senado sancionó el proyecto con diversas modificaciones. Pero tampoco ese proyecto fue convertido en ley, porque la Cámara de Diputados no llegó a tratarlo y el Poder Ejecutivo optó por declarar el estado de sitio, de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución.

El Congreso sancionó, el 15 de noviembre de 1975, la ley 21.173, como artículo 1071 bis del Código Civil, para dar una nueva forma a la ley 20.889 del 17 de octubre de 1974. La ley 21.173 es de capital importancia, porque señaló el camino para la protección de las personas frente a las publicaciones descomedidas y así estableció:

> "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiera cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación" [39a].

Esta ley es, sin embargo, incompleta, porque no prevé sanciones físicas o pecuniarias suficientemente severas para detener firmemente los abusos, tan frecuentes, de este género.

El problema constitucional es claro. En este caso entran en conflicto dos normas; la primera, el derecho a pu-

39a RISOLÍA, "Anales", Nº 24, 312.

blicar las ideas, puesto que el texto constitucional sólo se refiere a las ideas y no a los esperpentos y la segunda, el derecho de las personas privadas a disfrutar de su buen nombre. Es evidente que cuando la primera norma invade el círculo trazado por la segunda, sin un motivo legítimo, comete una transgresión, que debe ser reprimida en bien de la paz social [39b].

En el gobierno del General Videla se dictó, el 15 de septiembre de 1980, la ley 22.285 de Radiodifusión y para su control se creó el Comité Federal de Radiodifusión (Comfer) ("Anales", 1980-D-2902), particularmente importante. En su artículo 16 dice:

> "Las emisiones de radiodifusión no deben perturbar en modo alguno la intimidad de las personas ni comprometer su buen nombre y honor. Quedan prohibidos los procedimientos de difusión que atenten contra la salud o estabilidad psíquica de los destinatarios de los mensajes o contra su integridad moral".

El artículo 18 dice:

> "La libertad de información, tendrá como únicos límites los que surgen de la Constitución Nacional y de esta ley. La información deberá ser veraz, objetiva y oportuna. El tratamiento de la información por su parte deberá evitar que el contenido de ésta o su forma de expresión produzca conmoción pública o alarma colectiva. La información no podrá atentar contra la seguridad nacional ni implicar el elogio de actividades ilícitas o la preconización de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones. Las noticias relacionadas con hechos o episodios sórdidos, truculentos o repulsivos,

39b JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, 1986, 30, 101, 120, 162; JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, *Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión*, "Revista de Estudios Políticos", Nº 77, 1992, 237; VIDELA ESCALADA, "Anales", Nº 24, 176, el derecho a la imagen.

deberán ser tratadas con decoro y sobriedad, dentro de los límites impuestos por la información estricta".

El artículo 23 agrega:

"Los anuncios publicitarios observarán las normas propias de la lealtad comercial y deberán ceñirse a los criterios éticos y estéticos establecidos por esta ley y su reglamentación, fundamentalmente en lo inherente a la integridad de la familia y la moral cristiana. Todo anuncio debe expresarse en castellano sin alterar el significado de los vocablos ni distorsionar la entonación fonológica de los enunciados. Las voces extranjeras que no sean marcas o denominaciones de uso universal deberán ser traducidas. Todos los anuncios publicitarios serán de producción nacional".

El artículo 24, en su parte pertinente, dice:

"Está prohibida cualquier expresión que promueva o estimule la participación en juegos de azar o en otras competencias que tengan como finalidad la realización de apuestas. Prohíbese igualmente la trasmisión del monto de los premios a acordarse o acordados a los beneficiarios en tales juegos o competencias..."

Por su parte, el artículo 45, inciso e), establece que entre las condiciones para ser concesionario de una licencia, se impone:

"No ser propietario ni socio de diferentes sociedades de radiodifusión. No tener vinculación jurídica o económica con empresas periodísticas extranjeras. Tampoco con empresas periodísticas nacionales".

Todas estas disposiciones pueden extenderse por analogía, a la prensa escrita, con evidentes ventajas para la vida cívica.

Pero hasta ahora estas disposiciones han sido invocadas por los funcionarios del Comfer con mucha indulgencia y graves daños para la cultura y la gramática de la población, como lo atestiguan, entre tantos, los reparos levantados por las más diversas instituciones desde el Episcopado, la Federación Argentina del Mañana y la Liga de las Amas de Casa antes recordados [40].

En cambio, otra censura, propia de la naturaleza humana, aparece en las manos de los empresarios televisivos, señores de sus respectivos feudos, bajo las formas del levantamiento de los programas y de las listas negras igualmente alarmantes.

El problema es complejo. Si la Constitución prohíbe el ejercicio de la censura por el gobierno y a veces éste lo hace por medios indirectos, hay otras censuras que aplican, con bastante frecuencia, los directivos de los medios de comunicación y los grandes anunciantes, con efectos igualmente negativos. Las proscripciones que sufren algunos periodistas o actores son ejemplos ilustrativos.

Si en un teatro reducido, los monopolios en el campo económico son gravemente perjudiciales para el bienestar de los pueblos, en el campo intelectual y de las comunicaciones, cuando intentan deslumbrar a los votantes con anuncios de paraísos dorados, le *bourrage de crâne*, son aún más gravosos. Así, entre espejismos, la verdad, a menudo molesta para algunos clanes, es digitada o prudentemente sepultada.

Pero la función de la prensa independiente, como instrumento de custodia y de crítica, en estos países, víctimas a veces de epidemias infantiles, es irremplazable para lograr una buena administración del Estado y de los fondos de los contribuyentes.

La línea divisoria es a veces tenue, pero las consecuencias pueden ser urticantes. El gobierno republicano exige

40 "La Prensa", 13 de octubre de 1992; ADROGUÉ, "Anales", t. 10, 31, 44, 45.

claridad, veracidad y responsabilidad en la exposición de los problemas institucionales.

Infortunadamente, la tarea apostólica de informar al público y analizar los procesos políticos y sociales se ha transformado a veces en el afán de cautivar y canalizar los más vastos sectores posibles, no siempre con propósitos elogiables.

El 30 de septiembre de 1992, el Congreso sancionó una ley con el fin de remediar las fatales consecuencias del tabaquismo. Entre otras disposiciones, prohibía la propaganda, que fomenta el consumo de los cigarrillos. Inmediatamente las agencias de publicidad pusieron el grito en el cielo y sostuvieron que esa disposición significaba una profanación de la libertad de prensa. Al parecer ignoraban que el consumo de tabaco causaba en la Argentina más muertes en el año que la suma de las víctimas de la meningitis, el cólera, el sida y los accidentes de tránsito [41].

Fuera de las leyes específicas, que se referían a determinados delitos cometidos por medio de la prensa, los sucesivos códigos penales que han tenido vigencia en el país los han definido en forma ilustrativa.

Se ha suscitado sin embargo, en algunas oportunidades, una discusión bizantina sobre la naturaleza de los agravios difundidos a través de la prensa. A veces se ha afirmado que esos agravios configuran un delito de carácter ordinario, que por consiguiente puede ser incluido en el Código Penal, y en otras oportunidades, que son delitos de un carácter peculiar, que deben ser sometidos a un fuero privilegiado. Pero nada justifica un tratamiento feudal, ya que su índole en ambos casos es intrínsecamente penal. Avalar esa diferencia sería tan absurdo como sostener que un accidente de tráfico debe ser tratado en jurisdicciones distintas si es causado por un coche particular o por un camión.

Tal distinción, en cuanto pretende crear un fuero para los delitos cometidos a través de la prensa, es claramente violatoria del artículo 16 de la Constitución, según el cual la

41 "La Ley", 7 de agosto de 1992.

igualdad es la base de las cargas públicas y no hay fueros personales, ni existen títulos de nobleza.

La tradición penal es conocida. El proyecto del Código Penal del Dr. Carlos Tejedor, del año 1865, definía en el artículo 4º el delito de injurias, que comete aquél que deshonrare por medio de la palabra o escritos a otro y en el artículo 10 disponía que la sentencia condenatoria se publicase en los respectivos periódicos. El proyecto del Código Penal del Dr. Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García se refería en el artículo 2º a los delitos de imprenta y los definía en los artículos 242 y 243. El Código Penal de 1886 definía en el artículo 179 a la injuria, en el que deshonrare, desacreditare o menospreciare a otro por medio de palabras o escritos. El proyecto de Código Penal, presentado por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo el año 1891, comprendía en los artículos 138, 241 y 242 a las injurias y calumnias difundidas por medio de la prensa. La ley 4189 de 1903, sancionaba también en el artículo 185 a las injurias o calumnias difundidas por medio de la prensa [42].

El Código Penal, aprobado por la ley 11.719 del año 1921, con las modificaciones introducidas por la ley 17.567 de 1967, define en el artículo 110 a las injurias y en el artículo 109 a las calumnias, que son los delitos comúnmente cometidos por la prensa más exaltada.

El artículo 110 dice:

> "El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de 100 a 1.000 pesos o prisión de un mes a un año".

El artículo 113 dice:

> "El que publicare o reprodujere por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas a otro, será repri-

42 RAMOS MEJÍA, "Anales", Nº 24, 20; MAYER, *El derecho público de prensa*, 288 a 294.

mido como autor de las injurias o calumnias de que se trate".

El artículo 114 agrega:

"Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el Juez o Tribunal ordenará si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción".

El Código Penal castiga también a las campañas extorsivas contra las empresas comerciales (art. 112 y 199 bis), las publicaciones obscenas (art. 128), la violación de los secretos y de la correspondencia (art. 153, 156), las campañas sediciosas contra el gobierno o que aboguen por la abolición de las instituciones por medio de la fuerza (arts. 209, 212a, 213, 219, 221, 222, 244) y la difusión de noticias falsas para provocar el alza o la baja de las mercaderías (art. 300).

La injuria, como la define el artículo 110, consiste esencialmente en desmerecer, despreciar, ofender el honor o disminuir la reputación de una persona privada. La verdad de los hechos imputados, fuera de los casos previstos en el artículo 111, no constituye una defensa suficiente, porque el fin de esta norma es resguardar el respeto por las personas y mantener la paz pública. Un aforismo dice: *the greater, the truth, the greater, the libel.*

Así lo reafirmaron Rawson y Mitre en la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires del año 1871. En esta oportunidad Mitre señaló que admitir la verdad de los hechos imputados sería "elevar el insulto a la categoría de un derecho".

La sola publicación es suficiente para configurar el delito de injuria, porque se presupone una intención culpable, por más plausible que sea el móvil que invoque el

autor. Las denuncias si son serias deben presentarse ante los magistrados y no ante el público que carece de facultades judiciales.

El concepto de nuestro Código sobre la injuria es más reducido que el concepto del antiguo derecho español, y que el actual derecho anglosajón sobre los libelos.

La calumnia es un delito contra el honor, consistente en la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública. En este caso el acusado tiene el derecho de probar la verdad de su dicho, por la naturaleza de su imputación, puesto que se refiere a la comisión de un delito de acción pública.

La represión de los delitos de injurias y calumnias, fuera de la sanción penal, plantea la necesidad de reparar los perjuicios causados a la víctima. El artículo 29 del Código Penal, en el inciso 1º, establece que la sentencia condenatoria podrá ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, debiendo fijar el juez con prudencia su monto.

El problema de la reparación del daño moral ha motivado en los Tribunales serias discusiones. Pero es un problema fundamental, ya que en el caso de los delitos contra el honor, la lesión más grave es el daño moral inferido.

Así lo han definido los artículos 1077, 1078, 1083 y 1089 del Código Civil. Establecida la necesidad de reparar el daño moral, la principal dificultad ha consistido en estimar con justicia cuál debía ser su monto.

Este es un problema latente, porque algunos jueces influidos por viejos resabios, han entendido que no pueden tasarse los daños morales en términos monetarios sin menoscabar la moral. Esto es equivocado porque la misma moral exige que se reparen los daños causados al buen nombre y a la reputación de las personas en su alcance más lato y así dejará de ser un mito intrascendente en días tan agitados.

Esa doctrina, en parte de origen medioeval, es además en el mundo moderno, regido persistentemente por los fac-

tores económicos, que hacen a la posición y al progreso de las personas, un anacronismo.

Los daños que sufren las personas víctimas de las campañas difamatorias de algunos periódicos, son con una mejor atención bien visibles, puesto que afectan además de su dignidad y honradez, su crédito comercial o profesional. En estos casos, los daños morales deben ser severamente fijados partiendo de dos reglas, la primera que impone el resarcimiento pleno de los perjuicios concretos o imponderables que haya sufrido el injuriado y la segunda como una sanción punitiva que debe aplicarse al autor a favor de la víctima, de modo que no reincida en tales desmanes.

Se ha invocado el artículo 29 del Código Penal, que en el inciso 1º dice que el juez fijará la indemnización del daño material y moral prudencialmente, en defecto de una plena prueba. Pero si el Código ha empleado el calificativo "prudentemente" es precisamente para que el juez, ante la falta de pruebas del daño, pueda calcularlo de acuerdo con su buen criterio, a fin de que la víctima sea justamente compensada.

Por su parte, los Tribunales anglosajones han resuelto siempre, que la reparación del daño moral debe ser plena y severa. En estos casos la indemnización tiene el doble carácter de una satisfacción compensatoria y, además, de una pena establecida a favor de la víctima, que se aplica con todo rigor. Por ese motivo fijan el monto de la reparación pecuniaria del daño moral en cifras a veces elevadísimas, y ese criterio ha resultado ser la sanción más eficaz contra esta clase de abusos [42a].

Entre esta variedad de disposiciones legales, estudios doctrinarios y polémicas partidistas, a veces dispersas, es im-

42a Es ilustrativo recordar que el Príncipe Youssupoff obtuvo judicialmente como reparación moral la suma de 4 millones de dólares de esa época, de una empresa cinematográfica que había insinuado en una conocida película un supuesto flirteo de su esposa con Rasputín; en estos días, "La Prensa", 12 de enero de 1993, la British Airways debió pagar 900 mil dólares, más 4,5 millones de gastos legales, a la Virgin Atlantic Airways, por difamación.

portante destacar el fallo dictado por la Corte Suprema en el caso Ekmekdjian, el 7 de julio último, y analizar sus fundamentos.

El señor Ekmekdjian se presentó en queja ante la Corte para impugnar una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que le había rechazado un pedido de amparo interpuesto con el fin de ejercer el derecho de réplica y de que se condenara al empresario responsable del programa "La noche del sábado" a leer, en la próxima función, una carta documento en la que rebatía las blasfemias proferidas en esa oportunidad por uno de los participantes, contra Nuestro Señor Jesucristo y la Virgen María [43].

Basaba su reclamo en el artículo 33 de la Constitución y en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la ley 23.054, del 5 de septiembre de 1984. Este artículo expresa:

> "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, legalmente rgelamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley".

La Cámara Civil había rechazado el reclamo, por considerar que esta norma no tenía carácter operativo, puesto que el Congreso no había reglamentado aún sus requisitos substanciales y el curso para su ejercicio procesal.

El voto de la mayoría, formado por los cinco jueces Máximo A. Cavagna Martínez, Carlos S. Fayt, Rodolfo C. Barra, Julio J. Nazareno y Antonio Boggiano, se basó en dos principios. El primero, que la prensa se había transformado a menudo en vastas empresas industriales, que actuaban con una enorme fuerza sobre las creencias del pú-

43 "La Ley", 7 de agosto de 1992, 44.

blico, y el segundo, que los ciudadanos comunes se encontraban, en tales circunstancias, indefensos ante sus diatribas.

El voto advierte, en este caso, que no se hallaba en discusión la libertad de prensa, que es siempre una condición indispensable para la vida de los gobiernos republicanos y el control de la conducta de los funcionarios.

La Corte señalaba que, en cambio, en este caso, surgía un conflicto con el círculo privado y reservado de las personas, su dignidad, su honor y el derecho a la intimidad, gravemente afectado por las blasfemias, y por eso le correspondía decidir a favor del derecho de respuesta, como el remedio legal más eficaz que pueden ejercer los ciudadanos, que yacen maniatados frente a las ofensas inferidas por algunos medios publicitarios.

Si en los siglos XVII y XVIII el derecho de prensa significó una valiosísima defensa de los derechos personales frente al Estado y había sido consagrado en la Declaración de los Derechos del Hombre, proclamados por la Revolución Francesa, en la actualidad, por obra de los adelantos técnicos, el escenario había cambiado radicalmente.

Las nuevas técnicas, el valor de las rotativas, los factores financieros, privan al común de los ciudadanos de su ejercicio y los someten indefensos al asedio de las grandes empresas, radios y canales de televisión, que pueden ridiculizarlos, ofenderlos o difamarlos impunemente [43a].

La concentración en pocas manos de los aparatos de información, particularmente los periódicos, con sus plantas anexas, forman unos artificiales centros de enorme poder y son a veces un obstáculo para el fluido funcionamiento de la democracia y la cultura del país. Esos mismos escollos imponen a los gobiernos la necesidad de reglamentar su ejercicio, para preservar a la sociedad del peligro de los monopolios compartidos y asegurar al público una información veraz.

El análisis del derecho de respuesta comprueba que

43a ADROGUÉ, "Anales", Nº 10, 31, 32, 44, 45; BUSTAMANTE ALSINA, "Anales", Nº 24, 285.

ofrece la mejor protección a la dignidad, los sentimientos y la intimidad de los ciudadanos y evita que sean víctimas de las campañas de escándalo, promovidas la mayoría de las veces por motivos monetarios.

El aumento del poder de los medios de información conlleva, como contrapartida, una mayor responsabilidad personal para sus propietarios o directores.

Recuerda además este voto, que el derecho de respuesta está incluido en el Código de Honor de los periodistas de las Naciones Unidas, el Código de Ética del Círculo de Antioquía de 1980, la Carta del Periodista de Francia de 1965, y que ha sido adoptado con éxito en numerosos países como Bélgica, Dinamarca, Austria, Francia, Suiza y en varias Constituciones de la Provincias argentinas.

Agregaba la Corte que el derecho de respuesta ha sido legalmente consagrado en nuestro país, por el artículo 14 del acto de San José de Costa Rica, ratificado por la ley 23.054, con todas sus consecuencias. Cuando un Estado ratifica un tratado, se obliga a que sus órganos jurisdiccionales lo apliquen respetuosamente. La Corte estableció además que ante la falencia del Congreso en sancionar las normas complementarias, le incumbía desempeñar esa tarea a través de sus sentencias.

Así, todos los habitantes tienen el derecho de expresar y difundir sin censura previa su pensamiento por cualquier medio y correlativamente todos los habitantes que son víctimas de una información agraviante, tienen el derecho de defenderse por medio del trámite sumarísimo del derecho de respuesta.

Es además sabido que toda injuria o burla a los sentimientos religiosos de las personas, las hieren íntimamente, como lo confirman el Código de Televisión y el Código de la Autoregulación Cinematográfica de los Estados Unidos, cuando prohíben severamente los ataques a la religión y a las creencias religiosas de cualquier credo.

Con estos fundamentos, realistas y claros, la Corte revocó la sentencia de la Cámara y condenó al demandado a

dar lectura a la primera hoja de la carta del señor Ekmekdjian, en la próxima audición que condujera.

La minoría del Tribunal se subdivió en tres. Primeramente emitieron su voto los Dres. Petracchi y Moliné O'Connor, luego separadamente los Dres. Levene y Belluscio.

Los Dres. Petracchi y Moliné O' Connor formularon una serie de reparos, sobre la procedencia en este caso del recurso extraordinario y sostuvieron, reticentemente, que no era función de la Corte resolver cuestiones insubstanciales o de beneficio particular. Pero concluyeron por admitir el recurso, para mostrar que la Argentina cumplía de buena fe los compromisos contraídos en el Pacto de San José de Costa Rica.

Examinaron luego si el Pacto era de naturaleza operativa o pragmática y sostuvieron sucesivamente que era pragmático y operativo, pero que su vigencia era dudosa, puesto que habían transcurrido 7 años sin que el Congreso hubiera cumplido su función de reglamentar ese derecho.

Concluyeron sosteniendo que el Pacto de San José de Costa Rica sólo se refería a las informaciones agraviantes, que causasen un perjuicio directo y concreto a la persona del reclamante y que el actor no podía protestar en nombre de sus sentimientos religiosos, porque no había sido atacado directamente y los agravios a la religión no conllevaban un ataque a la dignidad de las personas. Este es el error fundamental de este voto, puesto que la religión hace indisolublemente a la dignidad y a la intimidad de todo ser humano [44].

El Dr. Levene admitió la vigencia del Tratado de San José de Costa Rica, de su sanción por el Congreso y que el derecho de réplica forma parte del derecho positivo argentino, a pesar de que el Congreso no hubiera dictado aún la ley reglamentaria, y como un derecho esencial de las personas merecía la tutela de la Corte en la plenitud de su sentido. Agregaba que ese derecho debía ser interpreta-

44 BENJAMIN CONSTANT, *Oeuvres*, La Pleiade, 1957; *Principes de Politique*, 1215 y 1384.

do en forma restrictiva, en cuanto pudiera colisionar con la libertad de prensa que es "un derecho preferido", sin el cual la democracia quedaría desmantelada. Otro error, puesto que frente al artículo 16 de la Constitución no hay "derechos preferidos". Sostuvo además que los términos impugnados no eran "informativos", sino expresiones que no estaban dirigidas contra el actor y que las manifestaciones ideológicas, políticas o religiosas, cuando no están dirigidas a una persona determinada son "difusas" y están fuera de la protección del derecho de respuesta, destinado a defender el honor, la dignidad y la intimidad de esas personas. Repetía así el error del voto anterior y tampoco advertía que la religión está consubstancialmente ligada a la dignidad de las personas humanas.

El Dr. Belluscio, por su parte, sostuvo que el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica carecía de fuerza operativa mientras que el Congreso no dictase la ley reglamentaria y que el actor no había sido agraviado por cuanto no había sido directamente aludido, un doble escapismo.

El análisis de este fallo, tan importante, ofrece varios rasgos que merecen destacarse. En primer lugar comprueba que ha sido un error mecánico elevar el número de jueces de la Corte de cinco a nueve. En vez de un fallo homogéneo, nos encontramos que el Tribunal se ha dividido por grupos, cinco que forman la mayoría, luego otros dos y después separadamente uno y uno. Esto revela una falta de convergencia doctrinaria y molestas discrepancias, que restan peso a su jurisprudencia. Los ciudadanos pueden preguntarse, con preocupación, como serán sus decisiones en el futuro, si dependen de los reflejos personales de sus componentes, que cambiarán naturalmente con el paso de los años. Así la Corte, que en tiempos pasados disfrutó del prestigio de una infalibilidad casi papal, se ha convertido en una imprevisible esfinge.

Indudablemente, el voto de la mayoría ha sido el más realista y mejor fundado, porque ha señalado la evolución de la prensa y cómo ha pasado de un apostolado romántico

a constituir enormes empresas industriales y de ahí la necesidad de proteger a los ciudadanos indefensos de los agravios, por medio de un recurso tan sencillo y breve como es el derecho de respuesta.

Se debe destacar que la oposición al derecho de respuesta revela un espíritu totalitario y oligárquico. Totalitario, porque niega al común de los ciudadanos precisamente el ejercicio del derecho de prensa y oligárquico, porque limita su ejercicio a aquellos grupos que cuentan con los 5 millones de dólares necesarios para instalar una rotativa y lanzar un periódico.

Resulta positivo comprobar que de 9 jueces 8 han reconocido la vigencia efectiva del Pacto de San José de Costa Rica y que éste no es una simple tira de papel, a pesar de que el Congreso, absorbido por otras preocupaciones, no ha reglamentado todavía su aplicación.

En cambio, es una seria equivocación sostener que la libertad irrestricta del ejercicio de la prensa es un derecho "preferido", es decir privilegiado, porque todos los ciudadanos son iguales ante la ley, según el artículo 16 de la Constitución y nadie puede invocar fueros feudales. Por lo demás su importancia no es mayor que la de la Facultad de Medicina, que vela por la salud de la población, y de las Fuerzas Armadas, que protegen la seguridad del país.

Los antecedentes norteamericanos son particularmente ilustrativos puesto que sus doctrinas han sido, en positivas ocasiones, la fuente de nuestro derecho público [44a].

El extraordinario desarrollo de la prensa, en una sociedad sedienta de novedades, muestra una infinita variedad de especies, desde las revistas universitarias, los volantes en las calles, las gigantescas cadenas de periódicos buenos y malos, hasta los *yelows papers* explotadores de las neurosis de los vecinos, todos de muy distinto prestigio.

La experiencia que se ha acumulado comprueba una vez más el valor de la independencia de la prensa para con-

[44a] ADROGUÉ, "Anales", Nº 10, 46.

trolar el funcionamiento del gobierno y proteger los derechos de los ciudadanos y también los daños que puede inferir, cuando se aparta de su genuina misión.

En el orden privado los Tribunales protegen con especial esmero la reputación de las personas. Las disposiciones sobre los *libels* son particularmente severas. Así se ha definido como *libel*:

> "Una publicación que ponga a una persona en ridículo y que la exponga al menosprecio de sus semejantes o que tienda a convertir su posición social en incómoda y molesta, o que refleje un atropello moral sobre esa persona y la trate como si fuera un miembro deshonesto o dañino de la sociedad y la describa desde un punto de vista procaz e ignominioso o que tienda a perjudicar su situación en la sociedad" [45].

Diversas disposiciones sobre los libelos condenan las imputaciones dañinas para la actuación profesional o económica de las empresas o de las personas, las publicaciones que acusan a un profesional de falta de capacidad o de integridad, a un comerciante de falta de solvencia o de fraude, a un fabricante de errores técnicos en la elaboración de sus artículos, su inclusión en una lista de deudores y cualquier cargo semejante, que pueda menoscabar la reputación o el buen nombre de esas personas.

Ha desarrollado además la doctrina del *right of privacy* contra la voracidad de algunos periodistas. Este derecho prohíbe que los asuntos privados de las personas sean ventilados impertinentemente ante el público sin su consentimiento, y así se prohíben las referencias sobre las relaciones domésticas, el hogar, la correspondencia, las publicaciones de fotografías propias o de los familiares. Ha levantado una pared para contener los abusos de algunas agencias de publicidad, que pretenden utilizar los incidentes de la vida privada de

45 NEWELL, *The law of slander and libel*, 2.

los ciudadanos más destacados, para ensalzar los méritos metafísicos de las teteras hasta las palanganas [45a].

Pero *the right of privacy* o derecho a la intimidad sólo rige para los ciudadanos privados, pero no para los funcionarios que son, por su naturaleza, públicos. Alberdi formula incisivamente esta distinción.

> "Lo que se llama vida privada no es sino la parte más fundamental de la vida pública. Es, en efecto. el fundamento o cimiento en que esta última descansa, como el cimiento de un edificio es su prolongación subterránea... Sin examinar y ver ese cimiento es imposible juzgar del estado de la muralla y de la consistencia del edificio... No hay dos vidas, como no hay dos morales, todo lo que está consagrado y garantido en la Constitución es objeto de examen lícito, cuando un interés legítimo lo exige. Amurallar la vida privada es dar una barrera de inmunidad o inviolabilidad al criminal" [46].

Los periodistas culpables de haber publicado un libelo, además de la sanción penal, se encuentran obligados a reparar los daños y perjuicios que han causado. Esta sanción es rigurosa y en muchos casos representa un castigo más temido que la acción penal, puesto que la reparación comprende los daños directos o indirectos que pudiera haber ocasionado la publicación, por ejemplo la pérdida de un empleo o una merma en los negocios, los daños de orden mental como la angustia que ha ocasionado a la víctima y el desmedro de su reputación y toda suerte de imponderables [47].

Recientemente, la cadena norteamericana de televisión N.B.C. fue condenada a abonar a la General Motors una

45a "La Prensa", 11 de enero de 1993, en Inglaterra se aprueban nuevas reglamentaciones para proteger la privacidad de los ciudadanos; VIDELA ESCALADA, "Anales", Nº 24, 186; BUSTAMANTE ALSINA, Nº 24, 297; RISOLIA, "Anales", Nº 24, 304.

46 ALBERDI, *E. P.*, t. 10, 594; ADROGUÉ, "Anales", Nº 10, 41.

47 MAYER, *El derecho público de prensa*, 393.

cantidad que se estima que girará alrededor de los 100 millones de dólares, por la emisión de un reportaje, basado en pruebas ficticias, sobre la facilidad con que se podían incendiar en un choque las camionetas G.M.S. Sierra por llevar los tanques de gasolina en sus costados. Era "el costo de la mentira" [47a].

Además, se exige a los directores de los diarios que comuniquen a la Oficina de Correos, los nombres y direcciones del editor, del propietario, del gerente y de los accionistas y el volumen de su circulación y que incluyan en un rubro especial los artículos de propaganda política por los cuales han recibido un pago en dinero [48].

Se ha resuelto igualmente que los periodistas no pueden ampararse en el secreto profesional y se encuentran obligados a revelar ante los Tribunales y las Comisiones Parlamentarias las fuentes de sus informes.

En el orden público su función esencial es controlar las actividades del gobierno y la conducta de los funcionarios, como surge de la naturaleza del gobierno republicano. En ese carácter tienen el derecho de examinar los documentos que se conservan en las oficinas públicas, pero no pueden inmiscuirse en los asuntos de seguridad nacional y particularmente de la defensa nacional.

En tiempo de paz, los diarios pueden criticar libremente el funcionamiento de las instituciones y propender a su reforma. Pero no pueden incitar a la insurrección, ni abogar por un cambio por medio de la violencia.

Una ley del 28 de junio de 1940 declaró ilegal para cualquier persona interferir, amenguar o minar la lealtad, la moral, o la disciplina de las fuerzas militares.

El Congreso ha dictado varias leyes que prohíben la circulación a través del correo, y castigan con severas penas, las publicaciones que contengan amenazas al Presidente, las publicaciones inmorales u obscenas, las publicaciones anti-

47a "La Prensa", 13 de febrero de 1993.
48 MAYER, *El derecho público de prensa*, 381.

concepcionales, las publicaciones que hagan la apología de crímenes y la propaganda comunista.

Estas sanciones se extienden hasta condenar la difusión de noticias falsas y alarmantes, que tiendan a provocar pánico, y limitan la extensión que los periódicos pueden destinar a las noticias policiales, escándalos, anuncios de divorcio y otras noticias lesivas para la moral pública.

Igualmente castigan la publicación de artículos, dibujos, fotografías y recortes de carácter obsceno, inmoral o blasfemo. Particularmente condenan las publicaciones que agravan a la cristiandad y a las Sagradas Escrituras [49].

Actualmente el clima es inquietante, se extiende por igual a los periódicos y a la televisión. El ex Secretario de Seguridad de los Estados Unidos, Zbygniew Brzezinski acaba de denunciar entre nosotros que:

> "La televisión privilegia una realidad donde predominan la violencia, el sexo y la corrupción. Ese es el mensaje dominante que da ese medio a nivel global y es extremadamente riesgoso porque su penetración masiva es una forma negativa de educación" [50].

El diagnóstico es severo, las constantes depredaciones gramaticales y un lenguaje rabelesiano concurren diariamente al achatamiento cultural [50a].

En cambio, ha quedado eliminado definitivamente, por lo menos en la doctrina, el delito de opinión. Los ciudadanos tienen el libre derecho de examinar y debatir la conducta de los funcionarios, porque son sus ocasionales mandatarios que pueden reemplazar, de acuerdo con las normas legales, si no cumplen satisfactoriamente con sus funciones. Por esto las imputaciones contra los funcionarios en defensa de los intereses públicos no configuran una transgresión legal.

49 MAYER, *El derecho público de prensa*, 398.

50 "La Prensa", 27 de septiembre de 1992.

50a "La Prensa", 19 de marzo de 1993, MICHAEL MEDVED, *¿Por qué Hollywood es antiamericano?, la vulgaridad del lenguaje, su hostilidad hacia los valores espirituales y su prédica disolvente.*

En Francia, tan celosa del ejercicio del derecho de prensa, sus más destacados juristas han analizado cuidadosamente su esencia y sus fines. La doctrina francesa dividió el problema en 5 partes, para estudiar separadamente la actuación de las imprentas, de los periódicos, de las librerías, los carteles callejeros y los pregones. Posteriormente colocó bajo una lupa una nueva institución peculiar, pero extremadamente importante, como son las agencias noticiosas.

Reglamentó primeramente las actividades de las imprentas, para conocer rápidamente el origen de las publicaciones ilegales y hacer efectivas las sanciones. Con ese fin exige a los impresores que inscriban en un registro especial, el nombre y la dirección de la imprenta, que incluyan en cada publicación su nombre y dirección y anoten en sus libros las publicaciones en trámite [51].

La reglamentación de la conducta de los periódicos es actualmente el problema más candente. Con el mismo fin de individualizar a los autores de las publicaciones ilícitas, se exige que los editores inscriban en unos registros especiales el nombre del periódico, el nombre y dirección de los propietarios, de los directores responsables y de los impresores. Deben además remitir varios ejemplares a las bibliotecas públicas [52].

La reglamentación de las agencias noticiosas se ha vuelto específicamente importante, porque la casi totalidad de los periódicos se nutren de las noticias que les hacen llegar. Estas agencias ejercen, de esta manera, una función informativa muy delicada y de ahí la necesidad para el Estado de controlar la autenticidad de sus noticias. El proceso de controlar, como el proceso informativo, se divide en dos partes. Primeramente es necesario verificar si las noticias locales que esas agencias remiten al exterior son exactas para evitar la difusión indebida de relatos tendenciosos o alar-

51 LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, vol. I, p. 3; FABREGUETTES, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, vol. I, p. 71; *Traité de délits politiques*, t. I, p. 113.

52 LE POITTEVIN, vol. I, p. 51; FABREGUETTES, *Traité des infractions de la parole et de l'écriture*, t. I, p. 113.

mantes en perjuicio del país. Luego hay que verificar si las noticias del exterior que se distribuyen localmente son objetivamente correctas, para evitar el manipuleo de las creencias del gran público. El control de estas agencias no tiene por fin someter a una censura a las noticias, sino cuidar que sean verídicas [53].

El aporte más original de la doctrina francesa ha sido la creación del derecho de respuesta, implantado originariamente por la ley del 25 de marzo de 1822 y confirmado por las leyes del 29 de julio de 1881 y del 29 de septiembre de 1919. Este derecho puede ser ejercido por las personas privadas y por los funcionarios con potestad. Cuando es ejercido por las personas privadas lleva el nombre de derecho de respuesta y, cuando es ejercido por los funcionarios, de rectificación.

El derecho de respuesta fue expuesto, por primera vez, por el diputado Chabron de Solihac. El diputado Mestadie fundamentó esta institución en la sesión del 1º de febrero de 1822, en los siguientes términos:

> "El procedimiento más satisfactorio para el hombre honesto ya sea funcionario o no, y el antídoto más eficaz contra el veneno cuyo efecto es rápido, es el de poder rechazar el ultraje empleando las mismas armas y poder así disipar todas las sospechas, todas las dudas en el espíritu de las personas que han leído el artículo que lo ha herido... Muy a menudo un simple desmentido, una simple explicación, bastarán al hombre ofendido, sin necesidad de recurrir a la justicia, recurso que muchas veces es peor que el daño que ya le ha sido ocasionado. Es pues justo, necesario y útil obligar a los periodistas a recibir lealmente las contestacio-

53 HALE and BENSON, p. 540; LIPPMANN, *Liberty and the news*, p. 69; COOLEY, t. 2, p. 936; ver "International News Service" —v— "Associated Press", 248, U. S. 215, "Inter Ocean-Publishing" —v— "Associated Press", 48, L.R.A., 568; SÁNCHEZ SORONDO, 1943-1-279; Proyecto del 5 de junio sobre neutralidad, art. 4, Diputados, 1940-1-272; SÁNCHEZ SORONDO, Senado, 1933-1-219; PALACIOS, 1933-1-228; ARANCIBIA RODRÍGUEZ, 1940-1-932.

nes de las personas que han creído que debían mencionar" [54].

Benjamin Constant ha sido el más elocuente apologista del derecho de respuesta, como el escudo capaz de proteger la vida privada de los hombres y de las mujeres contra los ataques de la frivolidad o la envidia, sin necesidad de recurrir a la ayuda de abogados costosos y juicios prolongados. Representa la mejor defensa para las personas que se ven perseguidas o ridiculizadas, porque les permite refutar inmediatamente y sin costos esos ataques. Frente al derecho de la prensa, existe el derecho de los ciudadanos a su dignidad. Sin el derecho de respuesta, las personas privadas se ven sometidas, "garrotés", a una opresión tribal tan insoportable como la del viejo régimen, y camino hacia un estado totalitario [55].

Es un error suponer que el derecho de respuesta perjudique a la prensa que actúa en el marco de sus funciones genuinas. Por el contrario, le brinda grandes ventajas, le permite mantenerse en contacto con el público, le ofrece nuevos temas, amplía y justifica su prédica, da más vida e interés a sus páginas y le atrae más neófitos como lo comprueban las cartas de lectores que incluye actualmente en sus columnas. El derecho de respuesta sólo molesta a los pecadores.

Si la prensa fue inicialmente la gran defensora de las personas, actualmente, en demasiados casos, se ha transformado en un riesgo para la tranquilidad y la reputación de esas mismas personas.

En Francia el derecho de respuesta ha sido el remedio más rápido y eficaz contra los abusos, como lo comprueba una experiencia de 170 años. Los editores están obligados a publicar gratuitamente la respuesta. Ésta debe ser redactada en términos correctos, puede tener una extensión máxima del doble del artículo a que se refiere y debe ser

54 LE POITTEVIN, 143.
55 CONSTANT, *Oeuvres*, "La Pleiade", 1957, 1270, 1330, 1369.

publicada en el próximo número. En el caso de que el director del periódico se negase a publicarla, cae en una infracción penal que es juzgada sumariamente. Este recurso tiene la ventaja de colocar en el mismo nivel a las personas privadas y a los grandes periódicos, eleva el tono de las polémicas y detiene los efectos de las críticas venales [56].

En medio de un clima agitado por las corrientes políticas divergentes y a veces exaltadas y una crisis económica que angustia a la población, la prensa ha sido muchas veces una esclarecedora guía, pero en otras oportunidades ha sido la bandera de sectarismos perturbadores de una pacífica convivencia social.

Las noticias escandalosas sobre las catástrofes y los crímenes, se han convertido en un excelente negocio, porque una gran parte del público disfruta freudianamente de las noticias condimentadas y acrece la circulación.

En la actualidad, uno de los mayores obstáculos para el sano periodismo es la antinomia que aparece a menudo entre el respeto hacia la verdad y el envidiado *rating* comercial.

Las presiones son sensibles, la verdad es diariamente recortada, deformada o extravasada para complacer a los complejos sectarios, las ambiciones personales y los intereses fenicios de vastos círculos, con graves daños para la sociedad y particularmente para la cultura.

Pero la verdad es y será siempre la condición primera para el fiel cumplimiento de la misión de la prensa. Un elevado *rating* no es siempre una prueba de calidad, sino de complacencias fácilmente discernibles. Es aleccionador

56 JORGE M. MAYER, *El derecho de respuesta*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 24. Los escritores nacionales Adrogué, Videla Escalada y Risolía y parlamentarios como Alfredo Palacios son partidarios del derecho de respuesta. Sólo LINARES QUINTANA en su estudio *El Derecho de réplica y la libertad institucional del derecho de prensa*, "Anales", 24, 249, lo objeta sobre la base de la jurisprudencia norteamericana. Pero en los Estados Unidos rige la acción de libelo, mucho más amplia que nuestra acción de injurias, rápida y severísima y así reemplaza, con más contundencia, el derecho de respuesta, mientras que aquí la acción de injurias es prácticamente inocua.

el recuerdo del flautista de Hamelin y de sus seductoras melodías.

Esto no es todo. En años de ebullición y terremotos, se exaltan las pasiones narcisistas y los mitos. Nadie se salva, ni los funcionarios, ni las personas privadas [57].

El problema existe y es necesario solucionarlo en bien de la armonía social, porque en la actualidad los juicios por injurias y calumnias han fracasado entre nosotros a causa de la lentitud de los procedimientos y de la lenidad de los jueces.

Los remedios son prácticos y sencillos. El primero es establecer firmemente el derecho de respuesta, en defensa del ciudadano común. Para esto basta adoptar la ley francesa, como adoptamos su Código Civil, suficientemente probada.

El segundo es consagrar seriamente la reparación del daño moral de las víctimas, que es el freno más eficaz contra los agravios. Aquí tampoco son necesarios mayores esfuerzos mentales, porque bastaría adaptar los precedentes norteamericanos.

En épocas ásperas, con los duendes sueltos, la libertad de prensa recobra su perenne valor, pero es imperativo para su sobrevivencia podar sus deformaciones epizoóticas y recuperar el espíritu de tolerancia, la buena educación, el respeto por la gramática, indispensables para el progreso cultural y económico del país.

57 Debe estudiarse el inquietante trastocamiento de los valores que sufre la prensa por la presión de los intereses económicos. En efecto, los periódicos apenas dedicaron unas pocas líneas a la 18º Procesión del mes de octubre, que congregó 1.500.000 jóvenes camino a la Basílica de Luján, y en cambio llenaron febriles páginas y más páginas con las vicisitudes penales de un popular deportista.

EL "RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL" EN LAS OBRAS DE ELÍAS PABLO GUASTAVINO Y LINO ENRIQUE PALACIO

Por el académico Dr. Augusto M. Morello

I. *Un dibujo —en escorzo— del recurso extraordinario*

Toléresenos, para una mejor satisfacción del propósito que motiva estos comentarios * a dos enriquecedoras contribuciones al estudio y comprensión más acusada de la beneficiosa apelación extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recordar las coordenadas mayores que enmarcan el fecundo carril impugnatorio del art. 14 de la ley 48.

Ingresar a ese cometido importa hacernos cargo de una descripción introductoria del tema abordado por nuestros distinguidos juristas.

* Por varias razones nos pareció de interés asumir el comentario en una extensión y metodología que no son las frecuentes con radios más abarcativos de su problemática: 1) se trata de dos libros cuyos autores son compañeros en nuestra Corporación; 2) de muy jerarquizada trayectoria en la Casa Mayor de la Justicia Argentina: Guastavino integró como Ministro el Alto Tribunal; Palacio fue uno de los Secretarios Generales de más preclara y fecunda labor en la trama principal del recurso de hecho o queja, el auxiliar complementario del federal. La primorosa redacción de sus proyectos que en la mayoría de los casos eran suscriptos por los ministros sin alteraciones, quedó incorporada al historial de la Corte, y lo he visto en años que ahora parecen distantes pero que no son tantos; 3) finalmente, que nuestra Academia cuente con una sección de bibliografía, recensiones y comentarios parece por demás conveniente pues hace también a sus tareas específicas. No puedo olvidar la jerarquía que ganó el Instituto de Bibliografía del Colegio de Abogados de Rosario en el que tres décadas atrás, en una obra propia, experimenté el examen público y el juicio valorativo, ensayo que posteriormente reproducimos en el Colegio de Abogados de La Plata.

El inolvidable Santiago Sentís Melendo predicaba siempre sobre este particular y enfatizaba la importancia que toda Revista Jurídica que se precie debe asignarle al área destinada al análisis crítico de las producciones literarias de mayor envergadura, novedad o actualidad (Guastavino, Elías P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Ediciones La Rocca, 1992, ts. I y II, pp. 1056; Palacio, Lino E., *El recurso extraordinario federal*, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 380).

El encuadramiento esquemático de la figura debe montarse sobre el eje principal: la existencia de una cuestión federal, e implicar a sus ingredientes complementarios, referidos a la implementación procesal y a los presupuestos condicionantes, según sistematización y forma usual en la metodología de que se vale la Corte Suprema, registrada en su publicación oficial de "Fallos".

1. *Requisitos comunes* (leyes 48, 4055 y 23.774)

a) La intervención de un Tribunal de Justicia.

b) Que dicha intervención haya tenido lugar en un juicio (causa, litigio, controversia, intereses adversariales).

c) Que en el juicio se haya resuelto una cuestión justiciable.

d) Que la resolución cause gravamen.

e) Que los requisitos apuntados subsistan en el momento en que la Corte deba fallar (y que el Tribunal controla y verifica de oficio).

f) Que el agravio federal sea de bastante o suficiente relevancia.

g) Que la cuestión federal sea trascendente (arts. 14, ley 48; 6, ley 4055; 280, CPN, texto ley 23.774).

2. *Requisitos propios* (ley 48)

a) Que en el pleito se haya debatido una cuestión federal o constituconal.

b) Que esa cuestión tenga una relación directa e inmediata con la materia del proceso (art. 15, ley 48).

c) Que ella haya sido resuelta en forma contraria al derecho federal invocado.

d) Que el pronunciamiento que se impugna sea una sentencia definitiva o —por sus efectos— a ella equiparable.

e) Que provenga del Superior Tribunal de la causa (art. 14, ley 48; doctrina de las causas "Strada" y "Di Mascio").

Introducidos por la ley 23.774

[Y que se van haciendo cada vez más rigurosos y condicionantes en la jurisprudencia de la Corte al llevar a cabo el juicio de admisibilidad o de rechazo del recurso].

Que la cuestión sea de trascendencia (es decir que no sea insustancial, baladí, poco seria, irreal, hipotética o académica).

3. *Requisitos formales* (ley 48 y arts. 257, 258, CPN)

a) Que la cuestión federal haya sido introducida de manera correcta —circunstanciada— y oportuna (en la primera oportunidad) brindada por el estado de la causa y el procedimiento (puede ser "sorpresiva", al sobrevenir en la sentencia de segunda instancia).

b) Mantenida en todas las instancias.

c) Que el recurso esté redactado técnicamente de forma que se baste a sí mismo (que su sola lectura permita juzgar acerca de su admisibilidad, crítica objetiva y demostración cabal de todos los agravios que tengan pertinencia e influyan en la decisión).

d) Que hayan sido propuestos dentro del término legal (10 días).

e) Por parte legitimada.

4. *Finalidades*

¿Cuál es el rol y para qué sirve el recurso extraordinario?; la respuesta:

— hacer cierta la supremacía constitucional;

— garantizar la efectividad de la defensa en juicio y la tutela de los derechos constitucionales;

— ejercer el control de casación *constitucional*, y, extramuros legales, asumir además tareas de casación *general* (por control de la sentencia arbitraria); para lo cual, y siempre que lo repute de imprescindible conveniencia, dis-

pone la Corte la superación de ápices procesales para atender a esa protección ["Jorge Antonio", "Fallos": 248:189, 28/10/60].

5. *Irradiaciones*

Recordatorios constantes que edicta el Tribunal devaluando a los justiciables prontos a hacer un ejercicio por demás generoso cuando no "abusivo":

1) Para la Corte (en su lenguaje reiterativo que impida el desborde por la demasía de su uso) el recurso del art. 14 de la ley 48 es más *excepcional* que extraordinario, aunque en la realidad operativa las excepciones son múltiples y el acceso (admisibilidad) no es tan cerrado como lo indicaría el vocablo "excepcional".

2) La Corte en la teoría no es una tercera instancia, ni casación federal; en la realidad, en cambio, es sí casación constitucional (art. 14, ley 48) y en buena extensión *también casación general, por el carril de la doctrina de la sentencia arbitraria.*

3) Las creaciones pretorianas han provocado el ensanchamiento de la órbita funcional del recurso extraordinario con fases temporales de apreciación más generosas y flexibles, y otras, en cambio, más estrechas y rigurosas:

a) Gravedad institucional ("Jorge Antonio", cit. "Fallos": 248:189).

b) Exceso ritual manifiesto ("Colalillo", "Fallos": 238: 550).

c) Sentencia arbitraria ("Rey vs. Rocha" [1909]; "Storani de Bodarnich" [1939]); y desde fines de 1955 con plena identificación institucional y un continuo ganar espacios positivos de óptimos frutos, inclusive para alcanzar la justicia concreta en ese caso y, en general, la eficaz tutela —y no la frustración— de los derechos invocados con sustento en las garantías de la Ley Fundamental. A partir de 1991 y a tra-

vés del manejo más severo e inexorable del "certiorari" negativo (*inadmisión*, de la ley 23.774) se va reduciendo el margen de maniobra de la sentencia arbitraria. La situación a ese entonces había desbordado la capacidad de estudio, serenidad y necesaria reflexión requeridos para la responsable respuesta, y comprometía, asimismo, la *calidad* de los pronunciamientos.

Parece ser el camino de *retorno* al perfil originario de 1863 (el clásico de la ley 48) y *opuesto* al de dilatar el acceso del recurso federal [el "lápiz rojo" a través de la franquicia que le otorga la ley 23.774, va dejando estragos en las posibilidades precedentes. Habrá que aguardar el *punto medio de equilibrio*].

4) El principio dispositivo dominante (más cercanamente, *tímidamente* atenuado en la praxis) del sistema de enjuiciamiento civil y comercial, autoriza y concede a la voluntad pretensora de los justiciables realización de actos procesales de disposición sobre la pretensión y el decurso, desistimiento y renuncia.

5) La reafirmación del control constitucional difuso a diferencia del que ganó predicamento después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial (Alemania, España, etc.); el último, creación de Cortes Constitucionales de control de constitucionalidad —no a cargo de todos los órganos desde la primera instancia (control difuso), sino *concentrado*— todavía no ha tenido auspicio entre nosotros, tampoco la creación de Cortes intermedias ni se han propiciado mayores exigencias técnicas en las cargas a satisfacer por el recurrente. [Al haber adoptado nuestros padres fundadores el modelo norteamericano, el control de constitucionalidad *difuso*, todos los magistrados argentinos —nacionales o provinciales— *se encuentran obligados a velar por el debido acatamiento de la Constitución Nacional, cualesquiera que sean el fuero o la instancia en la que ellos actúen* ("C.S.", "Gabrielli, Mario C. vs. Estado Nacional", 17 de noviembre de 1992, consid. 5º, de la mayoría con remisión

a "Fallos": 149:122; 167:215, consid. 11; 302:1325, entre otros; énfasis agregado)].

6) El recurso extraordinario, que como se ha visto no debe ser utilizado en modo abusivo ni innecesario, demanda en la estrategia del abogado una afinada labor técnica. Así el mantenimiento puntual (oportuno) de la cuestión federal, porque la tardía proposición, o la voluntaria omisión o negligente alegación, por preexistir el sometimiento a un régimen jurídico determinado, comporta frustrar que se hagan posteriormente audibles por la vía de la apelación del art. 14, ley 48, agravios así antes declinados de disconformidad.

7) Sobrecargo: es universal y preocupante; de atención prioritaria. Las respuestas de adaptación y reforma reconocen fórmulas parecidas: la poda, la necesidad de descongestión de causas (EE. UU., 150; Brasil, Alemania, 200-250 causas anuales)[1]. Selección de las más significativas, a fin de asegurar, como lo anticipáramos, la supremacía de la Constitución, el control de constitucionalidad, la tutela efectiva de los derechos y garantías constitucionales. En el mundo de estas horas, las altas Cortes sólo deben ocuparse de las cuestiones y asuntos judiciales de verdadera entidad que afecten el tejido social, y los principios y valores que hacen al soporte económico, social, cultural, ético e institucional del pueblo.

Entre nosotros, el *desideratum* o punto óptimo de labor no debería superar anualmente los 250 casos o causas.

8) Queda por determinar si corresponde establecer categorías de asuntos, de menor importancia, que no accedan

1 La exigencia de asegurar con prontitud y eficacia el acceso a la jurisdicción está también involucrada en el medio técnico de impugnación según la reglamentación que condiciona su ejercicio, el cual no puede ser ni abusivo ni innecesario. A su vez, la debida, seria, completa (es decir, adecuada) motivación de los fallos judiciales es exigencia constitucional que integra el núcleo del debido proceso instrumental (adjetivo) [ver, por caso, Constitución de la Provincia de Santa Fe]. El tema de la sobrecarga derivado de la inundación de causas en el Superior Tribunal de Justicia, es general. Italia y España son buenas referencias.

a la Corte Suprema y *fenezcan* (arts. 5, 67, inc. 1º, 100, 101 y 104, Const. Nac.) en los tribunales inferiores.

9) *El mensaje para el profesional* arroja estas señales:

1º) El inigualable consejo de Carrió [2] a los abogados no sólo ante el trance de elaborar el escrito del recurso extraordinario, sino *desde afuera,* al inicio del litigio, acerca de la necesidad técnica de la presentación clara, concisa, objetiva y persuasiva de la cuestión *federal*; y ya en el escrito del recurso argumentando su demostración en capítulos separados, sumario precedente, y fundada motivación crítica.

2º) Saber, pues, *facilitar* la comprensión del núcleo decisivo. Aunque en muchos casos (o en la casi mayoría de ellos) las cuestiones (*questions presented*) surgirán de la simple lectura de las actuaciones y ello "ubica" a la Corte, aunque no será siempre así.

Mejor hilar fino acerca de cuál es el tema, el objeto y contenido del litigio y cómo es de imprescindible y determinante definir la cuestión federal. *Que por ella pasa el núcleo principal de la controversia,* y que las garantías invocadas se conectan a la materia del litigio como la sombra al cuerpo (art. 15, ley 48).

Cabe insistir: el corazón del tema se arropa en la *cuestión federal.*

Que es la que concierne (o versa) sobre la interpretación de *normas* federales (constitucionales o infraconstitucionales: legales, reglamentarias), o de *actos* federales emanados de autoridades de la Nación, al igual que los conflictos planteados entre la Constitución Nacional y otras normas o actos provenientes de autoridades nacionales o locales.

Por regla, conciernen a temas de derecho:

— pueden también alojarse en ordenamientos de carácter privado o común, pero esas disposiciones son, no obstante, federales;

[2] GENARO R. CARRIÓ, *Cómo fundar un recurso,* Abeledo-Perrot, 1990, en especial pp. 28 y sgtes.

— siempre tendremos en tensión la *regla* y las pertinentes excepciones (arbitrariedad, gravedad institucional, etcétera).

Clases

1. *Cuestiones federales simples*

Inteligencia o interpretación de
- cláusulas constitucionales
- leyes federales
- tratados internacionales
- actos federales provenientes (emanados) de autoridades nacionales.

2. *Cuestiones federales complejas directas*

Conciernen a la impugnación de una norma o de un acto que se reputan incompatibles con la Constitución Nacional, con prescindencia de otra norma o acto.

Lo que se controvierte como inconstitucional puede revestir o no carácter federal; en este último, trátase de ley o actos de derecho *común* o *local*.

3. *Cuestiones federales complejas indirectas*

a) Conflicto interpretativo entre normas dictadas por diferentes autoridades nacionales.

b) Entre disposiciones legales o actos federales o comunes por un lado y normas provinciales por el otro (la disputa finca acerca de cuál es la norma o acto que, en el contexto de la Constitución, tiene grado prevalente o reviste un registro prevaleciente).

¿Por qué lo procesal —por regla— no constituye cuestión federal? Porque, por lo común, no afecta la prelación establecida por el art. 31 de la Constitución Nacional.

Pero ello deja de ser así si media agravio constitucional, hipótesis en que entra en juego la excepción en razón de

que se frustra el derecho federal invocado (por caso la defensa en juicio) o comprometa las garantías, se den circunstancias de manifiesta gravedad, o se configure un supuesto de "interés" institucional, etc.

Tocante al caso de las denominadas cuestiones federales complejas (art. 14, inc. 2º de la ley 48), habrá que subrayar que siempre que en la causa se haya puesto en tela de juicio la validez de una norma o acto nacional, el recurso extraordinario resulta admisible cualquiera sea el contenido de la decisión recaída sobre el tema.

Si, en cambio, la impugnación se dirige contra una norma o acto provincial, el recurso será únicamente admisible frente a la hipótesis de *que la resolución impugnada declare la validez constitucional de aquéllos* (las normas provinciales o actos emanados de autoridad provincial) (Palacio, p. 212, Nº 28) [*contrario* al sentido de la norma federal].

Sabido es asimismo que son numerosas —en el tiempo, en periódica dilatación— las funciones a cargo del recurso extraordinario. De entre ellas, relieve mayor le corresponde a la *preservación de la supremacía federal.*

La lógica interior de la Constitución (ver art. 14, inc. 3º), privó en "Fallos": 310:295 [1987] armonizando las áreas pertinentes con la legislación local. Ese es uno de los más delicados cometidos del Alto Tribunal en el eje del principio federalista.

10) Al cabo, en una síntesis final, el empeño impugnatorio se ciñe en la *cuestión constitucional tutelable.*

Lo que conlleva a armonizar el inc. 2º del art. 14 ['writ of error'] con el inc. 3º, y a afinar el supuesto de la resolución contraria *implícita*; si son inexistentes o inadmisibles las razones en que se sustenta la denegatoria del fuero federal oportunamente invocado en la causa. Apuntamos que la Corte Suprema lo admite invariablemente no obstante la circunstancia de no revestir carácter definitivo.

Luego de esta mini excursión al campus que define el perfil de la figura en examen, vayamos sí al encuentro de

dos lecturas profundas y abarcativas de su colorido y matizado paisaje.

II. *Aspectos nucleares del libro de Guastavino*

El plan de trabajo del perspicaz jurista del litoral tiene fronteras más extensas, no tanto en lo que atañe a los aspectos objeto de detenido y fundado análisis porque hacen a lo específico de la institución (capítulos referidos a su importancia; elementos y régimen legal del recurso extraordinario, al que califica de *inconstitucional*; funciones y requisitos: comunes, propios y formales), sino porque además se le adiciona una introducción esclarecedora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su rol de gobierno, dentro del sistema republicano, la organización, competencia y propuestas para solucionar el grave problema de la sobrecarga, la permanente congestión en el embudo que cierra (dentro del país) el acto último de la jurisdicción, al igual que un prolífero espectro de cuestiones conexas.

También Guastavino (II, p. 846 y sgtes.) se detiene con intensa preocupación investigativa en lo que responde al acápite "límites normativos o judiciales de los tribunales de provincia respecto de planteos de inconstitucionalidad federal", redondeando sus conclusiones (II, Nº 486) con este juicio. "En un balance de la orientación seguida en 'Strada' —de cuya posición fue aventajado y tesonero anticipador, en votos como Juez (Ministro) de la Corte— y 'Di Mascio' cabe afirmar que la interpretación absolutamente literal del art. 14 de la ley 48 como regulación legal de la supremacía constitucional, en lo concerniente al requisito de que la sentencia recurrida provenga de los superiores tribunales de justicia provinciales, puede contribuir a racionalizar el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ha de disminuir probablemente la cantidad de causas sometidas a su adecuación en la instancia extraordinaria. La intervención previa de las Cortes Supremas locales, en el sano funcionamiento de las instituciones, tiene

posibilidad de subsanar los agravios constitucionales y, por ende, reducir la necesidad de acudir a la Corte Suprema de la Nación".

Y agrega un par de atinadas reflexiones:

a) "Se ha alertado sobre el riesgo de que los afectados recorran burocráticamente y en ocasiones infructuosamente todos los carriles provinciales en desmedro de la economía procesal. Tales circunstancias son, sin embargo, el costo lógico de la estructura federal. Además, en algunos supuestos cabe que se ahorre la interposición del recurso extraordinario de la ley 48, descongestionándose el funcionamiento de la Corte Suprema Nacional".

b) "Pareciera que el Tribunal en el pronunciamiento de 'Di Mascio' (1/12/88) no ha llegado a esterilizar con una declaración genérica de invalidez constitucional en el marco de la Ley Suprema federal las posibles regulaciones provinciales para habilitar las instancias superiores locales referidas al monto de las condenas pecuniarias recurribles, al pago de tasas especiales, patrocinio o representación por letrados registrados en matrículas especiales, etc. Inclusive la eventual regulación en el marco de las legislaciones provinciales del *writ of certiorari* —o en su caso del *per saltum*— no ha sido hasta el presente descalificada por la Corte Suprema de la Nación. Algunas de las regulaciones locales existentes o a incorporar en el porvenir de las especies mencionadas podrían contribuir a racionalizar el funcionamiento de los máximos tribunales provinciales, dejando obviamente a salvo la posibilidad de prescindir de las mismas en caso de gravedad institucional o en el supuesto de una aplicación arbitraria" (II, Nº 486, pp. 861-64).

Insistimos en destacar la exhaustiva y por cierto aplicada y diserta exposición de cada tramo de la estructura y tramitación del recurso y de su auxiliar, el de queja por denegatoria del extraordinario (pp. 965-1051).

III. *Aspectos centrales en el de Palacio*

Para nuestro gusto —dentro del equilibrio global que privilegiadamente exhibe el tratamiento de cada una de las cuestiones— cuatro registros nos entusiasman de modo singular. Es el primero el sensato enfoque y desarrollo que merece el estudio del órgano emisor de la resolución impugnada, lo concerniente al *tribunal de justicia*. Allí se espejan problemas complicados como los que se refieren a los tribunales arbitrales, a los de enjuiciamiento, al fuero disciplinario (Colegios profesionales), a los tribunales militares, al igual que el ríspido abanico de los órganos administrativos (con el enjambre de dificultades en los vértices de constitucionalidad y su definición anterior, así como la posibilidad recursiva federal), teniendo en cuenta los requisitos que ha de ostentar cada una de las resoluciones que se insertan en tales compartimentos para poder ser impugnadas mediante el recurso extraordinario (pp. 57 a 73).

Nuestro autor, juiciosamente, observará que el alcance o la amplitud de la revisión judicial dependerá de las concretas modalidades que cada situación jurídica exhiba y que en todo caso, aunque sea difícilmente practicable de manera genérica el control judicial suficiente, la línea de sentido ha de volcarse a que la intervención de los órganos permanentes del Poder Judicial ocurra en la medida en que razonablemente se requiera para proscribir la discrecionalidad y la prescindencia arbitraria de la ley (CS, "Fallos": 249:715).

No menos relevante es el estudio del concepto de *sentencia definitiva*, o lo que es igual, la incidencia procesal de la resolución por las implicancias irreparables —o consecuencias a ellas equiparables— en toda la gama y tipos de proceso. El juego ensamblado del principio y de la excepción muestra los senderos por los que, por ausencia de otra posibilidad útil para la tutela del derecho, el requisito del art. 14 de la ley 48 debe darse por existente. Y no sólo hasta el pronunciamiento en el mérito, sino asimismo comprensivos del control ulterior frente a las resoluciones que se siguen a la sentencia definitiva. Palacio discrimina con

pulcritud la magnitud del perjuicio económico, las dilaciones y trastornos de las demoras (el *tiempo muerto* del proceso) y aquellas anticipaciones que suscitan las nítidas cuestiones de gravedad institucional y las que a veces (no pocas) obligan a desplegar la otra loable creación pretoriana de nuestra Corte cuando dibuja el exceso ritual manifiesto (fs. 77 a 99).

Empero, es en el corazón del tema más zarandeado desde los inicios de los años ochenta hasta el presente —el *agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios en el ámbito provincial para empalmar, recién entonces, con el control federal del recurso extraordinario*— en donde (cap. V, pp. 96 a 118) nuestro eximio procesalista mostrará, con el vigor de su diáfano pensamiento, la insistencia por un criterio opuesto al de "Di Mascio" y por ende crítico y divergente del que la Corte, en sus integraciones inmediatas anteriores al noventa y desde entonces, ha acogido y reafirmado sin interrupción, muy arraigado en el autor.

Es sabido que en ese talón de Aquiles de una visión sistemática federalista del control de constitucionalidad de las sentencias judiciales por la vía de la instancia extraordinaria, discrepamos con el Dr. Palacio (con la cordialidad hermanada en más de treinta y cinco largos años de batallar juntos en las cosas del proceso) en una hermenéutica en la que sí nos acompaña el Dr. Guastavino.

Finalmente los caps. VI (*Cuestión justiciable*) y VII (*Cuestión federal*) verdaderas vigas maestras en que se soporta la construcción global del recurso extraordinario, son dilucidadas impecablemente, queremos decir, con prudencia, sin apego a ninguna aplicación estrictamente literal del art. 100 de la Constitución Nacional, reconociendo cómo en diversas circunstancias es muy dificultosa la sistematización de tan opulento y ancho cuadrante de aristas filosas, y cómo los pareceres a predicar no pueden "incorporar la incondicional adhesión a un listado inflexible de cuestiones no justiciables al comprobarse a través de la jurisprudencia de la

Corte Suprema cómo ésta ha atenuado mediante la enunciación de ciertas pautas la aparente rigidez de las reglas formuladas por ella misma en la materia de que se trata" (p. 121).

En el lujoso agrupamiento de los más importantes precedentes del Alto Tribunal en los más variados registros y familias de asuntos litigiosos, de los que no escapan las atribuciones de Superintendencia, aquellas referidas a actuación de sanciones disciplinarias, ni tampoco las consultas para las que la Corte Suprema Argentina (al igual que la Suprema Corte de los EE. UU. de América) carece de competencia originaria o recurrida, se le entrega generosamente al lector el tópico mayor de la cuestión federal (cap. VII, pp. 143 a 205).

En este apartado, al examen tradicional (Imaz y Rey) se agrega con visión moderna el análisis de la suficiencia de la cuestión federal, al igual que la sustancialidad (por oposición a baladíes o insustanciales) para converger en su *trascendencia*, vocablo que luego de la reforma introducida por la ley 23.774 se hospeda ahora en las normas de los arts. 280 y 285 del CPN y sobre lo cual Palacio expresa: "Aunque el concepto de trascendencia se vincula con el del interés o gravedad institucional reviste en realidad mayor amplitud, pues es comprensivo de asuntos que, sin incidir en el interés de la comunidad, exhiben significativa importancia sea por su proyección jurídica o por su entidad económica".

Y con razón, sostiene a renglón seguido (fs. 204) que la concurrencia o no del requisito analizado en los casos concretos es un problema exclusivamente sujeto a la apreciación discrecional de la Corte Suprema, no pesa sobre el recurrente la carga de demostrar esa concurrencia (a diferencia de lo que ocurre en el caso de invocarse la existencia de gravedad institucional) ni ello dispensa la inobservancia de los requisitos formales del recurso extraordinario federal.

[Nosotros hemos sostenido que, por conveniencia ope-

rativa, parece aconsejable que el letrado *argumente* sobre la relevancia al motivar el escrito de impugnación] [3].

Al respecto una acotación común para los dos libros: nuestros autores abordan cuidadosamente el esquema histórico: el clásico tal como fue imaginado y vertido en el art. 14 de la ley 48, y el nuevo y *paralelo* que dibujó la doctrina de la sentencia arbitraria (Guastavino, *Arbitrariedad de sentencia*, t. I, pp. 501-566, Cap. X; Palacio, pp. 219-259, cap. X).

De sobra es sabido que trátase del caso de las sentencias que intentan resolver principalmente cuestiones de hecho, de derecho común y local cuando ellas padecen de graves irregularidades que generan —inevitablemente— casi siempre de manera sorpresiva una clara cuestión federal, es decir de inconstitucionalidad, con inocultable lesión de garantías fundamentales. Así ocurre particularmente con la de la defensa en juicio, de la propiedad o de la seguridad jurídica, lo que para afianzar el sistema del proceso justo constitucional demanda la *necesaria* intervención del Alto Tribunal por el carril de la construcción pretoriana aludida.

Cabe entonces hablar, al transitar ese segundo —y frecuentísimo— camino, de un recurso extraordinario distinto. Igual al clásico pero que —en su práctica, fundamentalmente— es, sin embargo, *diferente*; metamorfosis que no podemos callar ni ocultar. Coinciden en lo esencial pero cubren áreas de control que no son idénticas, para volver a fundirse (como los brazos de un mismo río), en la *finalidad de la revisión*: acordar una tutela más efectiva en la adecuada amplitud de la garantía de la defensa en juicio. Ha mediado, pues, un *crecimiento* institucional de la apelación extraordinaria, que tiene su mejor reconocimiento en la acogida pareja, franca, útil, tanto del Alto Tribunal cuanto de

3 La diferencia entre fundamento (motivo) y argumento de parte en apoyo de su posición o pretensión que hacen a la configuración de "cuestión esencial" a los fines del recurso de nulidad extraordinario de la Provincia de Buenos Aires (Cr. AUGUSTO M. MORELLO, *El recurso extraordinario y la eficacia del proceso*, cit., vol. 2, p. 644, d).

los operadores, los abogados que manejan la impugnación federal.

Parece extraño, pero es así; está aceptado, nos atrapó en el ejercicio profesional, y con tal doble significación o identidad es como se muestra en la realidad [4].

Ese es y no otro su actual modelo, y aunque se alcen voces en sentido opuesto creemos que, afortunadamente, es un esquema que ha inyectado nueva sabia al tradicional, ganando el horizonte en el que se espeja la revisión de constitucionalidad de las *sentencias definitivas* (no sólo de las leyes). Es una asociación indestructible del sistema de 1863 (la versión originaria del art. 14 de la ley 48) y de la enriquecedora construcción pretoriana de la doctrina de la sentencia arbitraria [5]. Que ha sabido sobrevivir (más certero es acotar que se ha consolidado con el tiempo) a todas las presiones y críticas y, a la postre, también a todas las teorizaciones [6].

IV. *Reflexiones valorativas*

Dos atrapantes exposiciones del creativo y cada vez más sugerente recurso extraordinario que, suave como una muselina, sabe volar a nuevas alturas para, en manos de alfa-

4 Me valgo de las reflexiones de Oscar Hermes Villordo, *Ser distinto* (A propósito de la película "De eso no se habla"), "La Nación", 4 de julio de 1991, sección Cultura, p. 3.

5 Sin olvidar, claro está, que el recurso extraordinario (por regla, es decir salvo arbitrariedad o absurdo), no tiene por objetivo sustituir a los jueces de la causa en la decisión de cuestiones que les son privativas, como así tampoco abrir una nueva instancia ordinaria para debatir temas ajenos a la competencia específica de la Corte cuando no se demuestra (precisamente y de modo acabado) que el pronunciamiento contenga en estos aspectos graves defectos de fundamentación que lo hagan inválido como acto jurisdiccional ("C.S.", "Monte Paco S.A. quiebra vs. Buenos Aires Building Society S.A.", 3 de setiembre de 1991, consid. 8º).

6 Conviene retener que, en 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió 6.009 causas sobre 5.019 expedientes que ingresaron en ese Tribunal. Dentro de ese número están los asuntos planteados en jurisdicción originaria, cuestiones de competencia entre tribunales que no tienen órgano superior común, recursos ordinarios en tercera instancia cuando el Estado es parte, recursos extraordinarios y recursos de queja por denegación de la apelación federal ("La Nación", 26 de marzo de 1993, p. 16).

reros expertos y no rutinarios, servir mejor la meta final y norte de la jurisdicción: hacer Justicia.

La obra de Palacio, concisa, rigurosa y contundente se saborea con fruición al permitirnos tomar la posesión clásica —lo bueno que perdura al decir de Unamuno—. Y desde esa perspectiva, sortear los recodos y dificultades que emergen de flancos técnicos y de las presiones a las que lo someten los imaginativos y exigentes justiciables, los que son domesticados con razones y fundamentos que cobran renovada luminosidad. Si, con dúctil comprensión, se sabe captar ese mensaje, se lo hará "servir más y de forma todavía más útil", sin que por ello aumenten las explicables resistencias de la Corte dispuesta a cierta y prudente (necesaria) flexibilización, porque no dejará de ser severa guardiana de sus exigencias formales y cargas de admisión. Pero no de todas, ni menos que el recurso federal salga de madre aunque, de tiempo en tiempo, nos sorprenda con algunos campanazos ("Strada" y "Di Mascio", entre otros) que muestran al Alto Tribunal atento a ajustar y dibujar con inventiva un futuro diferente; en otras oportunidades en cambio a los brincos (el *per saltum*), acogiendo o adoptando requisitos y *posibilidades* con una visión que el Tribunal pretende más acorde con su telesis.

Una lección expuesta con talento, cabal conocimiento y experiencia probada, concisa y densa. Consciente de que el recurso "es así y debe seguir siendo de ese modo" para que con su sagaz y responsable ejercicio se llegue a obtener el éxito que él *puede* brindar, cuando se lo gobierna con puntual precisión.

Los dos volúmenes de Guastavino, de contenido y propósitos más ambiciosos, al transitar por múltiples rincones del accionar de la Corte, han sido forjados por un aplicado operador que (desde adentro del timonel, el Alto Tribunal, que pulsa y concreta su hoja de ruta), ha vivido a pleno, durante años intensos y duros, la forja de su trama y lógica interior en uno de los contextos más difíciles de una centenaria experiencia argentina. Época no por cierto apaci-

ble, sino más bien cruzada de hostilidad, desacuerdos y mal humor.

Expone los problemas con esmerado afán de ordenación y sistematicidad, y aporta las personales respuestas a un amplio friso en el que se modelan las interminables filigranas de un medio de impugnación de registro tan empinado.

Dos estudios vitales que en los años de terminación de centuria proporcionan el balance afortunado de la teoría y la praxis de una institución de notables efectos políticos, institucionales y jurídicos. Civilizadora de las prácticas y que ha sabido pacificar las interpretaciones del derecho en puntos cruciales de nuestra Ley Fundamental. Que amanecida en la fecunda etapa de la definitiva organización del ser nacional (tres años más tarde de 1860) ha acompañado desde entonces y en el insustituible sitial de la Corte Suprema, los sucesivos estadios de nuestra evolución, caracterizados cada uno por la variedad creciente de sus actividades, las transformaciones que se iban produciendo en sus inagotables posibilidades y la diversidad de opciones y expectativas.

La lectura frecuente de estos libros macizos e incitantes degustando su contenido con placer, despertarán sin duda en el lector un espontáneo deseo de establecer con el recurso extraordinario cálida amistad. Esa que de inmediato gana quien en las instancias complicadas de nuestras vidas comparte las vicisitudes y con entrañable disposición se ofrece a ayudar a superarlas. Sabemos que muchas —muchísimas— veces le debemos, *al recurso*, haber retornado a la calma por alcanzar la justa solución y la tutela efectiva de una libertad fundamental.

Lozano, el remedio extraordinario federal o de inconstitucionalidad está siempre dispuesto a contribuir a la consolidación del Estado de Derecho y será (ya lo es) formidable embajador cuando se deban presentar las cartas credenciales al Estado de Justicia.

Ello así pues merced a los frutos que se cosechan de su inteligente ejercicio se van comprendiendo las nuevas

ideas fuerza en torno de las cuales gana adhesión y confianza una nueva concepción de la Justicia accesible a todos y –lo que tendremos que construir con voluntad inclaudicable– de resultados más solidarios y efectivos.

V. *Terminación*

Por cierto que más que con creces ha visto Palacio satisfecha "la modesta aspiración personal, una suerte de guía práctica destinada al profesional necesitado de respuestas perentorias frente a los múltiples problemas de orden técnico que suscita el acceso a la instancia extraordinaria de la Corte Suprema Nacional" (Palabras Preliminares). Un *sobrio, profundo e inteligente* tratado del que disponemos en más, todos quienes en las urgencias de la profesión, en la reflexión teórica, en la proyección institucional y política, nos vemos atrapados por el legendario y utilísimo recurso extraordinario.

No menos francas tienen que ser las palabras de agradecimiento para el emprendimiento que Guastavino ha sabido cumplir con tal puntual y decorosa responsabilidad intelectual.

La buena salud y la vigencia renovada de esa imprescindible palanca para el progreso del derecho y la seguridad efectiva de la tutela jurisdiccional que es la figura que se retrata en el art. 14 de la ley 48, se tonifican con el ingreso de tan sesudas meditaciones. Enhorabuena.

RESPONSABILIDAD DE LOS PORTEADORES EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE

Conferencia pronunciada por el académico Dr. José D. Ray, en la Universidad de Lima, en el mes de octubre de 1993

Palabras preliminares

No puedo comenzar mi exposición sin agradecer antes a la Universidad de Lima y al Dr. Carlos Fernández Sessarego la invitación que determina mi presencia ante ustedes.

Conocí al Dr. Fernández Sessarego en la conferencia de Facultades de Derecho Latinoamericanas celebrada en Chile (Santiago - Valparaíso) en 1962, a la que concurrí como representante de la Universidad de Buenos Aires y, desde entonces, he seguido su brillante trayectoria en el campo del derecho, en tareas de Gobierno y proyección legislativa.

Renuevo en estos días nuestra vinculación en afanes comunes y una amistad de 30 años atrás.

J. D. RAY

RESPONSABILIDAD DE LOS PORTEADORES EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE

1. *El tema*

El tema de la responsabilidad del transportador es de fundamental importancia en el comercio exterior porque el transporte se encuentra en el centro de las transacciones comerciales, principalmente de las internacionales, y de ahí que la mayor parte de la labor realizada para la armonización del derecho comercial ha girado alrededor de la formulación de convenciones internacionales sobre transporte marítimo, aéreo y terrestre.

2. *Legislación latinoamericana hasta 1960*

A grandes líneas y hasta mediados de este siglo, podemos decir que los Códigos de Comercio latinoamericanos regulaban las obligaciones y derechos que resultaban de la navegación, inspirándose —directa o indirectamente— en el Código de Comercio francés, cuyos antecedentes se remontaban a la célebre Ordenanza para la Marina de 1681.

La responsabilidad del transportador se legislaba a través de la figura del capitán quien era responsable, salvo que acreditara la existencia de caso fortuito, fuerza mayor, culpa del cargador o vicio propio de la mercadería.

En nuestra opinión, esas normas legales sobre responsabilidad del transportador eran de carácter esencialmente supletorio y por este carácter adquirieron relevancia las cláusulas de los conocimientos y la lucha que iniciaron los titulares de los derechos de la carga contra aquellas que consagraban beneficios injustificados para el transportador.

3. *Legislación comparada hasta 1924*

En el derecho comparado, la lucha contra las cláusulas del conocimiento culminó con la sanción en EE. UU. de la Harter Act —cuyo centenario se celebra este año—, y las leyes de algunos países del Commonwealth como Canadá, Australia y Nueva Zelandia. En definitiva, se concretó en la Convención de Bruselas de 1924 sobre Conocimientos, conocida como Reglas de La Haya, estableciendo una responsabilidad mínima inderogable para el transporte marítimo.

4. *Legislación en la República Argentina hasta 1961*

En la República Argentina, a partir del fallo de la Corte Suprema, en el caso "Comte c/Ibarra" (en 1936) se desarrolló la tesis jurisprudencial de que las normas sobre responsabilidad del transportador eran de orden público, es decir, que las partes no podían convenir cláusulas que redujeran o limitaran esa responsabilidad.

En numerosas oportunidades nosotros refutamos esa doctrina, genérica en su expresión, sosteniendo que las normas sobre el tema eran de carácter supletorio y que únicamente las cláusulas irrazonables debían anularse.

El fundamento para la nulidad podía encontrarse en la doctrina de los contratos de adhesión y en las normas legales invocables para la anulación de aquellas cláusulas que tradujeran una imposición arbitraria de una parte sobre la otra y que ésta nunca habría aceptado libremente (arts. 21, 953, 501/2 y concordantes del Código Civil).

Destacábamos que las normas de nuestro viejo Código de Comercio, a pesar de los adelantos en relación con la época en que habían sido redactadas (como por ejemplo en el tema de asistencia) regulaban la responsabilidad del transportador marítimo igual que en la época de la navegación a vela, sin prever las modalidades que había impuesto la navegación a vapor, los buques de línea y las nuevas características del tráfico. En otras palabras, sosteníamos que la doctrina jurisprudencial había cambiado el carácter supletorio de las normas de la ley por el de orden público, es decir, por la inderogabilidad, salvo que expresamente el texto legal dijera lo contrario.

En algunos ordenamientos la solución a que hacemos referencia, es decir, imponiendo la inderogabilidad, se estableció legalmente.

5. *La Convención de Bruselas de 1924*

a) La Convención de Bruselas de 1924 establece que el transportador está obligado a poner el buque en condiciones de navegabilidad (absoluta y relativa) para el cumplimiento del transporte, cuidar debidamente la carga y otorgar un conocimiento que individualice la mercadería y su estado.

El conocimiento sin observaciones, respecto al estado de las mercaderías, implica la presunción de que la carga fue recibida en buen estado y su entrega por el transportador en destino, sin observaciones, supone la misma presunción, esta vez a su favor y salvo prueba en contrario.

La responsabilidad del transportador resulta del incumplimiento del contrato, a menos que pruebe que se configuró

alguna de las causales de exoneración específicamente indicadas. Es un régimen de orden público, desde el momento de la carga hasta la descarga y, por lo tanto, inderogable por acuerdo de partes, salvo que sea para aumentar la responsabilidad del transportador.

b) La Convención consagra un conjunto de hipótesis concretas de exoneración, figurando expresamente la innavegabilidad del buque, si el transportador adoptó "la debida diligencia" para ponerlo en condiciones; la culpa del cargador y el vicio propio de las mercaderías; el caso fortuito y la fuerza mayor y casos similares; las culpas náuticas del capitán y de sus dependientes, es decir, la culpa de éstos en todo lo referente a la navegación y al manejo técnico del buque; el incendio, las huelgas y algunas causales específicas, como ser la exoneración, cuando los daños fueran consecuencia de medidas adoptadas para salvar bienes en el mar.

Frente al derecho común, el caso de exoneración más llamativo era la culpa del capitán o de los tripulantes en lo referente a la navegación y manejo técnico del buque.

Esos casos específicos de exoneración se coronan con la exclusión de responsabilidad del transportador, si éste acredita que el perjuicio no deriva de culpa de su parte o de sus dependientes. Esta causal, consagrada en el inciso q, del apartado 2º del artículo 4º de la Convención, es la menos aplicada porque supone probar el hecho negativo de la ausencia de culpa del transportador y tiene mucha importancia por lo que vamos a ver, luego, con referencia a las Reglas de Hamburgo.

Por ahora, consideramos conveniente recordar que, desde un punto de vista académico, la prueba de la ausencia de culpa es distinta a tener que acreditar la existencia del "casus", el caso fortuito o la fuerza mayor. A este tema nos referimos años atrás, analizando el texto de un proyecto de la Cámara de Diputados sobre unificación de la legislación civil y comercial y nuestra exposición titulada "Re-

flexiones en cuanto a la fuerza mayor, la teoría de la frustración del contrato y el cumplimiento de las obligaciones" se publicó en los Anales Nº 25 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

c) Por último, se establece también un límite máximo a la responsabilidad del transportador, por bulto o unidad de flete, de acuerdo con el costo promedio de las mercaderías, a menos que el cargador haya declarado el valor y el flete se haya abonado ad-valorem, es decir, en relación con este valor declarado.

d) En 1924 el límite se fijó a razón de 100 libras oro por bulto o unidad de flete y en 1968 se cambió esa cifra por 10.000 francos poincaré por bulto o 30 francos poincaré por kilogramo de peso de las mercaderías, con la alternativa a favor del reclamante para elegir el cómputo que lleve a una limitación más alta.

En 1979 se efectuó una modificación para establecer la limitación sobre la base de los derechos especiales de giro.

e) El transportador asume la responsabilidad por todo lo referente al cuidado y manipuleo de la carga y responde de la culpa de su parte y de sus dependientes, de las llamadas culpas comerciales, pero queda exonerado de responsabilidad cuando los daños deriven de culpa de sus dependientes, es decir, del capitán, prácticos o tripulantes, en la navegación o en el manejo técnico del buque, las denominadas culpas náuticas.

Con respecto al fundamento de la exoneración por "culpas náuticas" cabe destacar que el porteador, propietario o armador del buque y el titular de los intereses de la carga, y sus respectivos seguros, asumen ese riesgo, sobre la base de que el propietario o armador del buque es quien tiene mayor interés en que no se configuren faltas de esa naturaleza porque afectan preferentemente al buque y, eventualmente, a la carga.

Con idéntico fundamento, las Reglas de La Haya excluyen la responsabilidad del transportador en caso de in-

cendio y como en el de culpas náuticas el transportador únicamente es responsable si existe culpa de su parte, especialmente, por no emplear la debida diligencia en poner al buque en condiciones de navegabilidad.

Es evidente que en los casos de abordaje o de incendio, el buque se encuentra más expuesto o puede resultar más afectado, a pesar de que también se averíen las mercaderías.

Podemos afirmar que uno de los puntos fundamentales del sistema de las Reglas de La Haya y que influye en institutos como el abordaje, la avería gruesa, la asistencia y el salvamento, es la exoneración por las culpas náuticas e implica una excepción a la responsabilidad por los hechos de los dependientes.

Podríamos decir que se forma una comunidad entre el buque y la carga, es decir, entre sus propietarios o sus aseguradores en cuanto a asumir el riesgo de los errores humanos de navegación y así como el propietario, el armador o el transportador exponen su buque, los cargadores o consignatarios asumen los riesgos a que se encuentra sometida la carga, por los errores de los dependientes en la navegación o en los casos de incendio.

f) En síntesis, en la Convención de Bruselas, siguiendo la técnica casuística anglosajona, se enumeran todos los casos en que el transportador no debe ser considerado responsable. Y se le hace responsable por los daños o averías a las mercaderías como consecuencia de las acciones u omisiones en que puedan incurrir él o sus dependientes, en lo referente al cuidado y manipuleo de la carga, pero no cuando se deban a culpas de los dependientes en la navegación, en el manejo técnico del buque o en la configuración de un incendio.

6. *Las reglas de Wisby*

El Comité Marítimo Internacional inició la revisión de las Reglas de La Haya en la Conferencia de Rijeka de 1959 y los trabajos culminaron con la sanción de las Reglas

de Wisby que mantuvieron el statu-quo o equilibrio que se decía mantenían las Reglas de La Haya, desechándose algún cambio que pretendían obtener los transportadores, la enmienda conocida con el nombre del buque "Muncaster Castle".

Se previeron algunas normas complementarias pero en cuanto a los riesgos se mantuvo el sistema vigente.

7. *Las Reglas de Hamburgo*

Las Reglas de Wisby fueron aprobadas en la Conferencia Diplomática de los años 1967/1968 y precisamente, en ese año 1968, en la Conferencia de UNCTAD de Nueva Delhi, se criticaron los sistemas prevalecientes en el transporte y en los seguros marítimos sobre la base de que no contemplaban adecuadamente los intereses de los países en desarrollo, fundamentalmente cargadores.

Tanto UNCTAD como UNCITRAL trabajaron sobre la reforma de la Convención de Bruselas de 1924-1968 y esos trabajos culminaron en la ciudad hanseática de Hamburgo, en 1978, al suscribirse un nuevo convenio sobre el contrato de transporte de mercaderías por mar, denominado Reglas de Hamburgo, en homenaje a la ciudad en que se celebró la conferencia diplomática.

Cabe señalar que la Convención de Bruselas de 1924 y el Protocolo de 1968 se denominan con los nombres de Reglas de La Haya y de Wisby, respectivamente, en recuerdo de las ciudades en que se aprobó la redacción de las mismas.

a) El sistema de la Convención de Hamburgo es de carácter subjetivo, fundado en la culpa, y desecha toda vinculación con el sistema de responsabilidad objetiva que está en vigencia en muy pocos sectores del Derecho.

Cabe recordar que cuando hablamos de responsabilidad subjetiva y objetiva o "estricta" como sistemas contrapuestos, se quiere señalar que es responsabilidad subjetiva la fundada en la negligencia, y objetiva la que se funda en

el riesgo y en la obligación de indemnizar, cuando se prueba la relación de causalidad entre el hecho y el daño, prescindiendo de toda idea de culpa.

Es necesario precisar estos conceptos elementales al solo efecto de tener en cuenta las motivaciones que determinaron la formulación del "Common Understanding" o consenso sobre el sistema de responsabilidad fundado en la culpa que inspira la Convención de Hamburgo, agregado como interpretación "auténtica" de la misma.

La necesidad de establecer ese consenso se debió a que algunos pensaron que se podía vincular el sistema de la Convención al de la responsabilidad estricta u objetiva y que era necesario descartar la posibilidad de que se interpretara el texto como si consagrara este sistema. Personalmente consideramos que es innecesario ese "Common Understanding" porque de la lectura de los artículos 5, 6 y 8 se deduce claramente que el sistema de la Convención se funda en la culpa. En cambio, entendemos y lo sostuvimos en el seno de la Conferencia y de un Grupo de Trabajo, que era conveniente complementar la fórmula del art. 5º con alguna otra como la que proyectamos sobre la base de la exoneración de la responsabilidad del transportador, si se acreditaba una causal fuera de su control.

b) El texto del art. 5º de las Reglas de Hamburgo dice en forma clara que el transportador será responsable de las mercaderías que tiene bajo su custodia, a menos que pruebe que él, sus empleados o agentes, adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho determinante de la avería o de la falta.

El término "razonables" califica al término "medidas" que deben adoptarse para evitar el daño. Consideramos que esta calificación de "razonables" mejora la de "necesarias" establecida en la Convención de Varsovia de 1929 para el transporte aéreo y que con esa calificación se quiere destacar que se deben adoptar las medidas adecuadas, las que debe tomar un "buen transportador" en función de las circunstancias del caso para evitar el daño.

c) Como destacamos en el Seminario organizado por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo en 1979 y que tuvo lugar en la localidad El Pueblo, en las proximidades de esta ciudad de Lima, es importante, al analizar este artículo 5º, señalar algunas pautas del cuidado que debe adoptarse para evitar el daño. Cuando nosotros hablamos de culpa, tenemos que tener en cuenta que, como decía Planiol, la culpa se presenta con facetas múltiples y, por ello, la comparaba con el Dios Proteo, quien adoptaba distintas formas a su antojo. Se han brindado diversas clasificaciones y, en algunos casos, la culpa puede ser tan leve que es difícil precisar si cabe afirmar que se ha configurado o no el hecho culposo para engendrar responsabilidad.

En ese Seminario de 1979 destaqué tres principios en materia de responsabilidad.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta el grado de probabilidad de que se concrete el riesgo.

En segundo lugar, que cuanto más graves puedan ser las consecuencias de no tomar las medidas de precaución, mayor es la exigencia de adoptarlas.

Y, por último, que la dificultad y el costo de adoptar las medidas exigibles para evitar el daño puede explicar o justificar que en algún caso no sean tomadas.

El concepto incorporado en el artículo 5º de la Convención, desde nuestro punto de vista, es el de la diligencia del "buen transportador", la diligencia adecuada en función de las circunstancias del caso. Se habla de la diligencia debida para un buen transportador, recordando el concepto romanista del "Bonus pater familias".

Consideramos que no será necesario, en todos los casos, demostrar que el buque está en condiciones de navegabilidad para exonerarse de responsabilidad. Sería suficiente acreditar que se tomaron las precauciones debidas en función del caso concreto de que se trate y no las condiciones de navegabilidad, si no se ha cuestionado o no es cuestionable la misma.

Se ha dicho también, cuando se comentaron los térmi-

nos del artículo 5º, que con esta fórmula se han suprimido las diecisiete causales que encontramos en el artículo 4º de la Convención de Bruselas.

Consideramos que esa afirmación es exagerada porque, en realidad, si se prueba que se ha configurado alguno de esos casos (exceptuando el de exclusión de responsabilidad por culpas náuticas de los dependientes y la nueva fórmula de incendio), tendría que admitirse la exoneración del transportador. Pero, lo cierto es que, en esos casos, algún Tribunal podría requerir que el transportador probara, además, que se presentó un hecho fuera de su control, que ese hecho él no pudo evitarlo y que tampoco pudo disminuir sus consecuencias, adoptando medidas razonables para evitar o disminuir el perjuicio.

Estos planteos nos llevan a poner de manifiesto algo que es patente con respecto a la interpretación del artículo 5º. Se ha establecido una fórmula genérica, que se presta a interpretaciones disímiles y que pueden ser opuestas.

A solo título de ejemplo y sin compartir opiniones extremas, consideramos ilustrativa la mención de dos criterios expuestos en dos trabajos de la Revista "Le Droit Maritime Français".

En el primer trabajo publicado en el ejemplar del mes de julio, Claire Legendre recuerda que se ha dicho que la prueba que requiere el art. 5º de la Convención es "diabólica", calificativo que se ha empleado para los casos de prueba de hechos negativos. Agrega que para algunos todo accidente podrá ser evitado, y para eliminar el riesgo de esta interpretación se incluyó una declaración de la conferencia en el sentido de que existe "consenso" en que la responsabilidad se funda en la "culpa", o sea en la presunción de negligencia ("La Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer", "Le Droit Maritime Français", Nº 355, julio 1978, p. 387).

En el segundo trabajo, publicado en el mes de agosto, René Rodiére considera que el sistema de la Convención no exige la prueba de la causa del daño, sino la prueba de la

"diligencia razonable", lo que podría decirse la diligencia del "buen transportador" y que este sistema podría considerarse menos severo para la responsabilidad del transportador marítimo que el establecido en las diecisiete causales de exoneración de la Convención de Bruselas de 1924 ("La responsabilité du transporteur maritime suivant les Regles de Hambourg, 1978". Ver "Le Droit Maritime Français", Nº 356, p. 451).

Sobre las Reglas de Hamburgo, en 1979, publiqué un trabajo que conserva actualidad y que se distribuyó en los seminarios realizados en ese entonces.

d) El artículo 5º de las Reglas de Hamburgo ha producido una modificación fundamental al eliminar la causal de exoneración por culpas náuticas y modificar el principio que regía para el caso de incendio.

La fórmula que preveía la exoneración en caso de incendio también se modificó. Aunque se mantiene la inversión del cargo de la prueba el transportador debe responder en caso de culpa de los dependientes.

e) El art. 5º, en su inc. 7, para el caso de factores concurrentes, textualmente dice:

"Cuando la culpa o negligencia del porteador, sus empleados o agentes concurra con otra causa para ocasionar la pérdida, el daño o retraso en la entrega, el porteador será responsable sólo en la medida en que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega puedan atribuirse a esa culpa o negligencia, a condición de que pruebe el importe de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega que no pueda atribuirse a esa culpa o negligencia".

A nuestro juicio, la solución que da el texto legal es acertada, pero la expresión no es feliz.

Alguien podría sostener que el transportador debe producir una prueba cierta de la proporción de culpa. Y esa prueba sólo podrá ser hecha por expertos que deben emitir un juicio de valor, es decir, lo contrario de una prueba

matemática. Esta tesis implicaría desnaturalizar el sentido del texto en cuestión.

La comparación y la cuantificación proporcional de dos o más causales para determinar el monto exacto de aquello que deriva de una causa que no es imputable al transportador depende de un juicio de valor que no puede establecerse con exactitud.

f) También se prevé un nuevo régimen para los casos de demora. El problema de la demora ha sido un tema polémico que ha dado lugar a puntos de vista distintos; algunos han sostenido que puede funcionar dentro del régimen de la Convención de Bruselas y otros piensan lo contrario.

En la República Argentina se ha admitido la responsabilidad por demora y la limitación que establece la Convención.

La regulación de la demora prevista en las Reglas de Hamburgo es acertada y establece un tipo de limitación especial en función del flete.

La Convención de Naciones Unidas, en este tema, siguió la recomendación que formuló el Comité Marítimo Internacional, en su Conferencia de Hamburgo del año 1974, acerca de la limitación que debe establecerse en relación con el flete.

g) Por último, llegamos a un punto que fue el que permitió la aceptación por parte de los países calificados de "armatoriales", que estaban en contra del nuevo sistema de responsabilidad establecido en Hamburgo, y es el referente a la limitación de la responsabilidad. El tema se regula en el artículo 6º, con el complemento de la pérdida del derecho a limitar previsto en el artículo 8º y es un sistema similar al del Protocolo de Bruselas de 1968. Se establecen dos formas de limitación, según el tribunal que debe aplicarlo, pertenezca o no a un Estado que es parte del Fondo Monetario Internacional (art. 26 de las Reglas, al referirse a las unidades de cuenta).

Se estableció un límite de responsabilidad similar al Protocolo de 1967 y se dieron las pautas para sentar un sistema que pudiera servir de orientación justa a los Tribunales en la solución de este problema con respecto al transporte en contenedores.

La limitación de responsabilidad que se establece en la Convención de Hamburgo, como en el Protocolo de 1968, es inquebrantable en principio, salvo que se demuestre el acto intencional del transportador o el acto temerario, es decir, a sabiendas y con conciencia de que el daño probablemente sobrevendría.

Para que haya responsabilidad ilimitada del transportador tendrá que acreditarse la culpa temeraria, y en el caso de personas colectivas, se habrá configurado cuando quien incurre en esa culpa sea un dirigente de la sociedad, con poderes de decisión, o quien tiene la conducción de la persona colectiva.

Se ha mencionado, en más de una oportunidad, que el sistema de limitación debe aplicarse de oficio, porque se dice que "nunca" el transportador debe responder por más del importe de la limitación. Sin embargo, en nuestros Tribunales se ha exigido el planteo de la limitación como defensa que debe oponer el transportador, al momento de la traba de la litis, para darle oportunidad al actor a impugnar ese derecho. En las Reglas de Hamburgo la terminología es similar a la que impera en el sistema de Bruselas y su Protocolo adicional.

h) Hemos encarado muy sintéticamente algunos de los puntos fundamentales del sistema de responsabilidad de las Reglas de Hamburgo y podemos mencionar las siguientes conclusiones:

1) La estructura de las Reglas sigue el sistema latino de expresión de fórmulas genéricas y algunas específicas, mejorando la estructura de las Reglas de La Haya.

2) La generalidad de la fórmula del artículo 5º puede dar lugar a interpretaciones disímiles.

Si la exigencia de adoptar las medidas razonablemente requeribles se interpreta en función del caso concreto de que se trate y de las pautas que nosotros mencionamos, la exoneración podrá acreditarse en forma similar a como se prueba al amparo de la Convención de 1924.

Si adoptamos una interpretación distinta, como la que algunos han dado, evidentemente la Convención implica un sistema de responsabilidad muy severo para el transportador.

3) El sistema de las Reglas de Hamburgo implica un retorno al de derecho común, la responsabilidad por los hechos de los dependientes tanto en el caso de "culpas comerciales" como "náuticas", es decir en la navegación del buque y en este sentido se dice que las nuevas Reglas han excluido una causal injustificada en los tiempos actuales.

La exclusión de las culpas náuticas es un punto polémico y, así como hubo acuerdo para excluir la exoneración en el "Management of the ship", es decir, en el manejo técnico del buque, muchos han considerado que se debe mantener la exoneración por los errores en la navegación.

El cambio es radical y transfiere riesgos que cubría el seguro de la carga al del transportador, es decir, al que cubren los Clubes de "P & I".

4) La cuestión fundamental es preguntarse si con el nuevo sistema se conseguirá lo que es el desideratum: la reducción de los costos en el transporte.

Se encaró la modificación de la Convención de Bruselas para evitar el doble seguro, reducir las ambigüedades y los costos. Consideramos que no se han alcanzado esas finalidades. Subsistirá el doble seguro, el de responsabilidad civil del buque y el de la carga y también subsistirán las ambigüedades, aumentando los costos por la dificultad de la prueba. Por otra parte, será más difícil obtener la uniformidad internacional.

5) No hay duda de que deben tenerse muy en cuenta los intereses de la carga, los intereses de los transportadores y también de los aseguradores pero, fundamentalmente, con-

sideramos que debe pensarse en el consumidor, que es quien debe abonar, en última instancia, los costos del transporte y el del seguro de la carga.

6) Las Reglas de Hamburgo consagran normas específicas sobre otros puntos, reproduciendo algunas normas del Protocolo de 1967 y regulando los temas nuevos referentes a la demora, transporte sobre cubierta y de animales vivos, cláusulas de reserva y cartas de garantía, conocimiento directo, prescripción, jurisdicción y responsabilidad del transportador contractual y del efectivo.

8. *Seminario de 1980*

Veinte años después de haber organizado la Asociación Argentina de Derecho Marítimo las Primeras Jornadas sobre Derecho de la Navegación en Latinoamérica, convocamos a un Seminario, con el patrocinio del Comité Marítimo Internacional, para analizar el tema de la responsabilidad del transportador a la luz de las Reglas de Hamburgo y su comparación con las de La Haya-Wisby.

En el discurso inaugural y como Director del Seminario destacamos su importancia por el estudio comparativo y las conclusiones a que se pretendía arribar y a las que, en definitiva, llegaron los distinguidos juristas que expusieron sobre el mismo. En ese año 1980 se cumplía el 75 aniversario de la fundación de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo y se publicó en inglés y francés el texto de las exposiciones y de los relatores de cada uno de los temas.

9. *Entrada en vigencia de las Reglas de Hamburgo*

a) En el Seminario de Cartagena de 1982, convocado por la Asociación Colombiana de Derecho Marítimo, dijimos que estábamos convencidos de que la nueva Convención tendría el número de ratificaciones o adhesiones necesarias para que entrara en vigencia, pero lo difícil era predecir si

sustituiría, como régimen predominante, a la Convención y Protocolo de Bruselas, en un futuro que, desde luego, no sería inmediato.

b) En 1991 se obtuvieron las últimas ratificaciones o adhesiones que eran necesarias para que las Reglas de Hamburgo entraran en vigencia.

Los Estados contratantes hasta julio de 1991 eran: Barbados, Botswana, Burkino Faso, Chile, Egipto, Guinea, Hungría, Kenya, Líbano, Lesotho, Malawi, Marruecos, Nigeria, Rumania, Senegal, Sierra Leona, Tanzania, Túnez, Uganda y Zambia.

El día jueves de la semana pasada el representante de UNCITRAL, Jernej Sekolec, quien nos visitó en Buenos Aires, nos informó que Austria adhirió a la Convención y que ahora son 21 Estados contratantes.

UNCITRAL tiene su sede en Viena, fue el organismo de Naciones Unidas que proyectó las nuevas reglas y —como es explicable— propugna la adopción de las Reglas de Hamburgo.

Los Estados que han adoptado las Reglas de Hamburgo no representan más del 6 % del comercio mundial.

Esta Convención ha sido el estatuto más polémico en el campo del derecho marítimo y hoy es difícil predecir su futuro.

Personalmente hemos sostenido —y reiteramos— la conveniencia de una estructuración combinada de las Reglas de Hamburgo y de La Haya-Wisby pero se afirma que políticamente ello es impracticable porque hay 21 Estados que las han aprobado y se estima que habrá otros que lo harán en el futuro.

10. *Proyecto del Comité Marítimo Internacional*

En la reunión de Knokke-Zoute del Consejo Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional se resolvió proyectar

unas nuevas reglas, inspirándose en las de La Haya-Wisby y las de Hamburgo.

Ese proyecto fue dejado de lado y en la 34 Conferencia del C.M.I., celebrada en París, se estudiaron los temas fundamentales de la responsabilidad del transportador y, lamentablemente, no se concretó ese proyecto que se había aprobado en Knokke-Zoute, quizás por las razones políticas apuntadas.

11. *La aparición del contenedor*

Como señalamos en el Congreso de Puerto La Cruz (Venezuela), en el Seminario de Cartagena de 1982 escuchamos una afirmación en el sentido de que la *verdadera innovación fundamental,* desde los fenicios a la actualidad, en el transporte marítimo, era la *aparición del contenedor.*

Prescindiendo de la exageración que pueda implicar esa afirmación debe destacarse la influencia que ha tenido el contenedor, que puede ser una especie de parte móvil de la bodega del buque, transformándose a veces los viajes de *puerto a puerto* en viajes de *puerta a puerta.* Es decir, del exportador o fabricante al importador o mayorista, usuario del servicio.

El contenedor ha tenido así una influencia muy grande en el desarrollo del *transporte multimodal.*

En 1980 se celebró una conferencia diplomática en Ginebra bajo los auspicios de UNCTAD y UNCITRAL y se aprobó una convención calcada de las Reglas de Hamburgo, que no ha tenido respaldo por parte de la comunidad internacional. Solamente la ratificaron seis Estados.

Existen varios sistemas sobre responsabilidad del operador de transporte multimodal que oscilan desde el Net System (RED), para los casos en que se puede localizar el daño, al que se concreta en una regulación de la responsabilidad, mediante la cual el operador es responsable, salvo que se prueben algunas causales específicas de exoneración, con

prescindencia del lugar en que haya ocurrido el evento y el sistema imperante en el mismo. Dentro de esta segunda corriente destaco el proyecto de UNCTAD y de la Cámara Internacional de Comercio que consagra una solución inspirada en la de las Reglas de La Haya-Wisby, así como el del Acuerdo de Cartagena.

En la República Argentina el tema está en plena polémica y precisamente hemos formulado más de una observación a los proyectos presentados, redactando unas reflexiones que se publicarán en un futuro muy próximo.

12. *Sistemas de responsabilidad del transportador en Latinoamérica*

Sintetizando, podemos decir que en Latinoamérica existen a grandes rasgos tres sistemas:

a) El de los países que siguen el tradicional del Código de Comercio Francés de 1807 sin perjuicio de que algunos han formulado alguna reforma al texto tradicional como, por ejemplo, Colombia.

En Venezuela existe un proyecto de reforma que se inspira en el sistema de responsabilidad de La Haya-Wisby y se complementa con las novedades positivas de las Reglas de Hamburgo.

b) Los que han adherido a las Reglas de La Haya como Argentina (1961), Perú (1964), Paraguay (1967) y Cuba y Ecuador (1977).

La República Argentina incorporó principios de la Convención de 1924 y la mayoría de los del Protocolo de 1968 a su legislación interna;

c) El de Chile que ha adoptado las Reglas de Hamburgo.

13. *Comunidad Económica Europea y EE. UU.*

En Europa, la mayoría de los Estados son partidarios del sistema de las Reglas de La Haya-Wisby, fundamentalmente el Reino Unido y los países nórdicos.

En Francia hay una tendencia en favor de las Reglas de Hamburgo, a pesar de que la legislación francesa se inspira en las Reglas de La Haya-Wisby.

En EE. UU. se ha desatado la polémica y así como algunas entidades que agrupan a los usuarios del transporte se manifiestan a favor de las Reglas de Hamburgo, los transportadores se oponen terminantemente a las mismas y apoyan la ratificación del Protocolo de 1968 que complementa la Convención de Bruselas de 1924.

14. *Tendencias del Derecho Marítimo con miras al siglo* XXI

Días pasados expusimos el tema "Las nuevas tendencias del Derecho Marítimo cara al siglo XXI" en el Congreso convocado por la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo en Puerto La Cruz y, al referirnos al sistema de responsabilidad del transportador, destacamos que debía tenerse la bola de cristal para pronunciarse acerca de si prevalecerán las Reglas de La Haya-Wisby, las Reglas de Hamburgo o si se formulará un nuevo sistema como se pensaba realizar en Knokke-Zoute.

Desde la sanción de las Reglas de Hamburgo, como hemos señalado al referirnos a la aparición del contenedor, se han modificado las modalidades del transporte y la gran ventaja de la fórmula sobre la responsabilidad de las Reglas de Hamburgo es servir para la unificación de la responsabilidad en los distintos medios de transporte.

Pero hay nuevos aspectos a considerar y las Reglas de Hamburgo sólo han enfocado lo que era fundamental y posible en ese momento.

En la consideración del tema de la responsabilidad del

transportador, debemos tener muy presentes los intereses económicos y, en especial, los de nuestros países, que son cargadores, es decir, exportadores e importadores de mercaderías, pero también con una loable pretensión de desarrollar sus flotas mercantes.

Ese desarrollo debe ser sin desmedro de los intereses de la comunidad, de los consumidores, que son quienes en definitiva soportan las políticas de protección.

Tanto los cargadores como los transportadores coinciden en la conveniencia de reducir los costos operativos de la carga y descarga de las mercaderías, el correspondiente al período del transporte y al de los seguros que cubren los riesgos a que se encuentran sometidos el buque y la carga en ocasión de la expedición marítima.

En los dos últimos años, tanto en el Perú como en la Argentina, se sigue una política de desregulación y derogación de las leyes sobre reserva de carga y de seguros.

Una mala regulación de la política de marina mercante de nuestros países, con excesos por parte de los protagonistas del transporte, armadores, capitanes y tripulantes y la falta de control por parte del Estado, llevó al extremo opuesto, a la desregulación total en razón de que aquella política era perjudicial para la comunidad, pero ésta lleva el riesgo de hacer desaparecer las flotas mercantes nacionales.

La comunidad europea ha mantenido una política proteccionista y realmente es un tema que exige una consideración muy especial. En muchos países se ha contemplado la creación de dobles registros para estimular la utilización de la bandera nacional.

Es costumbre que concluya mis exposiciones destacando la conveniencia del diálogo frente al monólogo; más aún en una disertación sobre un tema tan extenso.

Quedo así a disposición de ustedes para cualquier observación, aclaración o crítica al sintético panorama que he expuesto sobre la responsabilidad del transportador en el derecho comparado y, desde luego, muchas gracias por la atención dispensada.

LOS CAMBIOS DEMOGRÁFICOS Y LAS CRISIS INSTITUCIONALES

Por el académico Dr. Jorge M. Mayer

Nuestra joven República navegó de 1890 a 1990 entre corrientes procelosas y unos pocos remansos. En la primera etapa, antes de 1930, a pesar de algunas turbulencias, fue la Argentina de la fe, el trabajo, la cultura y la fascinante visión del futuro del país.

Casi todos esos gobiernos, con sus baches, creyeron en las virtudes de la Constitución, del derecho, del respeto por las personas y la libertad. Apoyaron a los vecinos en sus empresas, construyeron ferrocarriles, escuelas, puertos y caminos.

Pero luego, una confianza excesiva en las bondades del Señor, y la influencia de las corrientes políticas europeas, no siempre elogiables, fomentaron el estatismo, el barco encalló y muchos perdieron la fe.

Es pues importante esclarecer las causas que gravitaron en ese proceso, y cómo pueden disiparse las borrascas institucionales que desvelan nuestros días.

El tiempo, con fuerza inexorable, mueve los personajes y los cambios estructurales. A pesar de tantas ilusiones y proyectos, en pocos años suben y desaparecen los magos y los redentores y apenas queda el recuerdo de sus aciertos y de sus errores, para lección de las nuevas generaciones.

Chateaubriand fijaba el lapso de cada generación en 33 años, la edad de Cristo, Sainte Beuve redujo ese lapso a 19 años y algunos autores modernos a 12 años.

Es un serio error suponer que las crisis institucionales

son de origen político o personal. Las causas de estas crisis son más hondas, sus raíces se encuentran en los genes de los pueblos, en la superposición de las distintas capas que cubrieron sucesivamente el territorio argentino y que no se han sedimentado aún.

No puede decirse que la vida institucional argentina esté afectada de una ciclotimia pertinaz, que hace pasar a los protagonistas de un desmedido optimismo al pesimismo y a un precario satelismo. La razón de los cambios es distinta y se encuentra en la efímera vigencia de esos protagonistas, condenados a desaparecer en pocos años.

Una conocida definición francesa expresa que, para formar una nación, los pueblos deben estar unidos por la herencia de un rico legado de recuerdos, por una larga historia de sacrificios y devociones, de glorias y de pesares y por una voluntad común, que los impulsó en el pasado a realizar grandes hazañas y los anima todavía para repetirlas en el futuro.

Condiciones que es difícil encontrar en pueblos jóvenes, con pocos recuerdos y aguijoneados por peregrinos afanes.

El *melting pot* no ha concluido su tarea. Las diferencias de los caracteres y los anhelos entre los distintos sectores son profundas. Ese pasado, tan mentado, no existe para aquellos que han llegado hace pocos años, impulsados por las ventajas pecuniarias del "fare la América", en medio de un coscurante desgaste ético que alarma en nuestros días a prominentes dignatarios.

La abrupta rotación de los magistrados que ocupan los cargos más elevados de la República, descubre la inestabilidad social de un país en evolución.

El General Roca ocupó la presidencia de 1880 a 1886. Su lema fue "Paz y Administración", se creyó que el país estaba definitivamente apaciguado. El Dr. Juárez Celman gobernó de 1886 a 1890 y después de su renuncia, impuesta por la revolución de ese año, ascendió el Vicepresidente Carlos Pellegrini, que gobernó de 1890 a 1892, con pulso seguro. Luis Sáenz Peña ocupó la presidencia en 1892 hasta

su renuncia en 1895 y le sucedió el Vicepresidente José Evaristo Uriburu de 1895 a 1898. El General Roca volvió a la presidencia de 1898 a 1904. Quintana gobernó de 1904 a 1906 y al fallecer lo sustituyó el Vicepresidente Figueroa Alcorta de 1906 a 1910. Los gobiernos se creían inconmovibles porque se apoyaban sobre montañas de trigo, una buena cosecha solventaba cualquier falencia.

Roque Sáenz Peña ejerció la presidencia de 1910 a 1914, enfermo y con la esperanza de complacer los reclamos de los hijos de los inmigrantes y encauzar pacíficamente las contiendas electorales, hizo dictar la ley 8.871 del 13 de febrero de 1912, para establecer un nuevo y más sano mecanismo.

Pero esta ley incurrió en graves errores. En primer lugar impuso en el artículo 6º la obligatoriedad del voto, poniendo a los ciudadanos en el dilema de elegir entre candidatos que muchas veces les eran extraños. En segundo lugar despojó, por el artículo 2º, del derecho de voto a los eclesiásticos regulares, equiparándolos a los dementes. En tercer lugar, por el artículo 1º, fijó la edad mínima para votar a los 18 años, cuando el artículo 126 del Código Civil establece que las personas disfrutan de su capacidad legal recién a los 21 años. En cuarto lugar concedió el derecho de voto a los analfabetos, en vez de exigir al votante los conocimientos mínimos de la instrucción primaria, para pronunciarse sobre materias tan delicadas como la administración del país y así impulsar paralelamente la instrucción general.

Todo esto movió a una gran cantidad de votantes a elegir entre el viejito de la barba o el de la boina y los resultados fueron muchas veces negativos. Aparecieron nuevas formas de fraude y un ácido comentario denuncia que las buenas elecciones dan malos gobiernos y las malas elecciones buenos gobiernos.

Al fallecer Roque Sáenz Peña lo reemplazó Victorino de la Plaza de 1914 a 1916, aquel niño que vendía empanadas en la plaza de Salta. Subió luego a la presidencia

Hipólito Yrigoyen, votado por una nueva clase social, los hijos de los inmigrantes, que gobernaría de 1916 a 1922. Fue una vuelta de campana. Los gobiernos patriarcales prudentes y buenos administradores, descendientes de los viejos registreros y saladeristas, fueron desplazados. Las contiendas electorales cambiaron de tono. Se consolidó una clase media, fuerte y empeñosa, resuelta a pasar a primera fila. Yrigoyen, por su ascendencia, apóstol de la Causa, estaba resuelto a destruir "el régimen falaz y descreído" y era enemigo de "los contubernios". Cometió el error de anteponer las afinidades tribales a las capacidades técnicas.

Le sucedió Alvear de 1922 a 1928. Yrigoyen fue reelegido presidente en 1928, pero fue abatido por la crisis mundial de 1929. Depuesto por la revolución del 6 de septiembre de 1930, le sucedió el General Uriburu hasta el año 1932 y el General Justo de 1932 a 1938. Ortiz desempeñó la presidencia de 1938 a 1942 hasta que enfermó y debió renunciar. El Vicepresidente Ramón Castillo ocupó la presidencia de 1942 a 1943, gobernó con sus colegas, los profesores de la Facultad de Derecho, y una inflación del 1 % anual.

Privado del apoyo electoral, fue depuesto por la revolución del 4 de junio. Se aceleraban las vueltas del carrousel. El General Ramírez desempeñó la presidencia de 1943 a 1944, el General Farrell de 1944 a 1946, ascendió luego a la presidencia el Coronel Perón.

En un país enriquecido por la guerra, ciertos gobernantes fascinados por algunas anfibológicas doctrinas europeas creyeron que le correspondía casi exclusivamente al Estado impulsar el progreso. Así estatizaron sistemáticamente toda clase de empresas, los bancos, los ferrocarriles, los teléfonos, las radios, los astilleros, los barcos, los ingenios, las bodegas, las petroquímicas, mineras y siderúrgicas, los hoteles, los salones de baile y los circos.

Como consecuencia de las estatizaciones, aumentó aceleradamente el plantel de funcionarios y empleados y pasó de 370 mil en el año 1944 a 2 millones. El andamiaje

administrativo se desequilibró y las pérdidas presupuestarias fueron enormes. En el año 1920 el sector público absorbía el 11 % del producto bruto, de 1940 a 1945 llegó al 29,4 % y luego al 65 %, clave de los posteriores contrastes.

Se operó otra vuelta de campana y cobraron una fuerza decisiva los sindicatos cuidadosamente organizados. Los pisos de la Avenida Libertador cambiaron de ocupantes.

Apareció otra clase social de empresarios improvisados y audaces, cambiaban los directorios y los equipos, y los propietarios de los viejos latifundios. En París, una comedia festiva describía "C'est nouveaux monsieurs" oriundos del Front Populaire. Se cumplía el viejo proverbio, padre comerciante, hijo caballero, nieto pordiosero.

Uno de los dos errores capitales de esa economía fue la creación del Instituto Argentino para la Promoción del Intercambio, creado por el decreto del 22 de mayo de 1946, que impuso el monopolio del comercio exterior. Las pérdidas fueron exorbitantes y la corrosión mayor. El segundo error fue la compra de los ferrocarriles ingleses cuya concesión caducaba, según la ley 5.307, el 1º de enero de 1947. Se pagaron 150 millones de libras, cuando su valor, según la Dirección Nacional de Transportes, no alcanzaba a 73 millones, con una pérdida operacional de 2 millones de dólares por día.

Las leyes económicas actuaron implacablemente, un Estado ineficiente y adiposo se convirtió en una carga insoportable para la población, asfixiada por los impuestos y los malos servicios. La reacción fue automática y simple, la fuga de los capitales argentinos al exterior.

La Argentina, que ocupaba el 6º lugar en el concierto mundial se desplomó al 56, y del primer lugar que ocupaba en Sudamérica, cayó al 7º.

Reelecto presidente el General Perón, fue depuesto por la Revolución Libertadora de 1955. El General Lonardi ascendió a la presidencia en 1955 y el General Aramburu de 1955 a 1958. Frondizi llegó a la presidencia de 1958 a

1962 y, depuesto, lo reemplazó el Vicepresidente Guido de 1962 a 1963. El Presidente Illia ocupó la presidencia de 1963 a 1966 y depuesto a su vez ascendió a la presidencia el General Onganía de 1966 a 1970, el General Levingston de 1970 a 1971, el General Lanusse de 1971 a 1973, Cámpora y luego Lastiri en ese mismo año. El General Perón volvió a la presidencia en 1973 y a su fallecimiento fue sustituido por su esposa Isabel Martínez de 1974 a 1976.

Depuesta ésta le sucedió el General Videla de 1976 a 1980, el General Viola de 1980 a 1981, el General Galtieri de 1981 a 1982 y el General Bignone de 1982 a 1983.

Las cifras comprueban que sobre 35 presidentes 17 fueron militares, 13 abogados, casi un monopolio, 2 veces un médico y una vez una mujer.

De éstos, 4 presidentes fallecieron de muerte natural y 9 fueron despedidos por pronunciamientos civiles o militares. Las cifras de las víctimas fueron reducidas, comparadas con las de los Estados Unidos, donde sólo en la guerra de Secesión murieron un millón de vecinos y 4 presidentes fueron asesinados.

El examen de estos sucesos revela además que las revoluciones no las hacen los opositores, sino los gobiernos, cuando no cumplen con sus deberes esenciales de asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones y el bienestar de los pueblos.

La ubicación geográfica del país es excelente. Situado en el extremo austral de la América del Sur, alejado de los actuales centros mundiales de poder y de las finanzas, abarca una superficie de 4.025.695 kms² comprendidos los 1.230.000 kms² del sector antártico y se extiende de los 21° 46' de latitud norte a 45° 3' al sur entre los 66° 12' y 53° 28' de longitud, según el meridiano de Greenwich. Con un extenso litoral marítimo, el suelo es rico y variado. Limita al norte con Bolivia, Paraguay y el Brasil, al oeste separado por la Cordillera de los Andes con Chile, al este con el Océano Atlántico y al sur con las aguas polares. El clima es apacible, sólo una pequeña parte, al norte, en el

Chaco y Corrientes, llega a la zona subtropical, la gran masa central es templada y al sur de Viedma es frío.

Este triángulo forma un inmenso recipiente de montes y feraces praderas, que puede alojar ubérrimas poblaciones y esperanzas infinitas.

Una de las etapas más fecundas, por la acción del Presidente Avellaneda y del General Roca, fue el rastrillaje de la Patagonia. Los indios, o al menos algunos, fueron rechazados y concluyeron los malones, los asesinatos, los incendios y las depredaciones. A los 5 millones de hectáreas en explotación en el año 1880, la campaña del desierto sumó 30 millones de tierras cultivables.

Los ferrocarriles, convertidos en la principal palanca del progreso, acortaron las distancias y los desolados desiertos, transformaron el habitat.

En 1855, bajo la dirección del Ing. Juan Campbell, se inició la epopeya del Gran Central Argentino, que debía extenderse de Rosario a Córdoba y luego a Las Horquetas en Catamarca, para atravesar después la Cordillera por el Paso de San Francisco hasta llegar al valle de Copiapó y realizar el viejo sueño de Rivadavia. Concluiría con el aislamiento y la pobreza y derramaría la civilización por los incansables rieles.

Eduardo Lumb proyectó en 1863 el Ferrocarril Sud o Buenos Aires Great Southern Railway, en dirección a Chascomús y Dolores. En 1874 se iniciaron los trabajos del Ferrocarril Central Norte entre Córdoba y Tucumán y en 1887 los trabajos del Ferrocarril Trasandino.

En 1915 se tendió el Ferrocarril de Rosario a Puerto Belgrano y los rieles llegaron a 33 mil kilómetros y luego a 41.644. Unieron al país, comunicaron las capitales provincianas de San Luis, Mendoza y San Juan, multiplicaron la producción y el valor de los campos.

La llegada del ferrocarril a Tucumán en 1866 impulsó los cultivos, de 2.100 Has. en 1875 crecieron a 70 mil en 1910, la producción de azúcar aumentó de 30 mil toneladas

en 1885 a 300 mil en 1926. El volumen de las cargas subió de 71 toneladas en 1865 a 35.655 en 1915.

Años después se agregaron los caminos pavimentados. En 1931 el Presidente Provisional, General Uriburu, aplicó un sobreprecio a la nafta para esas obras. La ley 11.658 organizó la Dirección de Vialidad, bajo el impulso del Ingeniero Justiniano Allende Posse. En pocos años se construyó una red de 30 mil kilómetros, se tendieron las grandes rutas troncales, la ruta 3 al Sur, las rutas 12 y 14 a la Mesopotamia, la ruta 9 a Córdoba, Tucumán y Jujuy, las rutas 7 y 8 hacia Mendoza.

Se cruzaron los puentes de Avellaneda, Uriburu, La Noria, Pueyrredón y la autopista General Paz.

Se fundaron colonias y aldeas, se abrieron iglesias, hospitales, escuelas y pulperías, se afincaron millares de inmigrantes.

Los camiones y el telégrafo unieron los pueblos. Las radios a transistores fueron un excepcional instrumento de civilización, acercaron a los villorrios más alejados, hasta los puestos de ovejeros, perdidos en la precordillera patagónica.

El desarrollo de las nuevas industrias, impulsadas por las grandes corrientes inmigratorias, incidió a su vez profundamente sobre la contextura social y las formas institucionales.

Gracias a la Constitución, al Código Civil y a las nuevas leyes, cundió la seguridad y el afán de progreso en todos los ambientes.

Los alambrados, los molinos y las trilladoras transformaron la vida rural. Fue, según Scobie, la Revolución de las Pampas. Los primeros establecimientos industriales se iniciaron para satisfacer las demandas básicas de alimentos, las harinas, los lácteos, el azúcar, los vinos y las conservas. Los telares ofrecieron camisas, mantas, toallas, casimires y ponchos.

Crecían los ingenios, las cervecerías, los aserraderos, las curtiembres, las carpinterías, los talleres metalúrgicos, fábricas de carruajes, imprentas, fundiciones que ofrecían cla-

vos y tornillos, armazones, cajas de hierro, prensas, utensilios domésticos, sierras, calderas, fábricas de fósforos y tabaco, extracto de quebracho, zinc, plomo, antimonio, carbón y, desde 1907, petróleo.

El trigo era en 1890 el principal producto de exportación, luego se le sumaron el maíz, el lino, la lana, los cueros y la carne enfriada por los nuevos frigoríficos. Cambiaban los capitalistas y la mano de obra y generaron nuevas normas jurídicas.

El gas y la electricidad encendieron la vida de las poblaciones, alargaron los días, iluminaron las calles y las aulas. La sociedad pastoril se transformó paulatinamente en una sociedad semiindustrial. En 1895 los extranjeros eran propietarios del 84 % de las industrias y del 74 % del comercio. En el Buenos Aires del año 1910 se contaban 48.789 establecimientos industriales, con una dotación de 410 mil personas, la mayoría inmigrantes.

A pesar de algunos y hostiles reparos, se construyeron los centros atómicos de Bariloche, Ezeiza, Atucha I, Atucha II, Arroyito, el Embalse de Río Tercero, Pilcaniyen y hasta el críptico Cóndor, que crearon enormes fuentes de energía y demostraron la capacidad de los técnicos locales.

Se pasó de la cultura de las boleadoras a la cultura del átomo.

Naturalmente que las industrias se desarrollaron gracias al proteccionismo oficial y a las tarifas aduaneras, como en su época en Inglaterra y en los Estados Unidos. La apertura de los mercados que propician ingenuamente tantos economistas es sólo una fábula inventada por los países propietarios de las grandes industrias, para que la América Latina compre sus artículos, naturalmente sin que ellos permitan la entrada en su territorio de los productos agropecuarios del tercer mundo. Es la doctrina del hinterland, el resurgimiento del tenaz colonialismo con un lenguaje más rebuscado.

Todavía se recuerda el banquete al que concurrieron Carlos Pellegrini y Vicente Casares y explicaron a los invi-

tados que estaban vestidos con sólo prendas locales, desde la corbata hasta los zapatos.

El catastrófico fracaso de la economía estatista, las emisiones torrenciales de papel moneda, el aumento vertical del costo de vida, la hiperinflación y el deterioro de los servicios públicos impusieron un cambio drástico. La necesidad de eliminar esas fallas y los déficits de los presupuestos, el reclamo por mejores servicios, llevaron como solución a la privatización de las empresas estatales.

Así volvieron a manos privadas los teléfonos, la electricidad, los ferrocarriles, las acerías y las industrias químicas, con un notable alivio. Pero el plan de privatizaciones coloca a los funcionarios en la necesidad de elegir cuidadosamente a quiénes se traspasan los servicios y en cambio se cometió el error de entregarlos en muchos casos a manos extranjeras, cuando debieron ser adjudicados a las empresas privadas argentinas, particularmente aquellos más sensibles para la economía del país, como la explotación del petróleo y sus derivados. Después de todo los ingenieros argentinos son tan capaces como los peones tejanos.

La posición geográfica de la Argentina le dio valiosas ventajas. Ajena, gracias a las distancias, a los endémicos conflictos que dividían los reinos del hemisferio norte, las guerras de 1914 y de 1939 fueron, para sus gobernantes, una enorme fuente de recursos. Las cosechas de cereales, las carnes, la lana y los yacimientos de gas cubrían sus necesidades y pudo darse el lujo de auxiliar a algunos de los estados europeos en los días de apremio.

Pero si las distancias del hemisferio norte nos salvaron de sus disputas, en cambio hicieron caer a muchos funcionarios en las más románticas quimeras.

Por su clima y sus riquezas naturales, luego de implantado un régimen jurídico estable, en el marco de la Constitución de 1853, fue el atrayente refugio de las grandes masas europeas, angustiadas por las querellas monárquicas, las servidumbres y el hambre.

Juan Bautista Alberdi enseñó con precisión que el hombre americano era el europeo nacido en América y que las grandes corrientes inmigratorias, destinadas a cultivar los desiertos, serían un eficaz motor de civilización y de progreso.

El análisis del movimiento de las poblaciones y de las corrientes inmigratorias, muestra la naturaleza social de los periódicos entredichos institucionales, sus virtudes y sus pecados.

En esta etapa, la población del país creció sin pausas:

Año	*Población*	*Año*	*Población*
1869	1.737.000	1946	15.787.960
1895	3.955.000	1947	15.893.827
1914	7.865.000	1948	16.521.060
1930	11.452 374	1949	16.961.000
1931	11.657.656	1950	17.422.197
1932	11.853.000	1951	17.855.269
1933	12.029.559	1952	18.231.496
1934	12.204.094	1953	18.575.500
1935	13.147.943	1954	18.942.800
1936	13.371.734	1955	19.304.900
1937	13.608.428	1956	19.684.500
1938	13.840.658	1957	20.066.100
1939	14.054.611	1958	20.447.200
1940	14.283.723	1959	20.773.400
1941	14.519.222	1960	20.959.100
1942	14.755.720	1980	27.947.000
1943	14.999.050	1985	30.564.000
1944	15.260.013	1990	32.880.000
1945	15.519.960		

El aumento de la población planteó nuevas necesidades, nuevos conflictos y cambios, que gravitaron en todos los ámbitos. El problema se extendió por la confluencia de las corrientes inmigratorias dispares. Estos movimientos con sus distintos colores y mitos dieron vida a un cuadro complejo, seductor y arisco.

La correlación entre el arraigo de los inmigrantes y los cambios institucionales, sus ajustes y rozamientos, es visible. Los efectos no se hacen sentir inmediatamente porque en sus comienzos se limitan a radicarse y a mejorar sus condi-

ciones de vida. Pero sus hijos, la nueva generación, buscaban un mayor rango ya sea en la economía o en las instituciones. "M'hijo el dotor" fue la meta de una época.

Las cifras lo comprueban:

Año	*Inmigración*	*Emigración*	*Saldo*
1880	41.651	20.377	21.274
1881	47.484	22.374	25.110
1882	51.503	8.720	42.783
1883	63.243	9.510	53.733
1884	77.805	14.444	63.361
1885	108.722	14.585	94.137
1886	93.116	13.907	79.209
1887	120.842	13.630	107.212
1888	155.632	16.842	138.790
1889	260.909	40.649	220.260
1890	110.594	80.219	30.375
1891	52.097	81.932	— 29.835
1892	73.294	43.853	29.441
1893	84.420	48.794	35.626
1894	80.671	41.339	39.272
1895	80.988	36.820	44.168
1896	135.205	45.921	89.284
1897	105.143	57.457	47.686
1898	95.190	53.536	41.654
1899	111.083	62.245	48.842
1900	105.902	55.417	50.485
1901	125.951	80.251	45.700
1902	96.080	79.427	16.653
1903	112.671	74.776	37.895
1904	161.078	66.597	94.481
1905	221.622	82.772	138.850
1906	302.249	103.852	198.397
1907	257.924	138.063	119.861
1908	303.112	127.032	176.080
1909	231.084	94.644	136.440
1910	421.599	210.353	211.246
1911	374.067	264.589	109.478
1912	478.061	264.154	213.207
1913	471.014	267.910	203.104
1914	113.059	175.227	— 62.168
1915	43.382	109.923	— 66.541
1916	31.686	71.495	— 39.809
1917	16.688	49.964	— 33.276
1918	12.625	23.693	— 11.068
1919	38.564	39.772	— 1.208
1920	87.032	57.187	29.845
1921	98.086	44.638	53.448
1922	129.263	45.993	83.270
1923	195.063	46.810	148.253
1924	159.939	46.105	113.834

Año	*Inmigración*	*Emigración*	*Saldo*
1925	125.366	49.841	75.525
1926	135.011	55.769	79.242
1927	161.548	57.936	103.612
1928	129.047	54.262	74.785
1929	140.086	58.357	81.729
1930	124.006	59.734	64.272
1931	56.333	53.677	2.656
1932	31.267	43.386	— 12.119
1933	24.345	35.066	— 10.721
1934	27.554	27.104	450
1935	35.066	19.844	15.162
1936	35.560	17.328	18.232
1937	41.469	14.303	27.166
1938	37.762	12.776	24.986
1939	14.506	10.595	3.911
1940	6.210	3.193	3.017
1941	4.675	2.114	2.561
1942	1.849	1.048	801
1943	804	783	21
1944	756	754	2
1945	989	1.341	— 352
1946	4.422	4.627	— 205
1947	39.114	8.942	30.172
1948	120.258	13.006	107.252
1949	150.987	17.298	133.689
1950	136.777	25.348	111.429
1951	108.818	27.251	81.567
1952	81.137	37.939	43.198
1953	53.333	34.816	18.517

Las puertas abiertas, las hebras se imbricaban. De 1857 a 1939 llegaron de ultramar:

Italianos	2.960.711
Españoles	2.070.662
Franceses	250.000
Rusos	180.000
Polacos	178.936
Alemanes	148.762

En 1895 residían en la ciudad de Santa Fe:

Italianos	109.634
Españoles	21.163
Franceses	10.272
Suizos	5.622
Alemanes	4.477
Ingleses	2.944
Austríacos	2.896

En 1914 residían en el país:

Italianos	929.863
Españoles	829.701
Rusos	93.634
Franceses	79.491
Otomanos	64.369

Arribaban cargamentos menesterosos, con el atado al hombro, a la tierra de promisión, la resaca del hambre, de la opresión y de la congoja, seducidos por la ilusión de la paz y de la libertad.

Los lecheros vascos, los yerbateros suizos, los algodoneros polacos, los agricultores piamonteses abrieron los surcos y con el melodioso canto de sus trabajos en las selvas y en las llanuras, fueron la magnífica fuente de los adelantos.

Una ola tras otra, arrastrados por las corrientes, se desvanecieron los restos de la sociedad colonial y las marchitas jerarquías feudales. Crearon una sociedad abierta y fluida, donde cada cual podía ascender a la consideración pública por sus méritos.

La población, que ascendía en el año 1880 a 2.500.000 habitantes, recibió entre los años 1880 a 1910 un injerto de 3.200.000 inmigrantes, que fagocitaron las capas anteriores. Dominaron a los viejos pobladores en todos los órdenes, económico, industrial, comercial y político, hasta imponer una filosofía distinta.

Globalmente la mitad era de origen italiano, a menudo analfabetos, y manejaban el 84 % de las industrias y el 74 % de los comercios. Los primeros inmigrantes fueron puesteros y albañiles, luego llegaron los *ingenieri* y los *commendatori*.

Los nuevos pobladores rompían en sucesivas olas sobre las orillas indiferentes y apenas subsistían algunos borrosos epitafios de las viejas generaciones.

Entre los años 1941 y 1946 las principales hebras fueron las siguientes:

Italianos	397 ‰	Griegos	51 ‰
Españoles	262 ‰	Rumanos	39 ‰
Alemanes	201 ‰	Ingleses	37 ‰
Rusos	93 ‰	Portugueses	26 ‰
Franceses	92 ‰		

Otro pueblo, otro país. Alejandro Bunge clasifica los cambios ocurridos en esos años en la siguiente forma:

	1914	*1940*
Habitantes nativos de ascendencia extranjera	5.127.000	10.227.000
Con vestigios de sangre india	400.000	400.000
Extranjeros	2.358.000	2.503.000
	7.885.000	13.130.000

Estas mutaciones, esa confusión de voluntades divergentes, plantean dos clases de problemas. El primero consiste en la adaptación de los inmigrantes, ricos o pobres, formados bajo otros cielos, dentro del marco de las reglas legales y las costumbres de su nuevo habitat.

El segundo es la influencia que tendrían más tarde esos inmigrantes y sus descendientes sobre la sociedad, la vida cívica y el carácter del país que los recibía, su impronta económica y cultural.

Son un claro ejemplo la ley electoral de Sáenz Peña y el grito de Alcorta, ambos significativamente de 1912, que cambiaron las normas institucionales y hasta el régimen agropecuario para engendrar una nueva sociedad.

El abanico de leyes sancionadas por el Congreso en esos años muestra los efectos que han tenido los cambios de la población en las instituciones. Aparece una correlación entre los nuevos vecinos y el encuadre legal. Entre tantas leyes, basta recordar la ley 346 sobre naturalización, la ley 817 sobre inmigraciones y colonización, la ley 934 sobre libertad de enseñanza, la ley 3975 sobre marcas de fábrica, la ley 4661 sobre descanso dominical, la ley 8899 sobre el Departamento Nacional de Trabajo, la ley 9677 sobre casas baratas, la ley 9688 sobre accidentes de trabajo, la ley 11.278 sobre el pago de salarios en efectivo, la ley 11.110 sobre jubilaciones, la ley 11.627 sobre arrendamientos rurales, la ley 11.640 sobre el sábado inglés, etc.

Nacía otro país. Otros genes, otras simientes. La Sociedad Industrial Argentina se fundó en 1887, los cambios se precipitaban, las rentas de las industrias y la mano de

obra empleada sobrepasaron las rentas del campo y su personal. Paralelamente la influencia de sus titulares gravitó con más fuerza en el clima y en el sesgo de las instituciones.

La partición forzosa de las herencias, impuesta por el Código Civil, bifurcó la propiedad de los campos y de las industrias y permitió a los hijos de los inmigrantes avanzar cada vez más en todos los círculos.

Daba nuevas vueltas el carrousel, de año en año, cambiaban los caudillos y la farándula, a veces con alivio, otras veces con nostalgia.

Un proceso altamente patógeno fue la mudanza de los pobladores del interior a la ciudad de Buenos Aires y a sus aledaños, en busca de trabajo y de mejores condiciones de vida. Desde 1936 se radicaron anualmente 8 mil nuevos vecinos en el Gran Buenos Aires, en 1943 llegaron a 117 mil, de 1947 a 1951 a 230 mil y así se formó un proletariado suburbano acampado en villas miserias, sin pavimentos, sin cloacas, sin agua bebible, sin luz, en condiciones infrahumanas.

La apertura de los mercados no es sencilla ni siempre ventajosa. El gobierno acaba de denunciar que hay actualmente en la Argentina 600 mil trabajadores ingresados ilegalmente, que viven en condiciones rayanas con la esclavitud y en una despiadada competencia con la mano de obra local.

La economía, a pesar de sus avances, todavía no se ha afirmado. En la Provincia de Buenos Aires, la más rica, el desempleo alcanza al 10.6 % y la subocupación al 8,2 %. El INDEC señala que el consumo de alimentos de la población ha descendido de 1974 a 1988, se come menos. En la tierra del buen sol y de las espigas doradas, la mitad de los niños menores de 2 años padecen de anemia y parasitosis por deficiencias alimentarias.

Las administraciones que toleran estos contrastes son la fuente de graves descontentos, que deben sanearse prontamente, para mantener al menos la paz social.

La irrupción masiva de los nuevos pobladores formó

una mezcla confusa y destemplada. No todo eran bendiciones, a veces substituían a los indios de La Pampa con otros más temibles, "las 7 plagas de Egipto". Alberdi en 1870 y Estanislao Zeballos en 1889 protestaban y exigían una más cuidadosa depuración.

En 1869 en una población de 1.736.923 habitantes, 211.922 eran extranjeros. En 1895 con una población de 3.954.911 vecinos, los extranjeros sumaban 1.006.848, en 1914 sobre 7.885.000 habitantes 2.357.000 eran extranjeros y a menudo los más ricos. La tarea del *melting pot* sería larga.

La vida cívica se encauzaba ásperamente entre graves contrastes. El asesinato del General Urquiza y de sus dos hijos, Justo Carmelo y Waldino, el 11 de abril de 1870, consternaron al país. Se sucedieron el levantamiento de López Jordán y las revoluciones porteñas de 1874 y de 1880.

El 31 de diciembre de 1872, una banda de fanáticos al grito de "Mueran los gringos y los masones", masacraron en Tandil a los pobladores vascos e ingleses. El 23 de agosto de 1873 Francisco y Pedro Guerri dispararon un trabucazo contra el Presidente Sarmiento. El 23 de febrero de 1875 las turbas incendiaron el Colegio y la Iglesia de El Salvador. Como una fiebre recurrente estallaron luego las revoluciones de 1890, 1893 y 1905. En 1921 unas bandas de anarquistas y chilenos saqueron las estancias de la gobernación de Santa Cruz, síntomas de un molesto desequilibrio interno.

El 21 de noviembre de 1909 fueron asesinados el Coronel Ramón Falcón y su secretario Lartigau, y el 26 de junio de 1910 estalló una bomba en el Teatro Colón.

El 25 de junio de 1912 los colonos de la Provincia de Santa Fe, acuciados por la caída del valor de los cereales, lanzaron el grito de Alcorta contra los propietarios de los campos e iniciaron la Federación Agraria que se extendió rápidamente por las provincias de Buenos Aires, Córdoba y La Pampa con una fuerza novedosa.

De Italia llegaban anarquistas y carbonarios, de Francia prófugos de la Comuna y maestros positivistas, del Este de Europa nihilistas, sinceramente convencidos de que podían mejorar el mundo arrojando bombas sobre los gobernantes.

Sembraron un enorme desquicio entre los más ingenuos vecinos. En 1918 estalló en Córdoba la Reforma Universitaria, encendida por los admiradores de la revolución bolchevique y de la reforma agraria del Yucatán. En 1919 asaltaron los talleres Vasena hasta desembocar en la Semana Trágica. En 1923 fue asesinado el Coronel Héctor Benigno Varela, salvador de la Patagonia. El anarquismo se puso de moda.

Las instituciones no son construcciones aéreas, su vigencia y su eficacia dependen primordialmente de la naturaleza psíquica y moral de los pueblos, como vemos hoy en Somalía y Yugoeslavia. Sin impugnar sus valores humanos, parece difícil en nuestros días encerrar en un mismo molde y someter a las mismas reglas institucionales a tribus y pueblos hechizados por quimeras ancestrales y reflejos centenarios.

De ahí la importancia cada vez mayor de la instrucción cívica, del orden jurídico, del respeto a la libertad y sobre todo del buen conocimiento de las cuatro reglas aritméticas. El dilema es siempre ser una república o una toldería.

La población crecía rápidamente, pero más en los centros urbanos que en los campos. La mitad del país vivía en las ciudades y el 33 % de los inmigrantes se radicaban en Buenos Aires, Rosario, Córdoba y Mendoza.

La Gran Aldea cambiaba, desaparecían las casas chatas con sus tres patios, reemplazados por los palazzi de los nuevos ricos, con zaguanes, escaleras de mármol, salas de billar y carbonera. En 1889 el Intendente demolía en una noche el viejo Cabildo para abrir paso a la Avenida de Mayo. Todo un símbolo.

Formaban centros característicos de reunión. Luego del legendario Club de Residentes Extranjeros, se fundaron los clubes Alemán, Americano, del Archipiélago Canario, Ita-

liano, Español, Gallego, Francés, Inglés, Libanés, Oriental, Portugués, Sirio y Sirio Libanés, otros tantos núcleos beneméritos de cultura y economía.

La misma dispersión muestra el establecimiento de los Bancos de las distintas comunidades, los Bancos Alemán, Comercial Italiano, Suizo Italiano, Nacional de París, Basel, del Uruguay, Boston, Chase, Galicia, Ibarra, Brasil, Español, Exterior de España, Florencia, Francés del Río de la Plata, Hispano Corfin, Holandés, Morgan, Roberts, Supervielle, City Bank, América, Napoli, Nueva Escocia, etc.

Vanidad de vanidades, en pocos años cambiaban los empresarios y los dirigentes, su giro y sus balances. Basta leer la nómina y los nombres de los jugadores que en estos días forman la Selección Nacional del fútbol argentino.

Actualmente un buen número de las empresas estatales ha pasado a manos extranjeras, teléfonos, telégrafos, electricidad, ferrocarriles que controlan vastos espacios. Los países no se conquistan más con banderas clavadas y cañonazos, sino con tratados, préstamos y *take overs*.

Dentro de ese fárrago social de sectores cambiantes, unos en ascenso y otros en descenso, las corrientes culturales tuvieron una excepcional gravitación. Enderezaron las ambiciones, el rumbo de las más diversas empresas y generaron a su vez decisivos cambios institucionales.

En 1852 apenas el 10 % de la población sabía leer y escribir, en 1859 el 27 %, en 1914 el 65 % y en 1938 el 93 %. En la provincia de Buenos Aires concurrían en 1858, a las escuelas, 8.064 alumnos, en 1866 llegaron a 13.449 y en 1876 a 23.770.

En 1869 sólo el 20 % de los niños en edad escolar llegaban a las escuelas y los 2/3 de la población era analfabeta, en 1914 la asistencia escolar alcanzó al 56 % y el analfabetismo se redujo a una tercera parte. En 1886 se contaban 2.658 escuelas con 189.212 alumnos, en 1916 se llegó a 8.229 escuelas con 588.526 alumnos, y en 1933 a 11.633 escuelas con 1.614.315 alumnos.

Pero dentro del propósito encomiable de reducir el

analfabetismo, la ley 1420 del 8 de julio de 1884 impuso innecesaria y frívolamente, la educación común "obligatoria y gratuita y gradual conforme a los preceptos de la higiene".

Fue el gran error del Presidente Roca y de sus ministros, seducidos por la influencia del histérico anticlericalismo francés de la III República, de Jules Ferry, Cremieux, Combes y Waldeck-Rousseau, entonces de moda. Con el pretexto de complacer a las colonias extranjeras, que nada reclamaban, dispusieron en el artículo 8º que la enseñanza religiosa sólo podría ser impartida en las escuelas públicas, por los ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de sus respectivas comuniones, antes o después de las horas de clase, y en la práctica la eliminaron totalmente.

Los frutos del laicismo fueron deplorables, despojó a la vida institucional de todo respaldo ético y abrió las puertas a las licencias y a las entelequias que asombran actualmente a la población. Las críticas más severas se han dirigido a la televisión y al nivel de sus programas. Martín Fierro y Segundo Sombra fueron desplazados por Michael Jackson y Madonna, más taquilleros.

El anarquismo importado de Italia, el positivismo de Francia y el totalitarismo de Medio Oriente, fueron las tres epidemias infantiles del siglo, que asolaron estas tierras.

Esa educación pecó en muchos casos de teórica y verbalista y sufrió la contaminación de las corrientes más remotas y discordantes.

Alberdi predicaba, en sus días, que era indispensable convertir el Colegio de Ciencias Morales en un Colegio de Ciencias Exactas aplicadas a las industrias. "No pretendo que la moral debe ser olvidada. Sé que sin ella la industria es imposible, pero los hechos prueban que se llega a la moral más presto por el camino de los hábitos laboriosos y productivos, que no por la instrucción abstracta. Estos países necesitan más de ingenieros, geólogos y naturalistas, que de abogados y teólogos. Su mejora se hará por caminos, con pozos artesianos, con inmigraciones y no con periódicos

agitadores o serviles... Nuestra juventud debe ser educada en la vida industrial, y para ello ser instruida en las artes y ciencias auxiliares de la industria. El tipo de nuestro hombre sudamericano debe ser el hombre formado para vencer el grande y agobiante enemigo de nuestro progreso, el desierto, el atraso material, la naturaleza bruta y primitiva de nuestro continente" (O.C. 3, 418).

Esto explica el éxito y la expansión de las Universidades privadas, como la de El Salvador, Católica, Belgrano, Palermo, Museo Social, de Ciencias Sociales y Empresariales, San Juan Bosco de la Patagonia y San Andrés.

Afortunadamente completadas por las Universidades Nacionales de La Plata, Luján, Lomás de Zamora, Matanza, Centro de Buenos Aires, Mar del Plata, Córdoba, Entre Ríos, Salta, Jujuy, San Juan, Comahue, Misiones, General San Martín, Catamarca y Santiago del Estero y las más técnicas de la Marina Mercante y de Ciencias Exactas y Naturales.

El equilibrio intelectual es más importante que el equilibrio monetario y el segundo no puede subsistir sin el apoyo del primero. No estamos en un país inmóvil, las olas de inmigrantes se han volcado, una después de la otra, y han mutado las personas y las instituciones.

La sociedad se encuentra envuelta en un remolino de corrientes distintas y en plena emulsión. Los núcleos chocan a veces entre sí o se fusionan, encuadrados por un régimen institucional que todavía no se ha consolidado, como muestran los proyectos actuales de reformas constitucionales, que pueden sumirnos en una honda crisis, si no se logra asegurar la libertad y el bienestar de los pueblos.

Las instituciones republicanas se hallan en nuestros días irreflexivamente impugnadas por los reclamos de distintos sectores, frente a un público de ciudadanos cada día más perplejos.

Para un viejo y sapiente testigo, los partidos se han transformado en cuerpos de línea, comandados por camarillas, a veces con aroma de picaresca cervantina, que subor-

dinan el interés público a las ambiciones tribales y detienen el progreso.

Así crece una politicracia, alucinada por los nuevos instrumentos de propaganda, inclinada a la prodigalidad y al despilfarro de los dineros del pueblo, hasta formar una casta parasitaria, formalmente semejante a la vieja nobleza, que traba las industrias y el comercio y desangra a los vecinos, en una nueva lucha de clases.

Sus consecuencias han sido las villas miserias, la falta de servicios y de luz, la desocupación y las epidemias, que no han logrado aliviar los actuales planes económicos. ¿Qué puede importarle a un sufrido villero, que vive en una choza de lata, con agua hasta las rodillas al menor chubasco, que el término del presidente sea de 6 ó 4 años y el de los senadores de 9 ó 4?

El derecho constitucional se basa en la realidad social, en la busca del bienestar del pueblo y no en las efímeras luchas de las trenzas. La historia enseña que tarde o temprano estalla el descontento, como se vio en Santiago del Estero, Villa Ocampo y Chiapas. La Villa 31 es la imagen patética de las falencias de una economía numérica.

El problema social se ha agudizado, en los últimos años, a causa del aumento de la población y de sus mayores necesidades, salarios y comodidades. El clima se ha vuelto más exigente y receloso. Por su parte, la economía se ha vuelto más compleja por el entramado de los factores internos y externos, no siempre amigables.

La legislación sigue el mismo ritmo, se multiplican las leyes y los decretos de emergencia, con el deseo de solucionar los cambiantes problemas institucionales, precariamente y no siempre con óptimos resultados.

Los repertorios de jurisprudencia forman gruesos volúmenes, que intrigan a los profanos. La ignorancia de un derecho incierto se difunde, con serias inquietudes para el público.

Los pueblos se han vuelto pragmáticos, no les interesan los elocuentes discursos y las sospechosas promesas de los

candidatos. Quieren empleos y trabajo, techo, agua potable, buenas escuelas y hospitales.

Las nuevas generaciones, descendientes de las corrientes inmigratorias, al salir de las Universidades, pretenden que se les brinden puestos bien remunerados, para formar un hogar y criar sus hijos. Prefieren las computadoras al latín.

Afortunadamente, en los últimos años, se ha rectificado la economía, se ha puesto coto a las estatizaciones y se han privatizado numerosas empresas deficitarias. Se ha hecho mucho, pero todavía falta mucho por hacer. La educación también ha mejorado por obra de las Universidades privadas, pero todavía falta erradicar la política de las Universidades nacionales, respetar las jerarquías intelectuales y extender la enseñanza técnica y las investigaciones.

Aparecen en las nuevas generaciones, signos concretos de reacción, que alientan angustiadas esperanzas.

Uno de los efectos más inesperados y gravosos de las corrientes inmigratorias ha sido, como hemos dicho, el hacinamiento de 9 millones de habitantes en el Gran Buenos Aires, que forman en la actualidad un centro monopólico de industrias, comercio y finanzas y que imponen un patológico desequilibrio de la República. Se ha vuelto, pues, urgente, trasladar la capital al centro geográfico del país, por ejemplo Río Cuarto, para sanear el clima y las actuales condiciones sociales y económicas.

Es igualmente deplorable el abandono de la Patogonia y la confiscación de sus recursos más importantes, como el petróleo y el uranio, y de la población del Chaco, sumida en la miseria y la desnutrición, postrada por el Mal de Chagas, el cólera y la meningitis, cuando hay suficiente mano de obra desocupada, que podría destinarse a mejorar las condiciones de vida en esas zonas, con plantaciones de bosques, yerbales, algodoneros, cafetales, tabacales, exploraciones petrolíferas, reconstruir la Argentina.

Todavía los gobiernos no han conseguido eliminar el *spoil system* y los favores tribales, que recargan con gastos injustificables la canasta familiar de los vecinos.

Hoy el problema institucional ha dejado de ser una cruzada romántica, su objetivo se ha concentrado en lograr una administración eficiente que brinde a los pueblos un tangible bienestar, trabajo, seguridad, escuelas y hospitales.

Es preciso reformar un régimen impositivo, agobiante y desalentador, que impide el ahorro personal y la capitalización de los argentinos, sin lo cual poco se avanzará y quedaremos sometidos a la vara de los Bancos internacionales.

Es igualmente necesario modernizar algunos órganos institucionales. Por ejemplo, reducir el número de diputados de 256 a 120, para que actúen con más agilidad, eficacia y menor costo para los vecinos.

Es finalmente necesario comenzar inmediatamente la construcción de un millón de casas, para paliar el actual déficit habitacional y dar trabajo a los 3 millones de desocupados.

Debemos recrear el modelo argentino, tan zaherido en los últimos años, brindar una clara conciencia de su espíritu y de su carácter. Afortunadamente ese modelo subsiste, madurado por las marejadas y los contrastes, por una tradición cívica occidental y cartesiana, decantado por las experiencias, las porfiadas ansias de libertad, el rol de los gobernantes como servidores de los pueblos, la seguridad de las personas, de la libertad de pensamiento, de la investigación científica y de la crítica, la libertad de las iniciativas privadas.

Retomar el camino de luz que abrieron Echeverría, Alberdi y Pellegrini.

LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO MARÍTIMO CARA AL SIGLO XXI

Conferencia pronunciada por el académico Dr. José D. Ray, en el Congreso de Puerto La Cruz (Venezuela), en el mes de octubre de 1993

1. *Seminario de 1980*

Hoy, al tener el placer de participar en un Congreso organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y referirme a "Las nuevas tendencias cara al siglo XXI" vuelve a mi memoria el celebrado con la participación del Comité Marítimo Internacional en la Isla Margarita, trece años atrás, en 1980, y titulado "The maritime law: today and tomorrow".

En ese seminario se trataron los más variados temas sobre fletamento, transporte, hipotecas, privilegios y seguros, especialmente el de "P and I", es decir, de protección e indemnidad.

2. *La técnica en el siglo* XX

Al comenzar una comunicación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires refiriéndome a la evolución del derecho marítimo, decía que este siglo XX se ha caracterizado por la gran transformación técnica y que en los últimos años se ha producido un "shock de cambio" en los negocios y en la política, con gran influencia en las comunicaciones.

Esos adelantos técnicos se han manifestado en el campo del negocio marítimo, al punto de que las modalidades del

tráfico han cambiado en las últimas dos décadas y son distintas a las que prevalecían hasta bien avanzada la primera mitad de este siglo.

3. *Las tendencias del derecho marítimo contemporáneo*

Personalmente, desde hace más de 20 años, en distintos trabajos me he referido a las nuevas tendencias del derecho marítimo y, quizás, podría hablarse de una tercera etapa en la historia del derecho de la navegación.

Así como la incorporación del vapor cambió las modalidades que prevalecían en la navegación mediante remos y velas, las modalidades actuales, reitero, importan un cambio trascendental [1].

En una conferencia que pronuncié en 1990, en el Seminario organizado por la O.E.A., en Río de Janeiro (ver Anales Nº 29 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires) y en el Capítulo Preliminar del primer volumen de mi *Derecho de la Navegación*, publicado el año pasado, dije que podían señalarse los siguientes temas como fundamentales en la evolución del derecho y del negocio marítimo contemporáneo.

a) El predominio de los organismos de Naciones Unidas en la elaboración de las normas internacionales.

b) La aparición de una nueva sistematización dentro del concierto del derecho internacional, el derecho del mar, codificado en la Convención de Montego Bay de 1982.

c) La protección ecológica, es decir, las medidas que se han adoptado para prevenir o remediar la contaminación

1 En un excelente libro titulado *La Navegación Iberoamericana*, publicado con motivo del 5º Centenario del Descubrimiento de América (1992) y en el que se destaca la navegación de los buques alemanes a los puertos latinoamericanos, se presentan tres buques en el puerto de Hamburgo en los que se dice que están representadas las tres generaciones de buques, los veleros, los buques convencionales y los porta-containers, exponentes de las nuevas modalidades. Esos tres buques son RICHMER RICHMERS (1896), CAP SAN DIEGO (1962) y CAP TRAFALGAR (1989) y representan un símbolo de las tres etapas, aunque el velero es de los últimos cargueros del primer período de la navegación.

por hidrocarburos y las que se están estudiando para paliar las consecuencias que pueden derivar del transporte de mercaderías nocivas y peligrosas.

d) Las medidas de seguridad y la represión de actos ilícitos en el mar, en especial, del terrorismo.

e) La influencia de las nuevas concepciones jurídicas, consecuencia de un afinamiento en el tema de la responsabilidad civil y la pretensión de buscar nuevas fórmulas para distribuir el riesgo marítimo y las causales de exoneración y limitación de responsabilidad en caso de pérdidas y de averías por daños y gastos que inciden en las mercaderías transportadas.

f) Las nuevas modalidades y las nuevas fórmulas de contratación y de documentación, como consecuencia de la necesidad de precaverse contra el fraude marítimo y las características impuestas por la informática y la computación.

g) La explotación del mar, con las operaciones "offshore", así como la influencia que éstas tienen en el derecho de la navegación.

4. *El problema financiero y las nuevas formas de explotación marítima*

a) Ante el "*problema financiero*" planteado en el negocio marítimo y la exigencia de mantener el tráfico con buques adecuados, se originan nuevas formas de explotación.

Un armador no puede mantener el número de buques y de frecuencias entre determinados puertos y obtener un promedio de cargas que le brinde económicamente beneficios.

Por esa razón los armadores han debido racionalizar al máximo el servicio de los buques de línea y han aparecido esas nuevas formas de explotación, mediante las cuales se utilizan determinados tipos de buques y se mantiene la regularidad de viajes necesaria para prestar el servicio ade-

cuado a los usuarios y alcanzar un rendimiento económico que de otra forma no podrían obtener.

Los contratos que se realizan son tan variados que hay que analizar las obligaciones de las partes antes de guiarse por la denominación de los mismos.

Estas obligaciones se refieren a las *"relaciones entre las partes"* pero también es necesario analizar las relaciones de esas nuevas figuras con los usuarios, es decir, considerar las *"relaciones externas"* que se formalizan entre los sujetos que pueden aparecer como transportadores frente a los titulares de la carga.

b) Se ha producido una evolución de las *"Conferencias de fletes"*, que se preocupaban fundamentalmente de *las tarifas y los acuerdos de "pool"* para determinado tráfico, pero manteniendo sus miembros la explotación individual y autónoma, a una *explotación colectiva e integrada* en una cadena de operaciones coordinada por decisiones de quienes tienen la conducción de las mismas.

c) Con los *"joint services"* y con los *"consorcios"* de armadores en sus distintas formas, se aumenta el número de frecuencias, se reducen los costos y se obtienen beneficios, sin que esto implique eliminar la competencia entre los armadores, en algunos tipos de consorcios.

El tradicional armador y transportador con sus agentes, estibadores e intermediarios cambian, acumulan o reagrupan sus funciones, hasta la aparición del llamado *"non vessel operating common carrier"* (operador de buques de línea que efectúa el transporte sin buques de su propiedad).

5. *Los consorcios*

Las modalidades jurídicas son muy distintas y van desde las "joint ventures" hasta los contratos de gerencia y de fletamento, y todo depende de la formalización contractual que elijan.

Los consorcios son acuerdos de tipo horizontal, en los que los participantes están en la misma posición en relación con el objeto que determina su constitución.

Las cláusulas esenciales se refieren a la provisión de buques, las finalidades y sanciones en caso de incumplimiento, la división y las responsabilidades en el grupo, la constitución y los poderes del órgano de determinación. Todo depende de lo que se convenga y a veces del carácter evolutivo del contrato.

A título de ejemplo menciono *algunos puntos* que se contemplan en uno de esos contratos:

a) El *número y tipo de buques* que cada armador deberá mantener de acuerdo con el convenio y con una bandera que permita la realización del servicio.

b) Los casos de "*off hire*" del buque, por las diversas circunstancias que pueden ser causa de que no esté en servicio.

c) El número de espacios asignados en los respectivos buques, denominado "*basic slot allocation*" (B.S.A.) y las posibles cesiones entre las partes, determinándose luego los gastos sobre la base del "*actual slot allocation*" (A.S.A.), es decir, lo que resulta después de las cesiones o intercambios.

d) Las condiciones del transporte de los *contenedores vacíos.*

e) La operatividad, que puede ser delegada a la "*Oficina Coordinadora de la Joint Venture*" (Joint Coordination Offices).

f) La *responsabilidad* de los *armadores* frente a los fletadores del espacio por la navegabilidad de sus buques, de acuerdo con las Reglas de La Haya y, en función de lo dispuesto en estas normas, por todo lo referente a un cuidadoso transporte, custodia y manipuleo de las mercaderías. A su vez, los *fletadores o utilizadores* de los espacios responden por todo lo referente a un cuidadoso recibo, carga, manipuleo, estiba, descarga y entrega de las mercaderías y contenedores.

g) Los derechos y las obligaciones de las partes en los casos de actos y contribuciones en *avería gruesa y salvamento.*

h) La ley aplicable y la resolución de cualquier diferendo se resuelve mediante *arbitraje.*

En lo referente a las modalidades de los consorcios deben distinguirse distintas formas:

a) "*Explotación directa*", emitiendo cada armador los conocimientos y asumiendo los riesgos de la explotación. Los miembros del grupo pueden cargar las mercaderías a bordo de los distintos buques, pero es el armador-propietario quien tendrá la calidad jurídica de transportador para todas las mercaderías cargadas.

b) "*Explotación indirecta*" porque los armadores conservan la gestión náutica de sus buques, pero la entidad jurídica común tiene la calidad de transportador.

c) "*Fletamento de espacio*" por el cual la capacidad de transporte de todos los buques del consorcio se pone en común y cada armador celebra fletamentos parciales, en función de la participación en el tráfico.

Todo esto tiene repercusión en el sistema del seguro y hay que prever las normas aplicables al caso.

En cuanto a las "*relaciones con los terceros*" los beneficiarios de los conocimientos tienen reglas bien precisas para la identificación del transportador. Es necesario que los cargadores sepan sin ambigüedad con quienes ellos han contratado y las acciones deben dirigirse contra quien asume la figura del transportador.

6. *Sociedades de gestión de buques*

Dentro de las nuevas formas de explotación debemos referirnos a las sociedades de gestión de buques por cuenta de los armadores, los llamados "*ship managements*".

Son sociedades de gestión por cuenta del armador propietario, un nuevo género atípico y que no puede calificarse

de sociedad de armamento porque se trata de un contrato de gestión comercial o técnico. Presta servicios según los términos del contrato.

La sociedad no compromete su responsabilidad, salvo el caso de falta grave o intencional y, jamás, por simples errores comerciales. Hay que distinguir los actos decididos por ella en el cuadro estricto de su gestión, o los decididos a títulos de representante del armador-propietario, es decir, en el cuadro de la gerencia. Podría decirse que en este caso rigen las reglas del mandato.

En la Oil Polution Act (1990) de EE. UU. se establece que el "ship manager" es responsable al igual que el armador-propietario.

El *derecho marítimo se adapta a las nuevas modalidades* y un ejemplo es la Convención de limitación de responsabilidad de 1976, que puede invocar toda persona cuyos hechos, negligencias y faltas puedan entrañar la responsabilidad del buque.

7. *Aparición del contenedor*

En el Seminario de Cartagena de 1982 escuchamos una referencia en el sentido de que se había dicho que la *verdadera innovación fundamental,* desde los fenicios a la actualidad, en el transporte marítimo, era la aparición del contenedor.

Prescindiendo de la exageración que pueda implicar esa afirmación debe destacarse la influencia que ha tenido el contenedor, que puede ser una especie de parte móvil de la bodega del buque, transformándose a veces los viajes de puerto a puerto en viajes de puerta a puerta. Es decir, del exportador o fabricante al importador o usuario mayorista, usuario del servicio.

El contenedor ha tenido así una influencia muy grande en el desarrollo del transporte multimodal.

El término *contenedor* adquirió ciudadanía a partir de

1970 y pueden considerarse como tales a los furgones, camiones o vagones ferroviarios especiales, hasta a las simples "cajas de carga", que es el término que emplea el art. 269 de la Ley de la Navegación argentina, cuando se decía que *contenedor* era un neologismo.

8. *Estaciones terminales*

El desarrollo del contenedor ha impulsado el de las estaciones terminales, las que deben contar con una infraestructura adecuada y, en este sentido, debemos mencionar la convención celebrada bajo los auspicios de UNCITRAL en Viena en el año 1991.

En esa convención se establece el concepto de empresario de la terminal (art. 2º), el documento que deberá expedir (art. 4º), el sistema de responsabilidad y su limitación (en función del peso), el extenso período de que se goza para formular el reclamo (21 días), en razón de que el empresario debe preocuparse de documentar el estado del contenedor o de las mercaderías, tanto al recibirlas como al entregarlas.

Expresamente se dispone que son nulas y sin efecto las estipulaciones contractuales que se aparten directa e indirectamente de las disposiciones del convenio, y que éstas deben ser interpretadas teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

Al momento de escribir estas líneas, en la República Argentina, se está licitando la adjudicación de depósitos y existen terminales en las cuales se entregan los contenedores cuando las mercaderías no se reciben mediante despacho directo del buque o de las llamadas "estibas de emergencia".

9. *Las nuevas soluciones en la responsabilidad del transportador*

Celebramos este año el centenario de la Harter Act, antecedente inmediato de la legislación internacional de los primeros 25 años de este siglo. En 1924, se sancionó la Convención de Bruselas conocida como Reglas de La Haya sobre unificación de ciertas normas en materia de conocimientos y, coincidentemente con la sanción del protocolo de 1968, en la Conferencia de UNCTAD de Nueva Delhi se planteó el requerimiento de los países en vías de desarrollo acerca de la transformación de algunas instituciones del derecho marítimo tradicional.

UNCITRAL, por requerimiento de UNCTAD, trabajó en la reforma de esas Reglas de La Haya y Visby y se sancionaron en 1978 las Reglas de Hamburgo, que ya se encuentran en vigencia.

Esas Reglas de Hamburgo han sido aprobadas por países que *no representan más del 6 % del transporte mundial* y desconocemos cuál será el futuro de la regulación de la responsabilidad del transportador marítimo. ¿Prevalecerán las Reglas de La Haya, las Reglas de Hamburgo o se formulará un nuevo sistema como se propuso en la reunión del Consejo Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional de Knokke Zoute? Ese proyecto del C.M.I. se dejó sin efecto por pedido de la Asociación Británica y de la Asociación Canadiense, unos porque pretendían que era darles cierto respaldo a las Reglas de Hamburgo y otros porque consideraban que podría significar paralizar su aplicación y popularización. Mi opinión era en favor de ese proyecto.

En la Conferencia del C.M.I. de París de 1990 se trabajó sobre el tema y en EE. UU. se está proyectando una combinación entre las Reglas de Hamburgo y las Reglas de La Haya.

10. *Asistencia y salvamento*

Se ha sancionado una nueva convención sobre "Salvage" con la finalidad de cambiar el principio tradicional de "non cure non pay" por "non cure some times pay". La influencia de la protección ecológica y las consecuencias de los grandes desastres como los accidentes del "Torrey Canyon", "Amoco Cadiz" y "Exxon Valdez" han determinado nuevas formas para la responsabilidad del propietario o armador de buques e incluso han repercutido en la reformulación de la Regla VI de York Amberes.

11. *Nuevas formas de financiación*

Ya nos referimos a las Reglas de Hamburgo y a las nuevas modalidades del negocio marítimo.

Como consecuencia de la necesidad de proteger la financiación de buques ha renacido la figura del "bareboat charter".

En el Seminario sobre "bareboat-charter parties" organizado por el C.M.I. en abril de 1989 en Knokke-Zoute (Bélgica), se analizaron las nuevas formas de locación que se han difundido en los últimos veinte años.

Se examinaron esquemáticamente los formularios Barecon "A" y "B" que dieron origen al Barecon 1989.

Se puso de manifiesto que esas nuevas formas (Barecon "A" y "B") aumentan el área de riesgo y el poder de control del fletador o locatario sobre el buque y, consecuentemente, reducen el riesgo y las facultades del propietario o locador.

En el Barecon "B" el interés del propietario es más que nada de carácter financiero, se usa para buques recién construidos y el locador (*owner*) no necesita tener una organización para hacerse cargo del buque.

Las nuevas figuras tienden a facilitar el financiamiento, tipo leasing, como opción de compra para el locatario

armador. Éste, en definitiva, se convertirá en propietario del buque.

El prestamista y locador, con el título de propiedad sobre el buque, tiene una situación mejor que el acreedor hipotecario. Es decir, que el financista y propietario del buque, con un contrato de leasing, le brinda al locatario la oportunidad de adquirir el buque y, a su vez, cuenta con la garantía que le da el título de propiedad.

El locatario puede operar el buque sin necesidad de invertir el capital requerido para la compra o construcción, reduciendo sensiblemente su inversión.

12. *La informática*

Al comienzo de nuestra exposición dijimos que este siglo se caracteriza por las transformaciones técnicas y una de las más importantes es la informática.

Así como en la Argentina no se han desarrollado los "way-bills", tampoco se ha utilizado hasta la fecha la informática para documentar las condiciones del transporte de las mercaderías de importación, pero no hay duda de que ello se hará en un futuro próximo. En materia aduanera se está implementando un nuevo sistema para todo lo referente a la documentación del buque y, en especial, de los manifiestos.

En París, en 1990, se aprobaron las Reglas sobre "way-bills" y la documentación del transporte por medios informáticos.

13. *Sociedades de un solo buque y el embargo*

En estas referencias a la explotación marítima contemporánea, no podemos dejar de mencionar las consecuencias que han traído las "sociedades de un solo buque" y la tendencia desarrollada en Francia a trabar embargos sobre los buques por deudas de otras firmas, con invocación de

la "teoría de la apariencia". En este sentido, el tema se ha planteado en el derecho continental y tiene su vinculación con las discusiones acerca de la reforma proyectada de la Convención de Bruselas de 1952 sobre embargo de buques.

14. *La política naviera y la desregulación*

Este es el tema que predomina en la Argentina, en Venezuela y en algunos otros países de Latinoamérica y así como se han concretado algunos proyectos legislativos sobre desregulación, también existen otros para facilitar la inscripción de buques en la matrícula nacional.

Entre los polos opuestos de la desregulación y la promoción de la Marina Mercante, mediante la reserva de carga para los buques de bandera nacional, aparece una figura nueva para estimular el abanderamiento nacional: la institución de los dobles registros de buques.

Al poner punto final a mi exposición debo destacar que en razón del tiempo asignado me he limitado a señalar las tendencias actuales del derecho marítimo y algunos de los problemas que serán materia de consideración especial por los distinguidos relatores designados por la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo.

Muchas gracias por la atención dispensada y escucharemos con interés el desarrollo del temario del Congreso, muy bien seleccionado por sus organizadores.

V

HOMENAJES

HOMENAJE A JUAN FRANCISCO LINARES

Homenaje al ex académico titular, Dr. Juan Francisco Linares, en la sesión privada del 27 de mayo de 1993

Palabras del académico Presidente
Dr. Enrique Ramos Mejía

Rendimos hoy homenaje a Juan Francisco Linares, fallecido el año pasado, y que se incorporó a nuestra Academia como miembro titular el 21 de julio de 1967 cuando nuestra corporación, presidida entonces por el Dr. Agustín N. Matienzo, tenía su sede en la Facultad de Derecho.

Tuvo a su cargo el discurso de recepción el Dr. Miguel S. Marienhoff, que destacó dos obras principales del nuevo Académico: *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina* y *Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, y señaló que Linares "incorporó a la comprensión científica sistemática vastas zonas no legisladas del derecho público argentino".

La conferencia del Dr. Linares versó sobre "El pueblo como constituyente originario".

Pero no me toca a mí referirme a los méritos del jurista que es objeto de este homenaje. Lo harán cuatro señores académicos en el orden siguiente y, por razones obvias, disponiendo cada uno de quince minutos para exponer los temas respectivos: el Dr. Marienhoff sobre "Juan Francisco Linares y el Derecho Administrativo", el Dr. Ray sobre "El debido proceso y la razonabilidad de las leyes",

el Dr. Aja Espil que ha titulado su disertación "Vertientes constitucionales en la interpretación de la ley" y el Dr. Palacio sobre "Juan Francisco Linares y la jurisdicción contencioso administrativa".

Tiene la palabra el Dr. Marienhoff.

JUAN FRANCISCO LINARES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por el académico Dr. Miguel S. Marienhoff

Recordamos hoy a un esclarecido ciudadano: Juan Francisco Linares, jurista excelente y excelente persona, dos condiciones que convierten las ausencias en doblemente dolorosas.

Tuve la particular satisfacción de ser quien propusiera el nombre del Dr. Linares para integrar esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, y de ser también yo quien, el día de su incorporación, lo recibiera en nombre de la Academia.

Conocí a Juan Francisco, como siempre lo llamé, en el año 1934, siendo él asesor de una entidad que atendía a la mayor parte de las empresas del país prestatarias del servicio de alumbrado eléctrico. Yo era abogado de la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz, y por eso acompañé al gerente de dicha Compañía a una entrevista con el Dr. Linares, motivada por un problema jurídico que promovió la Municipalidad de Río Gallegos relacionado con la prestación del servicio de alumbrado. Así nos conocimos.

El tema de esa reunión —perteneciente al derecho ad-

ministrativo— resultó de interés común para Linares y para mí, y sirvió de base a una amistad que duró sin interrupción.

* * *

Yo podría hablar largamente acerca de mi ilustre amigo y colega fallecido, pues su personalidad era múltiple: excedía el riguroso margen del derecho, para desplazarse al ámbito filosófico y al del arte, ya que, aparte de filósofo y jurista, amaba la pintura. En este aspecto guardo un recuerdo de Juan Francisco: una acuarela pintada por él, que me obsequió y que tituló "Riberas del Paraná". Es un hermoso cuadro que adorna un rincón de mi casa. La grata combinación de luces y colores, y el tranquilo lugar o ambiente expresado en el cuadro, armonizan con la serenidad espiritual del Dr. Linares.

* * *

Dispongo de poco tiempo para hablar, pues otros oradores también deben hacerlo. Voy a limitarme a mi tema de hoy: "Juan Francisco Linares y el Derecho Administrativo", que expondré en forma harto sucinta.

No obstante que ya había publicado importantes trabajos, la concreta entrada de Linares en el Derecho Administrativo fue a través de su libro *Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, publicado en Buenos Aires, en 1946, dedicado a Carlos Cossio, rector de las ideas filosóficas que atraían al Dr. Linares. En ese libro el autor analizó el "leading case" de nuestra Corte Suprema, relacionado con el juicio "Elena Carman de Cantón c/ Nación s/ pensión", fallado en el año 1936. El análisis de Linares trasunta atinadas y novedosas conclusiones acerca de los requisitos exigidos por la Corte Suprema para tener por existente la cosa juzgada administrativa. Ese libro, que implicó una novedad en nuestro ámbito jurídico, rodeó a Linares de respeto y consideración.

Siguió publicando numerosos trabajos, sea en forma de

libros o de artículos en revistas especializadas. No me es posible mencionar ni referirme a todos ellos. Sólo me detendré en dos de los últimos libros suyos, que constituyen expresiones orgánicas y sistemáticas del derecho administrativo. Me refiero a *Fundamentos de Derecho Administrativo*, aparecido en 1975, y a *Derecho Administrativo*, publicado en 1986. Ambos volúmenes me fueron obsequiados por el Dr. Linares con emotivas y generosas dedicatorias manuscritas.

Pero del contenido de esos trascendentes libros sólo me referiré a algunas concordancias del Dr. Linares con determinadas novedades que en la materia sostuve hasta ese entonces en mis propias publicaciones, con lo cual quiero poner de manifiesto cómo un pensador como Linares recibía los nuevos aportes a una disciplina que hasta entonces, al menos en nuestro país, era justamente considerada como "*jus in fieri*", es decir "*en formación*".

Esa referencia específica a la opinión de Linares acerca de afirmaciones mías que trasuntaban nuevos planteos en el ámbito del Derecho Administrativo, es mi reconocimiento a la lealtad y nobleza científica del Dr. Linares, ya que en su obra *Fundamentos de Derecho Administrativo*, páginas 3 y 4, dijo textualmente: "Debo confesar que sin las obras capitales de Villegas Basavilbaso, Marienhoff, Diez, Fiorini, Gordillo y Altamira sobre Derecho Administrativo argentino, no me hubiera sido posible escribir ésta, mucho más limitada que aquéllas". Y agrega: "Sus autores han sabido sistematizar, analizar y hacer avanzar a grandes pasos la ciencia del derecho argentino, a través de nuestra disciplina. El país mucho les adeuda porque supieron con su gran saber e infatigable investigación, sentar las bases de un derecho argentino *in fieri*, filtrando el contenido de un enorme caudal doctrinario extranjero, para adaptarlo con imaginación creadora y prudencia a nuestra realidad social, política y jurídica".

* * *

En cierta oportunidad sostuve que la acción popular, aceptada por el derecho romano, está excluida del derecho argentino, dado lo que dispone el artículo 22 de la Constitución Nacional, en cuyo mérito "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución". Dije también que ese rechazo de la acción popular no sólo se opera en nuestro ámbito nacional, sino también en el provincial, puesto que los artículos 5 y 106 de la Ley Suprema disponen que las provincias deben respetar lo dispuesto por la Constitución Nacional en el capítulo sobre declaraciones, derechos y garantías, en el cual figura el citado artículo 22.

El ejercicio de la acción popular trasunta una forma limitada de gobernar —se trataría de una muy pequeña acción gubernativa, pero acción gubernativa al fin de cuentas—, actividad total y concretamente reservada a las autoridades constituidas y no a cada uno de los integrantes de la comunidad política pueblo. Con razón, y en concordancia con lo que digo, hay autores —como Presutti y Fragola, en Italia— que consideran a la acción popular como ejemplo típico de ejercicio privado de funciones públicas.

A raíz de esas manifestaciones mías me llamó por teléfono el Dr. Linares, quien, con gran complacencia y entusiasmo, me expresó su conformidad con mis respectivos puntos de vista.

Sin perjuicio de que en varias ocasiones me ocupé fragmentariamente de la acción popular, estoy preparando un trabajo que, aunque breve, será en cierto modo orgánico sobre dicha acción.

* * *

También he sostenido que, de acuerdo con lo dispuesto en nuestra Ley Suprema, junto a la zona de la ley y a la zona de la justicia, existe lo que he llamado *"zona de reserva de la Administración"*, en cuyo mérito la Administración Pública —Poder Ejecutivo— tiene ciertas atribuciones exclusivas a las que hace efectivas a través del instrumento ju-

rídico denominado "reglamento autónomo, constitucional o independiente", el cual, una vez emitido en ejercicio cierto de las respectivas atribuciones constitucionales, tiene en su esfera tanta validez y eficacia como la ley formal la tiene en la suya. De ahí que no siempre una ley formal tendrá preeminencia respecto a un reglamento administrativo del tipo mencionado; al contrario, puede darse la situación inversa: todo depende de que la materia regulada sea constitucionalmente propia del Ejecutivo o del Legislativo.

La "zona de reserva de la Administración" es un obvio corolario del principio de separación de los poderes o división constitucional de las funciones estatales, principio que apareja la adjudicación de competencias propias y exclusivas a los tres órganos esenciales integrantes del gobierno. Como ejemplos de reglamentos autónomos, independientes o constitucionales, pueden mencionarse: los relacionados con la organización administrativa; el estatuto referente al personal civil de la Administración; el reglamento que instituye el recurso jerárquico; etc.

En lo sustancial, y salvo un supuesto que en modo alguno altera lo esencial del "*principio*", Linares acepta la existencia de la expresada zona de reserva de la Administración, que en nuestro país cuenta hoy con la adhesión de calificados juristas, e incluso con decisiones concordantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

* * *

Apartándome de la doctrina ecuménica clásica, del conglomerado de actos que hasta entonces se denominaba políticos o de gobierno, separé o aislé los actos que, por su índole u objeto, no daban acción para impugnarlos jurisdiccionalmente ante el Poder Judicial. A este especial conglomerado de actos lo denominé "*acto institucional*". Ejemplo típico del mismo sería la declaración de guerra; la intervención federal a una provincia; la declaración del estado de sitio; etc.

El Dr. Juan Francisco Linares, con una breve advertencia terminológica –que no hace al fondo de la cuestión–, comparte la existencia del acto "*institucional*" y sus efectos. Hoy son varios los juristas argentinos que también comparten mi expresado criterio. Los primeros en expresarse así fueron los doctores Ricardo Mercado Luna y Juan Carlos Cassagne; después lo hicieron los doctores Horacio H. Heredia (ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), Segundo V. Linares Quintana y Alberto B. Bianchi, entre otros. También debo incluir en dicha nómina al Dr. Rodolfo C. Barra (actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), quien acertadamente sostiene que el "*presupuesto*" de la Nación constituye un acto institucional. Asimismo –y para conocimiento de los jóvenes estudiosos– dejo constancia de que cuando le hice conocer al Dr. Sebastián Soler mis conclusiones acerca del "*acto institucional*" y su aislamiento conceptual del conglomerado de actos hasta entonces llamados "políticos o de gobierno", dicho pensador me expresó con gran entusiasmo su complacencia con mis puntos de vista y me instó a divulgar la nueva tesis porque sería de positivo valor para la ciencia jurídica.

* * *

Son muchos los puntos fundamentales pertenecientes al Derecho Administrativo donde nuevas o delicadas posiciones o afirmaciones doctrinarias fueron compartidas por el Dr. Linares.

Pero, no debiendo extender más esta disertación, me limitaré tan sólo a mencionar otras dos de esas delicadas y básicas posiciones a que hago alusión.

a) Así, si bien en doctrina se discute si la Administración Pública puede emitir actos de sustancia jurisdiccional, por mi parte, compartiendo la opinión de destacados juristas, como los españoles César A. Quintero y José Antonio García Trevijano Fos, he considerado y aceptado la posible

existencia de actos jurisdiccionales emitidos por la Administración Pública, afirmando que una cosa es el acto jurisdiccional y otra el acto judicial, siendo la actividad "*jurisdiccional*" común a la de los tres Poderes u órganos esenciales del Estado (Ejecutivo, Judicial y Legislativo), no así la actividad "*judicial*" que es propia y exclusiva del Poder Judicial. Al respecto el Poder Judicial utiliza el mecanismo del *proceso*, mientras que la Administración Pública utiliza el vehículo del *procedimiento*, con las diferencias sustanciales existentes entre ambos. De ahí que la Administración Pública, decidiendo cuestiones promovidas por los administrados, pueda emitir actos jurisdiccionales. El Dr. Linares compartió ese punto de vista.

b) En doctrina hay quienes consideran como una categoría o figura jurídica lo que se ha dado en llamar "*acto inexistente*". He sostenido lo impropio de tal criterio, sugiriendo reemplazar la noción de acto inexistente por otra jurídica: la "*vía de hecho*", con todas las consecuencias del régimen propio de ésta. El Dr. Linares también compartió esta posición.

* * *

Todo lo que dejo expresado pone de manifiesto la facilidad con que Linares captaba y asimilaba cualquier idea nueva atinente a viejos problemas jurídicos cuya consideración o tratamiento ya parecían definitivamente clausurados.

* * *

Señores Académicos:

Si bien los valores morales y técnicos del Dr. Juan Francisco Linares justifican el merecido homenaje a su esclarecida memoria, su recordación, al poner de manifiesto su cordial, relevante y múltiple personalidad, aumenta nuestra tristeza ante su ausencia definitiva.

JUAN FRANCISCO LINARES Y LA RAZONABILIDAD EN EL DERECHO

Por el académico Dr. José Domingo Ray

I

En el año 1944, cuando cursábamos el último año de la carrera de Abogacía, se publicó la tesis doctoral de Juan Francisco Linares: "La razonabilidad de las leyes, el debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina".

Pensamos que era un trabajo excepcional y esta apreciación la ratificamos casi 30 años después, al comentar la segunda edición, por lo que significaba para la interpretación constitucional y de las normas en general [1].

Generalizando el concepto, y con el riesgo de todas las generalizaciones, en nuestra opinión podríamos decir que toda norma o resolución jurídica no sólo debe llenar los recaudos de forma establecidos para su sanción (aspecto procesal), sino también concretar positivamente un mínimo de los valores jurídicos que la Constitución consagra en sus declaraciones, derechos y garantías. En caso contrario, la norma o resolución en cuestión podría ser declarada inconstitucional por afectar la garantía del "debido proceso" en su aspecto sustantivo o de fondo.

1 En el Diario de la Rvta. "La Ley", del 4-10-1971 (T. 144) (2ª edición de la publicada en 1944).

II

Sin perjuicio de ese pensamiento sobre el que conversamos en alguna oportunidad con Linares, debemos destacar lo fundamental de su obra sobre la razonabilidad en la Constitución Argentina.

a) En EE. UU. el instituto fue proyección de las enmiendas V y XIV y nosotros diríamos que fundamentalmente de esta última, al disponer que ningún Estado puede privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin debido proceso legal, ni denegar a cualquiera la igual protección de la ley.

Como antecedente de la doctrina —dice Linares— puede citarse un caso decidido por la Suprema Corte de EE. UU. en 1869 [2], pero es al finalizar el siglo XIX cuando la garantía de la "razonabilidad" gana en profundidad y extensión para convertirse —según sus palabras— en la llave maestra de los derechos constitucionales.

b) En nuestro derecho positivo está incorporada implícitamente en los arts. 14, 16, 17, 18 y 28 de la Constitución, al consagrar una serie de derechos y garantías y exigir que ninguna de las leyes que los reglamenten deben suprimirlos o restringirlos "irracionalmente", porque en tal caso esas leyes pueden ser declaradas inconstitucionales.

c) La garantía de la razonabilidad es una concreción de las ideas permanentes y más dignas del jus-liberalismo, de la filosofía personalista, en el sentido de que el hombre es tomado como un fin en sí y la sociedad y el Estado como un medio.

Interesa señalar que según Linares es una realización

[2] Caso "Hepburn v. Griswold" en el cual la Corte "obiter dictum" expresó que el debido proceso de la enmienda quinta restringía el poder legislativo del Congreso. Años después se dijo que "el remedio contra las malas leyes debe buscarse no ante los jueces, sino en las urnas, y que la Corte no era un puerto donde se pudiera encontrar refugio contra todo acto que emanara de una legislación inoportuna u opresiva.

A pesar de esa resolución la doctrina de la razonabilidad se afianzó en los casos "Stone v. Farmers Loan Co." y en "Chicago Milwaukee v. Saint Paul v. Minnesota".

del derecho natural, cuya concepción se remonta a Cicerón y a los estoicos y debe vincularse a la escuela del derecho natural, en sus dos ramas, la teísta y la profana. Y podríamos así recordar que el pensamiento de Santo Tomás y de los cultores del derecho natural estaría presente en nuestro derecho positivo a través de los textos citados de la Constitución Nacional.

d) Ante la exigencia de conceptualizar el instituto, nos dice Linares que la garantía de razonabilidad de las leyes responde a la regla del equilibrio conveniente. Las leyes deben ser razonables, es decir, deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente y el hecho consecuente, la prestación o sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto.

El criterio de "razonabilidad" equivaldría al de "justicia" como síntesis de los valores jurídicos y debe distinguirse la razonabilidad en la "ponderación" y en la "selección".

e) Las referencias al aspecto jusliberal del instituto no significan colocarlo al margen de las transformaciones temporales, en tanto y en cuanto implican admitir una evolución de los conceptos y superar el viejo criterio liberal. De aquí la cita de Roscoe Pound, para quien la noción del "due process of law" es un "standard" que debe servir de guía al tribunal y que debe aplicarse según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de opinión pública donde el acto que se enjuicia debe tener efecto.

III

Doce años después de su obra *Cosa Juzgada Administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, de 1946 [3], que mencionó el Dr. Marienhoff, Linares

[3] *Cosa Juzgada Administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, nuestro comentario en Rvta. "La Ley" del 28-8-1946.

publica *Poder Discrecional Administrativo* en el que estudia la razonabilidad en la administración, introducción necesaria para encarar la conceptualización del poder discrecional que coincide, en parte, con lo que él califica de "arbitrio administrativo extraordinario" [4].

En el Prefacio de la 1ª edición de su obra sobre el "debido proceso sustantivo", Linares aclaraba que omitía el estudio de la garantía en su papel protector contra los abusos de los órganos administrativos y judiciales, a pesar de que, por rara paradoja, era a través de su consideración que se había familiarizado con el tema de su tesis.

En el nuevo libro *Poder Discrecional Administrativo*, Linares llena en parte ese vacío y, sobre la base del principio de que toda norma deja al órgano de aplicación un marco de posibilidades para que elija la solución del caso, es decir, cierto ámbito de arbitrio, distingue entre un "arbitrio ordinario" en todo proceso de aplicación de normas y un "arbitrio extraordinario" que entraña un "plus" sobre el primero y que se da cuando se pone como contenido de la norma una valoración que ha de hacer el órgano de aplicación [5].

El estudio del poder discrecional de la administración es muy importante, en especial porque durante muchos años los actos o resoluciones dictadas en ejercicio de esas facultades reclamaron como atributo la imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales los revieran [6].

4 *Poder discrecional administrativo (Arbitrio administrativo)*, nuestro comentario en Rvta. "Jurisprudencia Argentina" del 31-3-1960.

5 Explica Linares que el "arbitrio extraordinario" se establece en las normas jurídicas mediante la inclusión de fórmulas elásticas en el hecho antecedente de la prestación o de la sanción, de manera que depende de la valoración que haga el órgano de aplicación, al apreciar lo preceptuado en ese antecedente o en la sanción. En las normas constitucionales serían de ese tipo de fórmulas elásticas las de los arts. 23, 26, inc. 19, 67, inc. 2, 28 y 86, inc. 2, cuando respectivamente hacen referencia a una conmoción interior, a la alteración del orden, a la defensa, a la seguridad común, al bien general, a la alteración de derechos o del espíritu de las leyes.

6 Esa premisa tenía y tiene gravísimas consecuencias para las libertades y derechos de los particulares, porque en todos aquellos casos en que la administración hubiera ejercitado esa facultad discrecional, existiría entonces la imposibilidad de obtener la corrección del acto mediante el consiguiente recurso judicial, a pesar de que en ejercicio de esa facultad no se hubiera respetado la garantía mínima de razonabilidad que toda norma o resolución debe tener.

IV

No podemos dejar de señalar que la ley 19.549, del 3 de abril de 1972, sobre procedimientos administrativos, en el art. 1º inc. f), dispone que los interesados tienen derecho al "*debido proceso adjetivo*", derecho a ser oídos, a ofrecer y a producir pruebas y a una decisión fundada. Pero en nuestra opinión cabe agregar que ello no excluye —desde luego— el derecho *al debido proceso substantivo*, es decir, a la razonabilidad que deben tener las decisiones administrativas con el mismo sentido que el requerido para las normas emanadas del Poder Legislativo.

V

En contraposición a la opinión de Linares, Julio Oyhanarte sostiene que la garantía del debido proceso substantivo o razonabilidad de las leyes "no debe considerarse parte del derecho positivo constitucional", argumentando que, como dijo nuestro Supremo Tribunal, su acogimiento implicaría que la Corte se sustituya al Gobierno en la "dirección de la política" y que es necesario precaverse contra el "gobierno de los jueces" en el ejercicio incontrolado de la función judicial y la "politización" que lleva a una sensible desviación de la justicia [7].

Sin embargo, Oyhanarte, al referirse a las posibilidades enormes que se derivan para el Poder Judicial del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, dice que "muchas veces decide de manera imperativa como si las hubiese re-escrito" y da "como ejemplo el que surge de la formidable doctrina sobre 'el principio de la razonabilidad' desen-

7 Ver JULIO OYHANARTE, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, pp. 78-79. Oyhanarte dice que la Corte Suprema argentina, con excepción de algunos pronunciamientos más o menos irrelevantes y, en todo caso, rectificados, nunca aceptó la extravagante teoría del "due process of law" sustantivo al viejo estilo norteamericano, ni se valió del principio de razonabilidad para convertirse en una super legislatura. Se refiere a los cuatro casos que analiza Linares en su 1ª edición y comenta luego los que serían rectificatorios de aquella época y los posteriores.

vuelta en gran cantidad de pronunciamientos y apoyada en la no muy expresiva letra del art. 28 de la Constitución Nacional".

Es esta la evidencia de que la doctrina que puso de manifiesto Linares tiene una importancia fundamental en la interpretación de las normas constitucionales, legales, administrativas y en la labor judicial.

De aquí la generalización que formulamos al comienzo de nuestra exposición y, más aun, que el criterio de razonabilidad no sólo lo encontramos en el derecho nacional, sino en el derecho comparado y en muchas convenciones internacionales.

VI

En 1980 establecimos el concepto de "razonabilidad" como tema de la agenda de un ciclo de conferencias que organizamos en el seno de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, y el distinguido Juez inglés de la Corte de Apelaciones, Lord Donaldson [8], que debía desarrollarlo, señaló que él podía decir si una conducta o norma era razonable o no lo era, pero nunca se había hecho cargo de conceptualizar ese criterio y que era muy difícil definirlo.

Linares lo intentó con éxito, como ya lo destacamos, y nos dice que se trata de un "standard" valorativo, una regla general mediante la cual se deja un amplio arbitrio al órgano aplicador de la norma y que permite precisar el sentido de la misma, en función de las particularidades del caso.

Invocando a Roscoe Pound podríamos sintetizarlo diciendo que ese concepto es un "standard" que debe aplicarse para mantener un ideal de justicia, un derecho natural constitucional [9].

[8] Lord Donaldson, en sucesión de Lord Denning, fue "Master of the Roles" y miembro de la Cámara de los Lores, de la cual se retiró en 1991.

En Inglaterra, la Hight Court of Justice se integra con los jueces de 1ª Instancia y el Tribunal de Apelaciones y al Presidente de este tribunal de segunda instancia se le da el título de "Master of the Roles", es decir, el encargado de los Roles del Reino Unido.

[9] ROSCOE POUND, *The administrative application of legal standards.*

La razonabilidad en derecho se da en dos formas: en la "ponderación" y en la "selección" y esto deben tenerlo bien en cuenta, tanto el legislador como el Juez y los particulares, en las distintas formas de contratación.

Para que haya una equivalencia en la imputación de la prestación, es decir, en las consecuencias de ciertos antecedentes y al imponer la sanción en los casos de incumplimiento de la prestación, debe existir "ponderación", es decir, guardar el criterio de equilibrio entre lo que se requiere para que algo se deba hacer y en la sanción en caso de que esto no se haga. Se da el caso de arbitrariedad o irrazonabilidad cuando no se da esa equivalencia y tanto lo requerido como lo que se impone en caso de incumplimiento es excesivo, desproporcionado, es decir, no guarda equivalencia.

VII

El concepto de razonabilidad depende de la valoración de la conducta y de las circunstancias que determinan la sanción de una norma y de aquí que Germán Bidart Campos haya dicho que es una zona fronteriza con el criterio de "conveniencia", porque –si bien los jueces no deben pronunciarse sobre el acierto, la oportunidad o conveniencia de las leyes, reglamentos o medidas– en algunos casos para juzgar la razonabilidad hay que internarse entonces en la conveniencia [10].

Es pública y notoria la frase de que a los jueces les está vedado juzgar sobre la conveniencia o inconveniencia de las leyes, pero la referencia que hemos hecho llevaría a adentrarnos en un tema de sumo interés y que señalamos

Según Pound "el standard es una regla muy general de conducta, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada".

10 Ver *El juicio sobre la conveniencia de una medida a veces hace parte del control judicial de razonabilidad constitucional,* Germán Bidart Campos en "El Derecho", 27-5-91, acotación al fallo de la Corte Suprema del 18-9-90, "Aseguradora Argentina S.A. c/ Estado Nacional".

para estudio a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

No puedo poner punto final a esta sintética exposición sin expresar, junto con mi profundo reconocimiento intelectual, mi sentimiento de afecto frente al jurista y al amigo.

Lo conocí en mi juventud en el Club Universitario de Buenos Aires y tuve oportunidad de frecuentarlo en reuniones jusfilosóficas, con motivo de mis comentarios a sus obras [11], en el Ministerio del Interior y de Justicia de la Revolución Libertadora, en esta Academia y, últimamente, con motivo de una exposición que hicimos diez años atrás sobre un tema vinculado a la sistemática jurídica: "Las autonomías de las ramas de las ciencias jurídicas" [12].

Mucho podríamos decir de las enseñanzas que nos dejó, algunas de las cuales he tratado de testimoniar en mis comentarios y en esta exposición. Me limito a señalar que fue un jurista de primera línea y que ha dejado un recuerdo imborrable en quienes lo conocimos y a quienes nos brindó su amistad.

11 Después de publicar los fundamentos y principios del Derecho Administrativo presenta su última obra de envergadura, un sintético *Tratado de Derecho Administrativo* (1986), en que al definir el derecho administrativo dice que a pesar de la dificultad de distinguir entre el derecho público y el privado y que, según Kelsen, la distinción es una mera "idea reguladora" para el conocimiento teórico y sistemático del derecho, en su definición elimina las normas de derecho privado que pueden también regir lisa y llanamente en la función administrativa, porque considera que cuando se recurre a ellas, las que se aplican son las de derecho público, construidas sobre la base de esas normas de derecho privado.

12 Destaco también un párrafo —con el que discrepan los seguidores del nominalismo filosófico— en el que Linares sostiene que la totalidad del orden jurídico rige cada caso y que, aunque se deslinde el tipo de normas y las referentes a cada institución y cada figura jurídica, nunca serán independientes de la presión que la totalidad del ordenamiento les imprime. De aquí que en muchos casos se presenten zonas comunes de estudio de diferentes disciplinas y que *el jurista no debe manejarse en forma exclusiva dentro del campo de su especialidad.*

Todas las obras de Linares se caracterizan por el enfoque de un derecho constitucional y administrativo realista, con especial referencia a su aplicación efectiva y sobre la base de los presupuestos de filosofía en que se asienta la ciencia del derecho a la luz de las enseñanzas de Carlos Cossio.

Ver nuestro comentario en Rvta. "La Ley" del 19-3-1987.

VERTIENTES CONSTITUCIONALES EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Por el académico Dr. Jorge A. Aja Espil

Un imperativo de conciencia y un profundo afecto por la subyugante personalidad de Juan Francisco Linares, me llevan a tomar una parte del tiempo de los Señores Académicos en la sesión de esta tarde, destinada a recordar su memoria. Tengo contraída con él una deuda de gratitud ya que tuvo la deferencia, no sólo de prologar mi libro *Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, sino también de aportar ideas para muchos de los intrincados problemas que suscita la interpretación de la ley suprema.

¿Cuál es la "sustantividad" de Linares? Tomo del filósofo español Xavier Zubiri la expresión sustantividad, de concepción sustancialista elaborada por los escolásticos, como compendio del ser humano y su racionalidad, para ubicarlo frente a sí mismo, frente a los demás y frente al universo. Me inclino a contestar el interrogante diciendo que Linares profesó la apología de la dignidad del espíritu, entendido éste como hogar de los valores éticos y estéticos. Es que nuestro recordado académico fue la expresión misma de lo ético y de lo estético. En efecto, Linares cultivó la gama del color con fina sensibilidad de artista, lo que se tradujo

en sus logradas acuarelas, tal cual nos lo acaba de recordar el Señor Académico Dr. Marienhoff; pero también aceptó que hay una "estética jurídica", en y sobre el Derecho, siguiendo el pensamiento de Jerome Frank en su trabajo *Words and Music.* No sólo una estética arquitectónica (la simetría del Derecho) sino una estética según el modelo de las bellas artes (la armonía y el equilibrio de los sistemas dogmáticos). Todo esto resulta de su primoroso prólogo al *Actual Pensamiento Jurídico Norteamericano,* Editorial Losada, 1951.

Descubrimos, asimismo, al filósofo intuitivo que se empeñó en la búsqueda de la esencia de las cosas con una ética axiológica; al politicólogo que abordó la política en cuanto fenómeno social; y, finalmente, al científico del derecho que bregó por el progreso de nuestras instituciones jurídicas, tal cual quedó plasmado en sus dos obras capitales: *El debido proceso como garantía innominada en la C. N.* y *Cosa juzgada administrativa.*

Practicó la virtud cardinal de la prudencia y, así, la sobriedad y la precisión de sus conceptos lucieron en todas sus páginas. Estudioso de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, echaba mano de ellas en materias que la Constitución regula, y advertía sobre el cuidado extremo cuando se accedía a fuentes europeas.

* * *

Quiero referirme ahora a su preocupación epistemológica respecto de la interpretación de la ley, que es una inquietud constante en toda su obra jurídica —especialmente en *Los sistemas dogmáticos*— y que reitera en el prólogo de mi libro *Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes.*

En la debatidísima cuestión sobre la pureza y la pluralidad de métodos jurídicos, insiste Linares en su adversión a métodos particulares o propios de cada rama del derecho, como si fueran departamentos estancos y no como un capítulo regido por la totalidad del ordenamiento jurídico del

Estado. Para Linares no hay multiplicidad de métodos jurídicos autónomos, sino que son auxiliares del método de la ciencia del Derecho.

Evidentemente, la naturaleza especial del Derecho Constitucional —por ser jerárquicamente supra ordenadora de las competencias de los tres poderes— impone ciertas modalidades especiales a la hermenéutica jurídica que requiere de una interpretación operativa. Es aquí donde Linares estima que la distinción entre atribuciones inherentes e implícitas es un problema de interpretación del Derecho. Se trata de distinguir lo implícito, contenido en una cláusula expresa de la Constitución, de lo inherente, que emana de un sistema dogmático constitucional conformado por el conjunto de normas generales y super-conceptos que constituyen lo que se conoce como una "familia" normativa.

Coincidía así con el pensamiento del profesor alemán Hans Kruse, para quien la teoría de los poderes implícitos no es otra cosa que un método de técnica interpretativa, y así lo enuncia: "La doctrina de la competencia no escrita (...) es un componente de la metodología general del derecho, aplicable en materia constitucional" (Ver mi *Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, p. 171).

Explicando la diferencia entre las dos categorías de poderes, expresamos en nuestro libro lo siguiente: "Mientras que los poderes implícitos derivan siempre del enunciado de una norma, los poderes inherentes o resultantes emergen de la naturaleza misma de la forma federal y de cada uno de los tres poderes del Estado. Los primeros tienen su punto de apoyo en el art. 67, inc. 28 de nuestra Constitución, que indica las normas expresas —ya sea las contenidas en los 27 artículos antecedentes o en las disposiciones dispersas dentro de la misma Constitución (art. 6)— mientras que los segundos, los poderes inherentes, resultan del federalismo y de la teoría tripartita de gobierno que la Constitución adopta como forma de gobierno" (*Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, p. 162).

del país. En efecto; nacido en Buenos Aires el 1º de noviembre de 1878 con la responsabilidad que le imponía ser descendiente de Cornelio de Saavedra y de Andrés Lamas y egresado con el título de Doctor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1903, bien pronto fue atraído por la política, desempeñándose como Diputado de la Nación en 1910 con especial dedicación al análisis y resolución de importantes conflictos planteados en el campo de las relaciones internacionales. Ejerció paralelamente la docencia en las Facultades de Derecho de La Plata y Buenos Aires, enseñando en ellas Derecho Público Provincial, Economía Política y Derecho Constitucional y culminando con la creación y desempeño de la cátedra de Legislación del Trabajo y, tras esa brillante carrera, con el cargo de Rector de la Universidad de Buenos Aires entre 1941 y 1943.

Al margen de todo ello fue dos veces Ministro de la Nación, en primer término en 1915 al frente de la cartera de Justicia e Instrucción Pública y años después desde 1932 a 1938 a cargo de la de Relaciones Exteriores y Culto, en cuyo desempeño demostró sus altas dotes de diplomático.

Me he referido en primer término al Dr. Carlos Saavedra Lamas en su condición de Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y he hecho a continuación una breve referencia a su múltiple actuación en importantes áreas de la vida pública. Toca entonces abordar finalmente lo poco que se conoce de su actividad como Académico de Derecho, y digo bien, lo poco que se conoce, pues ella se encuentra recogida solamente, a nuestro alcance, en los "Anales" de la Academia, de la que fue ilustre Presidente por muchos años, que reaparecieron en 1956 en la que se llamó "Segunda Época", y se llamó en efecto así porque hubo una primera, de la que sólo se conserva en nuestra biblioteca el primer volumen, publicado en 1915, en cuya portada se lee en primer término "Universidad Nacional de Buenos Aires" y por debajo "Anales de la Academia de Derecho y Cien-

Por cierto, y creo útil subrayarlo, la ubicación de los poderes inherentes con relación a las fuentes del derecho, sólo puede darse a partir de un sistema construido y explícito sobre la forma de gobierno y la del Estado federal.

Linares distingue tres vertientes constitucionales en la interpretación de la ley, referidas a la órbita de las competencias:

1. Disposiciones altamente expresas (como es el art. 107 que autoriza a las provincias a promover la inmigración, la colonización y la radicación de capitales extranjeros).
2. Las no expresas, que fluyen de normas generales y que, por tanto, son implícitas. La Constitución no ha enumerado expresamente el poder de policía como una facultad de los gobiernos provinciales. Del art. 104 resulta implícito que no ha sido delegada al gobierno federal. Se trata de explicitar lo implícito en una norma general. También el art. 32 lo establece implícitamente con un fin determinado.
3. Las que no están en ninguno de los casos anteriores, pero fluyen de sistemas dogmáticos parciales contenidos en la Constitución (tal la facultad disciplinaria y de investigación del Congreso).

Doy por sentado que estos casos contemplados por Linares están referidos a normas de competencia (y no a normas de conducta) que caen bajo la totalidad del ordenamiento jurídico, así haya una norma específica que les sea aplicable. Por cierto que la facultad de las provincias para promover la inmigración (art. 107) deberá conciliarse con la política inmigratoria determinada por el art. 25 de la Constitución Nacional (inmigración europea). Una mayor amplitud conceptual del poder de policía obliga a extremar el rigor para la dilucidación entre lo que es integración jurídica y construcción jurídica.

Señala Linares que si el ordenamiento jurídico entraña

una unidad totalizadora, o una "totalidad", ésta facilita no solamente la interpretación de la conducta mediante leyes claras y suficientes, sino también mediante leyes insuficientes o de defectuosa individualización por su excesiva generalidad. Más todavía, permite resolver los casos no previstos, es decir, aquellos en los que se considera que no existe ley que los contemple mediante la explicitación de una norma general.

Como se puede apreciar, el saber de este jurista eminente que fue Juan Francisco Linares perdura a través de sus enseñanzas y seguirá reverberando en las nuevas generaciones de estudiosos, en la eterna búsqueda de una mayor perfección del derecho.

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVA EN EL PENSAMIENTO DE JUAN FRANCISCO LINARES

Por el académico Dr. Lino Enrique Palacio

1. Todos los trabajos que integran la fecunda obra de Juan Francisco Linares exhiben, más allá de la hondura del pensamiento jurídico y filosófico que los respalda, dos rasgos nítidamente verificables. Uno consiste en la admirable claridad expositiva, que Linares logra invariablemente a pesar de la circunstancia de trabajar sobre la base de una teoría general del Derecho difícilmente accesible a la comprensión del común de los lectores. A esa claridad —la "cortesía del filósofo" como decía Ortega— se suma una apreciable dosis de amenidad e inclusive de fino humor que aflora en diversos tramos de su obra cuando, por ejemplo, en *Derecho Administrativo,* al comentar la jurisprudencia de la Corte Suprema relativa a la validez de la denominada "delegación impropia" y destacar que los respectivos precedentes gozan de la fuerza de convicción derivada de "exigencias de nuestro tiempo y sobre todo de la tecnificación del mundo y el rápido cambio social", agrega que ese tipo de delegación "es un mal necesario, como lo son también la existencia en la sociedad actual, de los políticos, los gremialistas, los locutores de radiodifusión, y, porqué no decirlo, los abogados..." (p. 75).

El otro rasgo al que me refería reside en la originalidad. Nunca las conclusiones de Linares sobre los múltiples temas que ha abordado configuran la mera adhesión a una tesis o una corriente de opinión determinada, sino que siempre representan un aporte inédito o la enunciación de un punto de vista novedoso. Para no citar sino dos ejemplos, menciono la notable argumentación desarrollada en *Poder discrecional administrativo*, donde, reaccionando contra la concepción tradicional que veía en ese tipo de poder el resultado de la aplicación de ciertas fórmulas elásticas encaminadas a conferir mayor libertad de acción a los órganos administrativos (las "fórmulas de goma" de Gény) y, asimismo, una individualidad propia del Derecho Administrativo frente a la cual se negaba la admisibilidad de acciones o recursos judiciales, demuestra que, junto al arbitrio ordinario que se ejerce en todo acto de aplicación de la ley (que lo es también de creación), puede existir, con prescindencia del ámbito jurídico de que se trate, un arbitrio extraordinario diferenciable del ordinario sólo por una cuestión de medida pero no de calidad, de modo que el poder discrecional administrativo es equivalente al ejercicio de ese arbitrio extraordinario y los actos dictados en su consecuencia son susceptibles de revisión judicial en casos de arbitrariedad. No menos originales son las consideraciones que nuestro homenajeado formula en su trabajo "El caso administrativo no previsto", en el cual demuestra el error en que incurrió la Corte Suprema cuando, al resolver los casos "Ferrocarril Oeste", "Etchegaray" y "Los Lagos" aplicó, en temas de derecho administrativo, normas comunes por analogía y no en forma subsidiaria, ya que, conforme al primer criterio, a la afirmación de aplicabilidad de la norma general pertinente se suma, en detrimento de los valores jurídicos de seguridad y orden, así como del principio de legalidad, la previa determinación de esa norma general para cubrir una deficiencia del derecho legislado.

En esta sesión de homenaje me he de referir brevemente, en particular, a la tesis sustentada por Juan Francisco

Linares en su obra *Derecho Administrativo* acerca de la función jurisdiccional del Estado, *vexata quaestio* de la doctrina que continúa promoviendo criterios encontrados. La razón de la polémica doctrinal reside, como es sabido, en el hecho de que —dentro del amplio espectro de las funciones estatales— mientras la legislación entraña la creación de normas generales y abstractas, tanto la administración como la jurisdicción se exteriorizan a través de la creación de normas individuales o particularizadas, de modo que el problema estriba en diferenciar adecuadamente estos dos últimos tipos de funciones. El tema reviste importancia porque, por una parte, como ha observado Marienhoff (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 88), sólo cuando un acto emanado de la administración tiene naturaleza jurisdiccional y no cabe contra él acción o recurso es susceptible del recurso extraordinario federal; y porque, por otro lado, conforme a lo prescripto en el art. 99 del decreto 1759/72 (reglamentario de la ley nacional de procedimientos administrativos), cuando se trata de actos producidos en ejercicio de una actividad jurisdiccional contra los cuales estén previstos recursos o acciones ante la justicia o ante órganos administrativos especiales con facultades también jurisdiccionales, el deber del superior de controlar la juridicidad de tales actos debe limitarse a los supuestos de mediar manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación del derecho.

En la doctrina nacional predomina el criterio conforme al cual existen actos administrativos de sustancia jurisdiccional. En esa línea de pensamiento —iniciada por Bielsa— argumenta Marienhoff en el sentido de que por jurisdicción se entiende la potestad de componer intereses contrapuestos (*op. cit.*, t. I, p. 87), puntualizando que existe sin duda una administración jurisdiccional que se manifiesta fundamentalmente a través de la decisión de los recursos o reclamaciones promovidas por los administrados. De la misma idea participan, entre otros, Bosch (*Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración*

Pública, p. 96) y Cassagne (*Derecho administrativo*, t. II, p. 105).

Como sagaz observador que fue de la realidad jurídica Linares no pudo dejar de compartir esa corriente doctrinal. Rechazó así categóricamente la tesis conforme a la cual la actividad jurisdiccional requiere que el órgano decisor sea un tercero *imparcial* o *independiente* de las partes, observando, por un lado, que durante siglos, en el Estado moderno, el poder judicial careció de independencia y, por otro lado, que la adscripción de la actividad jurisdiccional al exclusivo ámbito de la administración de justicia no puede hacerse "sin pecado de 'ideología', como falsa conciencia de la realidad" (*Derecho administrativo*, p. 164), agregando que razones de política arquitectónica —reconocidas claramente por la jurisprudencia de la Corte Suprema particularmente a partir del caso "Fernández Arias"— impiden que toda la actividad jurisdiccional sea ejercida por el poder judicial. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la revisión judicial ulterior que se impone, por razones constitucionales, cuando los actos jurisdiccionales de la Administración afecten derechos subjetivos privados o importen la aplicación de sanciones penales.

Ya en trance de diferenciar la función administrativa de la función jurisdiccional —y a fin de superar la ya señalada identidad consistente en que uno y otro particularizan, en casos concretos, mediante normas individuales, lo dicho en general y abstracto por el ordenamiento jurídico— encuentra el nudo de la distinción en la propiedad que acertadamente denomina "situación contenciosa".

En este punto el aporte novedoso de Linares estriba en primer lugar en haber trasladado al derecho administrativo un concepto que, como el de "pretensión jurídica", fue extensamente elaborado en relación con el proceso judicial. Luego de definir a la pretensión jurídica como "un acto unilateral de voluntad jurídica que un sujeto emite, con comunicación a otro, exigiéndole, con o sin fundamento, el cumplimiento de una prestación" (p. 161), observa que la

mencionada situación contenciosa resulta configurada cuando a la pretensión originaria se opone una resistencia simple o una resistencia acompañada de una contrapretensión.

A partir de esa idea enuncia y desarrolla las situaciones contenciosas que pueden generar actividad jurisdiccional administrativa diferenciándolas, fundamentalmente, sobre la base de que la contienda se suscite entre sujetos ajenos a la Administración, entre un particular y un órgano del Estado y entre dos órganos estatales.

Muestra así, con claros y convincentes ejemplos, diversos entrecruces de pretensiones y resistencias de los que resulta un amplio espectro de función jurisdiccional administrativa no explicitado con anterioridad por la doctrina especializada, pero con el cual deben forzosamente coincidir quienes participan de la tesitura en cuya virtud es necesario y posible diferenciar esa función de la denominada administración activa.

Con su habitual modestia expresa Linares que su análisis podría afinarse con algunas otras situaciones, pero que con lo dicho basta para su propósito. Por mi parte considero que el análisis, por exhaustivo, no requiere mayores precisiones, y que si en aquél no figura la hipótesis de los conflictos interadministrativos e interorgánicos cuya decisión corresponde, según el monto, al Presidente de la Nación o al Procurador del Tesoro, fue tal vez porque el autor consideró prudente no abundar en ejemplos obvios.

2. Hasta aquí me he referido a uno de los múltiples aspectos de la obra de Juan Francisco Linares como jurista. No podría concluir esta breve intervención sin recordar al hombre que, con estilo llano y cordial, supo ganarse el afecto y la simpatía de quienes a él se acercaron, y que particularmente, desdeñando invariablemente toda solemnidad y ostentación, transitó por esta vida como quien lo hace en puntas de pie, con la sobria discreción que es patrimonio de los espíritus superiores.

HOMENAJE A CARLOS SAAVEDRA LAMAS

Homenaje de Academias Nacionales al Dr. Carlos Saavedra Lamas, en el acto público realizado en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 4 de noviembre de 1993

CARLOS SAAVEDRA LAMAS, ACADÉMICO DE DERECHO

Por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía

A consecuencia de los graves acontecimientos que tuvieron por teatro en 1902 las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el Poder Ejecutivo por Decreto del 29 de agosto de 1906 resolvió modificar el Estatuto de dicha Universidad y creó para actuar en ella diversas Academias con la finalidad, al margen de la de asesorar a los respectivos Consejos Directivos, de estudiar las cuestiones de carácter científico concernientes a los diversos ramos del saber.

Años después, a raíz de reformas introducidas al aludido Estatuto por Decreto del Presidente Alvear, cesaron las Academias de integrar la Universidad de Buenos Aires y adquirieron plena autonomía a partir del 19 de noviembre de 1923, comenzando a actuar en tal carácter la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en 1925, incorporándose a ella el 18 de febrero de ese año como Académico de Número el Dr. Carlos Saavedra Lamas, quien ocupó el sitial del que es patrono Roque Sáenz Peña y fue elegido Presidente.

Al cumplirse el cincuentenario del logro de dicha autonomía, nuestra corporación rindió un merecido homenaje a los Académicos de entonces a través de las páginas del libro *Primeros Académicos de Derecho*, expresándose en su Introducción que ellos "constituyeron un conjunto excepcional de juristas y, al mismo tiempo, maestros de con-

ducta; fueron además, por gravitación natural, políticos y hombres de Estado, ocupando muchos de ellos los más altos cargos de la Nación", y que además "fundaron revistas especializadas, publicaron obras de investigación jurídica y política y ejercieron en todo tiempo una nobilísima docencia dentro y fuera de la cátedra universitaria, sirviendo siempre la causa de la cultura con eficiencia y generosidad".

Durante largos años pudo cumplir nuestra Academia su valiosa misión, hasta que en 1950 la Ley 14.007 dispuso que el Poder Ejecutivo debía reglamentar el funcionamiento de las Academias que llamó "oficiales", lo que llevó a cabo por medio del Decreto 7.500 del 30 de septiembre de 1952, afectándolas de modo tan profundo que obligó a nuestra corporación, presidida también por el Dr. Saavedra Lamas, en su sesión del 11 de octubre de ese año, a dejar asentada en acta con la firma de todos los Académicos, lo que no era de rigor, "la expresión de su disconformidad con las nuevas normas legales" porque "suprimen a la Academia la libertad de integrarse y de elegir sus miembros, la de designar sus propias autoridades y la de darse las normas fundamentales de su actividad específica, convirtiéndola, por ese medio, en simple dependencia administrativa del Estado". Además, en razón de la edad exigida a los señores Académicos provocó el alejamiento de todos con excepción de uno, el Dr. Atilio Dell'Oro Maini, quien, como no podía haber sido de otro modo, presentó su renuncia en un gesto enaltecedor, quedando así la Academia totalmente desintegrada, y más aún, sometida con las demás al arbitrio de un Consejo Académico Nacional con facultad de aprobar el reglamento interno de cada Academia, coordinar su funcionamiento y proponer al Poder Ejecutivo la designación de los Académicos y del Presidente de cada una de ellas.

Esa situación empero no subsistió mucho tiempo, y el Poder Ejecutivo que asumió el gobierno el 23 de septiembre de 1955 dictó en ejercicio del Poder Legislativo el 30 de noviembre de ese año el Decreto Nº 4.862, el cual,

tras derogar la Ley 14.007 y en su consecuencia dejar sin efecto el Decreto 7.500, restituyó su autonomía a las Academias por entender que convenía "a los intereses de la cultura nacional crear las condiciones legales para que, cuanto antes, pueda recuperarse una vida académica normal e independiente".

Y el 21 de diciembre de ese mismo año de 1955 la Academia que presido, reunida en sesión extraordinaria, recuperó su anterior autonomía y expresó su conformidad con los principios del referido Decreto y sus fines. ¿Y quién fue entonces su Presidente? El Dr. Carlos Saavedra Lamas, que recuperó así el ejercicio de su anterior mandato que había desempeñado durante varios años con ejemplar dedicación.

Hasta aquí me he referido a Saavedra Lamas en su condición de Presidente con especial mención de los amargos momentos que le tocó vivir, y es oportuno recordar que en 1956, al reanudar nuestra Academia sus actividades, manifestó en ocasión de presentar al Dr. Enrique Ruiz Guiñazú con motivo de su conferencia sobre "Mitre y el Estado de Derecho" y en clara alusión a esos amargos momentos: "Creemos haber mantenido una línea de invariable dignidad rechazando la prepotencia que se pretendió imponer", para terminar diciendo: "abrimos ahora en toda su amplitud las puertas de esta casa del derecho y de la ciencia jurídica que sólo vive en el ambiente de la libertad. Nos espera una ardua tarea. Por iniciativa propia, o satisfaciendo las consultas que se nos quiera formular, haremos la revisión de todo nuestro derecho privado y de las fases del derecho público que sean pertinentes. La obra magistral que organizó la familia argentina en el ambiente de la moral y de la nobleza de los vínculos consagrados debe ser amparada en una nueva meditación de las alteraciones introducidas y las corruptelas de su aplicación".

Antes de abordar la actuación de Saavedra Lamas como Académico cabría recordar sin embargo, aunque brevemente, su brillante trayectoria desde muy joven al servicio

cias Sociales", presidida entonces por el Dr. Manuel Obarrio cuando, como hemos visto, nuestra corporación carecía de autonomía.

Esa "Segunda Época" se inicia también con el número 1 de los nuevos "Anales", y en él se incluye una colaboración del Dr. Saavedra Lamas, reelecto Presidente como ya señalé, titulada "En torno a la Constitución que nos rige", seguida en el número 3 de una exhaustiva evocación de la personalidad del Presidente de los Estados Unidos de América, Franklin D. Roosevelt, en ocasión de inaugurarse su estatua en Buenos Aires.

Pero también en esos primeros números se incluía un capítulo titulado "Disertaciones Retrospectivas", y en él figuran dos discursos de Saavedra Lamas, uno pronunciado en la Academia el 11 de diciembre de 1925 sobre "La crisis universitaria y la formación de hombres de gobierno" y otro el 14 de mayo de 1951, sin indicar el lugar, acerca de la "Actuación internacional de Leopoldo Melo", en el cual se refirió a nuestro ex Académico como hombre de gobierno y como jurista, expresando a este respecto, lo que cabe recordar en esta oportunidad en que honramos la memoria de un ex Académico de Derecho, que "el jurista tiene su ángulo visual, su norma es la lógica, su objetivo llegar a conclusiones precisas, pero es necesario complementarlo con la experiencia de la historia y las enseñanzas de la filosofía para que sea un jurisconsulto", rango que ciertamente alcanzó Saavedra Lamas.

Pero pongamos nuestra atención a fin de no superar el límite prudente de mis palabras en el primero de dichos trabajos, porque es en él donde afloran los méritos de su autor como estudioso del derecho constitucional y del derecho internacional.

Comienza por señalar en una apretada y exacta síntesis las etapas a través de las cuales ha evolucionado nuestro país, y así coloca en primer término la que culmina el 25 de mayo de 1810, y destaca luego sucesivamente la que declara la independencia el 9 de julio de 1816, la que se esfuerza

por dotar al país de una Constitución, los días dolorosos de la tiranía, la que sanciona la Constitución de 1853 y 1860, las presidencias fundadoras que a su juicio "impulsaron el adelanto y consolidaron las perspectivas de un grandioso porvenir" al tiempo que la Corte Suprema de Justicia iniciaba su alta misión de ser guardián de la Constitución como "base necesaria de la República y de la democracia".

Y agrega estas palabras en relación con lo que expondrá a continuación y que es el meollo de su discurso: "Sería interesante detenernos, para juzgar la obra de nuestros constituyentes, ante algunas cuestiones que en otros países han dado origen a dificultades persistentes. Pueden citarse las que han tenido proyecciones en el orden internacional en sus relaciones con las leyes internas, marcando las pautas más profundas para llegar a coordinarlas con las exigencias de la soberanía". Hace expresa referencia al aviso consultivo Nº 4 del 7 de febrero de 1923 de la Corte Panamericana de Justicia Internacional en el que dijo ese tribunal "que la cuestión de saber si una determinada materia entra o no en el dominio exclusivo de un Estado es una cuestión esencialmente relativa, que en definitiva depende del desenvolvimiento de las relaciones internacionales y se vincula también con el régimen constitucional de cada país".

Y a ese respecto destaca la claridad y precisión con que nuestra Constitución resuelve tal problema en los artículos 31, según el cual los tratados con las potencias extranjeras integran la ley suprema de la Nación; 86 inciso 14, que autoriza al Presidente de la Nación a firmar tratados para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras; 67 inciso 19, según el cual corresponde al Congreso aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones; y 100, que dispone que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre puntos regidos por los tratados con las naciones extranjeras.

Sostiene finalmente que "son aplicables al texto cons-

titucional argentino las doctrinas fijadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en casos numerosos al establecer que un tratado no puede cambiar o alterar la Constitución ni puede ser considerado válido si viola ese instrumento", porque esto resulta a su juicio de los principios fundamentales del régimen constitucional que no tolera limitar la propia soberanía. A ese respecto analiza en particular, lo que omitimos exponer en detalle por obvias razones, la situación jurídica del extranjero y la reserva de las disposiciones constitucionales en los tratados internacionales sobre arbitraje.

¿Y qué dice al poner punto final a su ensayo? Algo que hoy día cobra actualidad: "No son las reformas de la ley escrita las que sólo pueden ampliar nuestro camino, sino los hábitos, las costumbres, la moral política, el acatamiento a las prácticas institucionales, a las derrotas sufridas en el ejercicio honesto del sufragio, a las luces del nuevo día que invocaron hace 96 años los próceres que juraron la Constitución, ya que, como se ha dicho, la cultura cívica y el progreso político de un pueblo pueden medirse por el respeto a su Constitución".

En la sesión privada de nuestra Academia del 10 de julio de 1958 se tomó nota de la renuncia a la presidencia del Dr. Carlos Saavedra Lamas con fundamento en el estado de su salud, pero fue rechazada, otorgándosele la correspondiente licencia. Falleció el 5 de mayo de 1959, y el 8 de julio siguiente en sesión pública se le rindió el merecido homenaje debido a su memoria, el que estuvo a cargo del Académico Dr. Atilio Dell'Oro Maini, cuyas palabras iniciales me permito recordar al poner punto final a las mías por los altos méritos de quien las dijo: "La muerte lo alcanzó en la cumbre de la vida, cubierto del peso de su obra y del brillo de grandes honores. Trabajó con fervor por el engrandecimiento de la Nación, por el progreso y el afianzamiento del derecho, por el desarrollo de la cultura y el perfeccionamiento de la enseñanza superior, por la conquista y el tranquilo goce de la paz internacional, y

tuvo la satisfacción de ver reconocidos sus esfuerzos en la gratitud de sus contemporáneos y en la adjudicación a su persona del más alto galardón que el mundo sólo concede a los hombres que se destacan por su obra eminente, identificándose de ese modo con la gloria de su patria y con los prestigios de todo un continente".

SAAVEDRA LAMAS Y SU VISIÓN DE LA PAZ

Por el académico Dr. Jorge A. Aja Espil

El culto devoto a las personalidades de nuestra patria es una forma de cumplir con un alto deber cívico y de reiterar unánimes sentimientos de admiración y respeto por aquellos relevantes valores de cuño argentino. Coincidiendo con ello es que las Academias Nacionales, las de tradición científica y las de linaje cultural, han querido esta tarde honrar en acto conjunto la memoria del Dr. Carlos Saavedra Lamas, premio Nobel de la Paz.

¿Qué se decía de Saavedra Lamas; qué se dijo antes de ahora? El reconocimiento a la integridad de su obra, el elogio a la prestancia de su inteligencia y a su vocación por lo social, por la educación y por las agridulces cuestiones internacionales, han sido puestos de manifiesto en valiosos perfiles que, en su momento, nos entregaron los académicos Atilio Dell'Oro Maini, Carlos Manuel Muñiz, José María Ruda, Horacio Zorraquín Becú y Carlos María Gelly y Obes. Por mi parte, intentaré un nuevo enfoque, un ensayo sobre su credo intelectual de la paz.

Tan notable internacionalista y jurisconsulto fue algo así como un académico nato que enalteció a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas con su incorporación en el año 1943, donde participó a lo largo de 16 años en el estudio silencioso y propio de los centros de alta es-

peculación intelectual, lejos del mundillo del estrépito y de la banalidad. Así lo recordó el entonces miembro de número Dr. Juan Carlos Rébora en su muy sentida oración fúnebre, al expresar: "...obrero de la paz, trazó con su vida una parábola cuyo seno se ha confundido con la muerte".

No me resisto, Señores Académicos, a evocar mi primer encuentro con el Premio Nobel de la Paz. Es que entre los recuerdos vivos que conservo del paso por las aulas universitarias, donde lucían grandes señores de la cátedra, se destaca con singular relieve la visita que con mis entonces juveniles compañeros de estudio, y hoy dilectos amigos, doctores José Domingo Ray y José María Sáenz Valiente, le hiciéramos al Dr. Carlos Saavedra Lamas, en su estudio de la calle Florida 440.

Allí estuvimos, hace ya más de medio siglo, pendientes de su palabra rápida, sugestiva, sin énfasis pero convincente. Aquel profesor de gran señorío personal, de rostro pálido y mirada penetrante, endiosado con la aureola que le otorgaba el haber recibido el máximo galardón de la Paz, tal cual lo muestra el lienzo de refinada armonía que preside la austera sala que hoy nos cobija, no sólo satisfizo nuestros requerimientos de estudiantes —revelando así su vocación de maestro auténtico— sino que nos obsequió con un ejemplar de su proyecto de Código Nacional de Trabajo en el que deslizó una afectuosa dedicatoria, con su caligrafía menuda y prolija. Como se ve, sabía abrir corazones y anudar sentimientos de amistad. Remataremos esta incursión por nuestro propio pasado con un sutil pensamiento de aquel insigne conocedor del alma humana: "Los jóvenes que hoy pasan por sus aulas se sentirán siempre acompañados por su recuerdo, por más prolongado que sea el camino, o por más alta que fuera su ascensión en la montaña" (Carlos Saavedra Lamas, *Por la Paz de las Américas*, Buenos Aires, edic. 1937, p. 376).

Pero volquemos ya la hoja y enhebremos el tema que esta tarde nos proponemos destacar: el de su vocación pacifista, que calaba muy hondo en su alma y que caracterizó

el pensamiento y la prédica de Saavedra Lamas. En otros términos, señalar su visión de la paz dentro de la trama, tanto social como internacional, en que él buscó insertarla.

Ya en el discurso pronunciado en la colación de grados de su camada, que tiene lugar el 12 de agosto de 1903, el joven universitario traduce su inquietud por el futuro social de nuestro país con estas palabras: "los autores que nos trae la novísima bibliografía americana, nos hablan con frecuencia de las fuerzas engendradas por la tradición, pero modeladas en las evoluciones sociales..." (Discurso pronunciado por el ex alumno Carlos Saavedra Lamas en la colación de grados, Universidad de Buenos Aires, 1903). Recogía, de tal modo, el mensaje generacional contenido en la expresiva disertación que, en esa misma circunstancia y en nombre del cuerpo de profesores, pronunciara Manuel Augusto Montes de Oca, recién egresado de Londres, después de una ausencia de tres años, con todo el prestigio que le otorgaba el haber defendido con éxito ante la corona inglesa, la enojosa cuestión de nuestros límites con Chile.

Sospecho que la inclinación internacionalista del joven distinguido con medalla de oro, fue acicateada por la feliz coincidencia de recibir el homenaje de egresado de tan distinguido protagonista de la política exterior argentina.

Me apresuro a decir que fue Joaquín V. González, por cierto, quien influyó notablemente en la formación de Saavedra Lamas. Una mentalidad y un espíritu como el del gran riojano modelaron su temple moral y su genealogía intelectual y le marcaron un destino en la historia. Una cita hará comprender mejor el fundamento de esta aseveración; la tomo del prólogo de Joaquín V. González al libro *Problemas de Gobierno,* que Saavedra Lamas publicara en el año 1916. Tras calificarlo de un joven hombre de Estado, añade: "Un observador certero de los gérmenes sociales y políticos de su país y un estadista equilibrado por el concepto integral de la nacionalidad, no sólo en las palabras o en las fórmulas, sino en el fondo de su corazón y de su conciencia".

La simpatía paternal del autor de *Mis Montañas* sobre el reflexivo Saavedra es grande: "He tenido por suerte —dice— para el acierto de estos juicios, ocasión de conocerlo desde las aulas universitarias y durante sus primeros pasos por la función pública y me es grato ahora manifestar el agrado con que sus profesores escuchábamos siempre, en la clase o en el examen, su exposición clara, fácil y elegante, reveladora de una concepción mental igualmente nítida y precisa" (Prólogo de Joaquín V. González a *Problemas de Gobierno*).

Ensayemos ahora un parangón entre ambos estadistas. El mundo había comenzado a tener conciencia de las nuevas realidades sociales con la aparición de la Encíclica Rerum Novarum orientada a dar dimensión ética a la cooperación entre el capital y el trabajo. En nuestro país, la sensibilidad social en búsqueda de la protección obrera tiene una primera manifestación en los trabajos preparatorios que impulsó Joaquín V. González en un proyecto de Código de Trabajo remitido al Congreso en el año 1904, apenas un año antes de que se sancionara la ley de descanso dominical extraída, precisamente, del texto de aquel proyecto. Y es en este campo de los valores sociales donde Saavedra Lamas recibe una influencia directa del gran riojano. Siendo diputado nacional en el año 1910, auspició la creación de una Comisión Parlamentaria para que impulsara la sanción de aquel cuerpo sistemático de leyes sociales y que debía presidir su antiguo profesor Joaquín V. González.

Fue para ese entonces, febrero de 1910, cuando, investido de una misión universitaria por la Facultad de Derecho de Buenos Aires, viaja a Roma para contratar al eminente profesor Luigi Luzatti, autor del modelo de Tratado de Trabajo en Europa. Encuentra a éste como presidente del Consejo de Ministros, quien acoge con entusiasmo los estudios del profesor argentino y lo invita a negociar el convenio oficialmente, instándolo a que solicitase del gobierno argentino las credenciales respectivas. La discreción de Saa-

vedra Lamas se pone de manifiesto, una vez más, al declinar tal invitación con estas palabras: "hacer una solicitud de credencial por mí mismo habría contrariado mis hábitos y mi temperamento y lo habría considerado intempestivo..." (*Tratados internacionales de tipo social*, Ed. Reus, Madrid, 1923, p. 30).

También, en ese mismo año de 1910, presentó en la Cámara de Diputados una minuta de comunicación expresando el deseo del cuerpo para que el Poder Ejecutivo acordara un convenio con el gobierno de Italia sobre inmigración y trabajo, inaugurando de ese modo el derecho internacional obrero argentino, como lo afirma —sin escatimar elogios— Alfredo L. Palacios.

Hombre de ideas propias y convicciones arraigadas, el futuro premio Nobel tiene sentido del mundo y de la vida y sabe responder a los movimientos universales en defensa de la paz y de la justicia. Cuando el Tratado de Versalles —suscripto el 28 de junio de 1919— declara solemnemente que el establecimiento de la paz universal sólo podría basarse sobre la justicia para todos, y que debía respetarse al hombre como persona y no como una mera mercancía, Saavedra Lamas adhiere con fervor a lo que considera uno de los documentos más nobles de la comunidad internacional y coronación de lo que da en llamar "período constituyente del derecho obrero".

El curioso paralelismo entre ambos hombres de Estado vuelve a manifestarse cuando Saavedra Lamas vuelca toda su experiencia internacional y docente en su propio proyecto del Código Nacional de Trabajo, que concluye en 1928 y que presenta en la Conferencia de la OIT poco después. Frisando ya los cincuenta años, en el linde de la madurez, es elegido por unanimidad Presidente de la Conferencia Internacional de Trabajo de 1928 en Ginebra, como reconocimiento a su "intelectualidad magistral", según expresión de Albert Thomas, quien había sido ministro de Estado de Francia y director del Bureau Internacional du Travail.

Podemos afirmar que Saavedra Lamas desarrolló y ahondó el gran tema social que Joaquín V. González dejó esbozado; ambos reclamaron medios pacíficos para dar salida y amplitud a las necesidades de las poblaciones. Era la idea sostenida en Europa por Paul Pic, el eminente profesor francés de la Universidad de Lyon que prologará su estudio sobre el derecho internacional obrero y los tratados de trabajo, cuando señala el horizonte de éstos como un factor sustantivo "para la radicación definitiva de la paz" (*Tratado Internacional,* p. 385).

* * *

Así como la incipiente democracia norteamericana inspiró a los padres de nuestra independencia y a nuestros grandes liberales, como Sarmiento y Alberdi, el comienzo del presente siglo también recibió la influencia de lo que dio en llamarse el "apostolado wilsoniano". En aquellos años el mundo disfrutaba de una relativa paz: la paz victoriana y la paz bismarckiana. Claro que esta quietud escondía en su seno violencias que muy pronto iban a estremecer al mundo. En esa apariencia de calma, surge la figura de Woodrow Wilson, un intelectual, ex rector de la Universidad de Princeton, profesor de Political Science, que es elegido presidente de los Estados Unidos en el año 1913. El idealismo avasallador de Wilson buscaba apoyarse en las enseñanzas de la historia y en la visión de un mundo de paz y solidaridad. Pero muy pronto se desatará la guerra en Europa, con la tragedia de Sarajevo, y Wilson, aferrado a su pacifismo, orienta la política exterior a una neutralidad de hecho y de derecho. Sus discursos del crítico año 1917 se dirigían a limitar los objetivos de la conflagración mundial: "debemos buscar —decía— una paz sin victoria (...) el mundo debe salvarse para la democracia".

Por cierto que el idealismo del presidente Wilson influyó sobremanera en los intelectuales argentinos. Joaquín V. González y Carlos Saavedra Lamas sienten que aquellas ideas son legítimas e insustituibles para mantener viva la

llama de la cultura occidental. Se crea, así, una solidaria genealogía conceptual y espiritual afín con la de otro gran pensador argentino, Juan Bautista Alberdi. (Ver Joaquín V. González, *Obras Completas*, T. X, p. 417).

Las proposiciones del presidente Wilson están contenidas en su programa de los Catorce Puntos, en el que sobresale el ideal de la paz universal sobre la base de una liga o sociedad de las naciones. Como anota Joaquín V. González, se trata de una idea tan norteamericana como argentina ya que Juan Bautista Alberdi en su libro *El crimen de la guerra* propiciaba, mucho antes, una organización de la paz sobre la base de la justicia internacional. El espíritu de toda la obra alberdiana descansa en que la guerra es un delito que la comunidad internacional debe prevenir y aun reprimir.

Es tiempo de que volvamos a nuestro homenajeado de esta tarde. Comencemos por decir que si Alberdi y Wilson configuran el ideal, Saavedra Lamas es la idea. Aquéllos iluminaron un ancho camino para encauzar los pasos de la humanidad en dirección a una justicia universal; éste, estadista con ideas propias, con un sentido del mundo y de la vida madurado entre viaje y viaje a conferencias internacionales, puso en práctica aquellas concepciones. Su misión de paz no es un mero sentimiento o el evangélico espíritu de un lírico sino un verdadero proceso de racionalización de aquel valor eterno.

Por cierto que los sueños pacifistas de Alberdi y Wilson penetraron en la formación de Saavedra Lamas. No diré que las referencias al pensamiento de aquéllos ocupen un lugar preponderante en las citas. Pero las hubo, empero, e importantes.

Los ideales cardinales de Wilson se traducen en expresiones plenas de solidaridad universal, tales como: "The war that will end wars" (La guerra que pondrá fin a las guerras), slogan ingenuo con que explicaba la forzada beligerancia de Estados Unidos tres años después de iniciada la guerra. Por cierto que la oposición lo glosaría con un enun-

ciado cínico aplicado al Tratado de Versalles: "peace to end peace" (la paz para terminar con la paz). Es de destacar también el "peace without victory" (paz sin victoria) del presidente norteamericano, con que repudiaba el adagio clásico de "recompensar" a los vencedores y "castigar" a los vencidos. Pronunciado durante el expansionismo de los imperios centrales de Europa, fue recibido por algún sector de la opinión pública como un enunciado evangélico o como una concepción romántica de la llamada política de las "bellas ideas". Recordemos su similitud con una doctrina rioplatense de vieja estirpe, como que se remonta al conflicto de la Triple Alianza (1865-1870), oportunidad en que Mariano Varela lanzó su célebre apotegma: "la victoria no da derechos". Su verdadera hermenéutica es la de no legitimar conquistas territoriales, y sí conquistar una paz con justicia.

Saavedra Lamas, en el discurso pronunciado el 12 de junio de 1935, al tiempo de la firma del Protocolo de paz entre Bolivia y Paraguay que suspendía las hostilidades, en una solemne y emotiva ceremonia que tiene lugar en la Casa de Gobierno, transita por la dialéctica wilsoniana. Han pasado por sus manos la guerra fratricida y la paz del Chaco Boreal, y a la hora de saborear lo que su talento diplomático había hecho realidad, explica: "Cuando los beligerantes estaban en el fragor del combate, tomó la Cancillería argentina la iniciativa de decirles: vuestras violencias no modifican vuestros derechos. Fue (ésta) la declaración del 3 de agosto, que iniciamos obteniendo la adhesión de diecinueve naciones de América. (...) Pero dijimos algo más; dijimos: queremos que ésta sea la última guerra, y fue por ello y para ello que estructuramos y proyectamos el pacto anti-bélico, que una vez ratificado y aceptado como está, por todos los pueblos de América, hará imposible otra guerra". (Carlos Saavedra Lamas, *Por la Paz de las Américas*, Buenos Aires, Edic. 1937, p. 70).

Nuevamente, en su discurso del 21 de enero de 1936, al tiempo de suscribir el acta que coronaba los logros de la

Conferencia de Paz en el conflicto del Chaco, y que presidía el Canciller argentino, éste reedita aquellos conceptos al expresar: "Cuando se inauguró en esta misma sala la Conferencia de Paz dije que aspirábamos a que la guerra que terminaba fuera la última de América, que no fuera como todas las otras, destructora sino creadora de principios y derechos, y estamos velando y hemos de velar hasta el fin por el cumplimiento de esos postulados..." (Carlos Saavedra Lamas, Op. cit., p. 82).

Como se puede apreciar de estos conceptos que hemos transcripto, tanto Wilson como Saavedra Lamas están muy cercanos en sus prédicas pacifistas y más aún en sus postulados antibélicos. Y si ahondamos en estas reflexiones, veremos que ambos edificaron sistemas trascendentes para la paz: la Sociedad de las Naciones el uno y el Pacto Antibélico el otro.

Me acercaré ahora a otra cuestión que también ocupó, y mucho, la atención de ambos estadistas americanos: la neutralidad. Así como la historia está llena de ruido de sables, la inhibición voluntaria de participar en un conflicto y mantener una igualdad de trato con las partes beligerantes es tan antigua como el mundo. Pero cabe preguntarse ¿qué alcance y significación le atribuyeron aquéllos? Me adelanto a decir que ambos filosofaron en la misma dirección. Entendieron la paz no como ausencia de guerra, pero sí como fraternidad humana.

En uno de sus últimos discursos como candidato a la reelección, en 1915, volcó Wilson sus juicios sobre la neutralidad. Sostenía que "hemos sido neutrales, no sólo porque es la política fija y tradicional de los Estados Unidos; (...) hemos sido neutrales también porque es nuestro deber manifiesto impedir, si es posible, una prolongación indefinida de las pasiones ardientes del odio y la desolación y porque, además, era nuestro deber procurar servir a la humanidad reservando nuestra fuerza y nuestros recursos para los difíciles y penosos días de la restauración". "Y la neutralidad —agregaba en su discurso de 1915— no es in-

diferencia, no es el propio interés, sino la simpatía por el ser humano y el bienestar" (Joaquín V. González, *Obras Completas*, T. X, p. 57).

Para la misma época —en julio de 1916, al tiempo de inaugurar el Congreso Americano de Ciencias Sociales— Saavedra Lamas, que sabe distinguir entre lo jurídico y lo político, expresa que pocos derechos "merecen una dedicación más especial que aquellos que corresponden a los neutrales", y citando al estadista norteamericano recuerda que "es en la contienda actual de donde surgirán fuerzas nuevas, exigiendo el respeto de los neutrales" (Carlos Saavedra Lamas, Op. cit., p. 35).

No hace falta ir más lejos. Igual sensibilidad, igual inteligencia, igual credo, tanto en Wilson como en Saavedra Lamas. Pero mientras el idealista sólo suscitó principios, el ideador elaboró estrategias. Este supo también ejercer la diplomacia en profundidad, que es aquella que persigue la aceptación espontánea y no la solución impuesta.

La Academia de Oslo reconoció el mérito de esos dos militantes de la paz al otorgarles el premio Nobel, en 1919 a Wilson y en 1936 a Saavedra Lamas.

Otro hito en el camino de la paz entre los Estados, fue lo que Saavedra Lamas llamó "la formación de una fuerza internacional a los efectos de una función de policía que asegurara la paz". Me apresuro a afirmar que es éste uno de los antecedentes más preclaros de las actuales fuerzas para el mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Recuerda aquél que "fue en un momento dado el ideal sugerido a la Sociedad de las Naciones; los regímenes de garantía y de seguridad se proyectaron en múltiples formas, desde el Tratado de Garantía Mutua propuesto en la Sociedad de las Naciones en 1924, hasta el actual de Locarno; (. . .) Nosotros —agrega— no hemos trepidado en crear una fuerza internacional y en enviarla como policía internacional para separar dos ejércitos en guerra. El ensayo se realizó entre el respeto inmediato de los beligerantes, y es una de las páginas más bellas que atestiguan la cultura

alcanzada por nuestras fuerzas militares, que realizaron su noble misión. . .". (Carlos Saavedra Lamas, Op. cit., p. 80). En el discurso pronunciado en la Conferencia de Paz Saavedra Lamas distingue entre la coerción militar y la coerción moral. "Hemos combinado –dice– la conciliación con el repudio de la guerra de conquista, pero hemos respetado también, invariablemente, la libre determinación de los pueblos". (Carlos Saavedra Lamas, Op. cit., p. 81). Como se ve, Saavedra Lamas apoyaba la conciliación en la fuerza moral que fluye de la comunidad internacional. En este sentido fue un precursor de teorías fundamentales siempre inspiradas en principios de derecho internacional.

Señores Académicos:

Quien ocupó el Ministerio de Relaciones Exteriores desde 1932 a 1938, marcó un momento cumbre en la política internacional argentina. Es posible que en ningún período de su historia haya lucido más el acierto de nuestra diplomacia.

El 21 de septiembre de 1936 se lo distingue designándolo presidente de la XIII Asamblea de las Naciones Unidas. Al agradecer tan señalado honor expresó: "la interpreto como un homenaje que tributáis a mi país, cuya conducta se ha inspirado siempre en su amor a los principios y en su vocación por la paz". Una feliz coincidencia lo lleva a presidir, apenas dos meses después, la Conferencia Internacional de Consolidación de la Paz, celebrada en Buenos Aires, a iniciativa y con la presencia del presidente Franklin Delano Roosevelt.

Finalmente, el 24 de noviembre del mismo año, se le otorga el galardón más preciado que un hombre de Estado pueda recibir, el Premio Nobel de la Paz. Al contestar el homenaje que en tal oportunidad le brindara la Facultad de Derecho a través de su decano, el Dr. Agustín Matienzo, expresó el laureado: "la guerra ha seguido mi paso durante toda mi gestión, como la sombra de la tragedia antigua. A

poco de inaugurar mis tareas apareció en nuestras vecindades la llama de un gran incendio (...) Durante todo este período de gobierno un afán cotidiano de restablecer la paz ha perturbado nuestro sueño" (Carlos Saavedra Lamas, Op. cit., p. 393).

Por cierto que el Canciller argentino supo vencer todos esos obstáculos. Por ello pudo reiterar a sus jóvenes amigos y a sus alumnos de siempre: "Meditad, pues, y convenceros de que la paz es un bien inapreciable; que es indispensable mantenerla para dar a los hombres mayor bienestar, en su tránsito hacia la sombra" (Carlos Saavedra Lamas, Op. cit., p. 396).

Así fue —así lo veo yo al menos— nuestro Premio Nobel de la Paz. A su misión de internacionalista supo darle un contenido metafísico que le evitó quedarse en la epidermis de los conflictos para penetrar en su hondura.

Y nada más, señoras y señores.

VI

DECLARACIONES Y DICTÁMENES

DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE LA EVENTUAL REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre iniciativas tendientes a reformar la Constitución Nacional, habiendo mantenido a tal respecto una línea uniforme de pensamiento adversa a las mismas.

Así, al cumplirse en 1970 ciento diez años de vigencia de nuestra ley fundamental, expresó que ella "no sólo ha contemplado las necesidades de su época, sino que ha tenido la sabia previsión de satisfacer cumplidamente las cambiantes circunstancias históricas, de modo que responde perfectamente a las exigencias de la hora actual" y que "su estabilidad es así la mayor garantía de los derechos públicos y privados".

Bien pronto, sin embargo, el 20 de mayo de 1971, ante una iniciativa en favor de una reforma propiciada por un gobierno "de facto", volvió a hacer oír su voz en defensa de claras cláusulas constitucionales que se violarían en el caso de omitirse la previa declaración del Congreso, entonces disuelto, sobre la necesidad de la reforma, como lo establece el artículo 30 de la Constitución Nacional. En

similares términos y en iguales circunstancias se pronunció esta Academia en 1973.

Cabe recordar, asimismo, que en 1989, en ocasión de una nueva iniciativa reformista, reiteró nuestra corporación 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 las atribuciones que les fija la carta fundamental".

Una de las actuales iniciativas se caracteriza por proponer una reforma más profunda de la Constitución Nacional, al extremo de introducir en ella un nuevo capítulo que no es necesario y que altera sin razón su estructura tradicional; dar cabida a cuestiones propias de la legislación ordinaria y a otras reconocidas por la jurisprudencia; y reducir a cuatro años y a una sola y subsiguiente reelección el mandato del Presidente y del Vicepresidente de la Nación, en lugar de los seis años que rigen desde 1853-60, período que sin duda ha permitido desde entonces un exhaustivo tratamiento y resolución de las diversas cuestiones propias de las correspondientes atribuciones del Poder Ejecutivo y, a su turno, una ulterior reelección luego del transcurso de otros seis años, como ocurrió en 1898 y en 1928.

Reitera así nuestra Academia, en cumplimiento de sus fines estatutarios, su opinión adversa a la actual iniciativa de introducir reformas al texto vigente de la Constitución Nacional, porque si bien ésta, conforme al citado artículo 30, puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, no se cumple en esta oportunidad con el requisito previsto en dicha cláusula de que la reforma debe responder exclusivamente a su necesidad.

VII

MEMORIA Y BALANCE

MEMORIA 1993

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto, someto a consideración de los señores Académicos la Memoria relativa a las actividades desarrolladas durante 1993 y el Balance correspondiente.

Tales actividades, como se verá a lo largo de este informe, no sólo han respondido a los respectivos fines estatutarios, sino que también han debido abordar cuestiones vinculadas a importantes problemas institucionales.

I. *Nuevo académico titular.* — Como se informó en la memoria de 1992, se produjeron durante ese período dos vacantes en la categoría de Académicos Titulares, por lo cual, cumplido el respectivo trámite estatutario, en la sesión del 28 de octubre de 1993 fue elegido en la vacante producida por el fallecimiento del doctor Manuel María Diez el doctor Eduardo Aguirre Obarrio, quien en tal carácter ocupará el sillón del cual es patrono José Figueroa Alcorta.

Queda entonces por ser cubierta la vacante producida por el fallecimiento del doctor Juan Francisco Linares.

II. *Incorporación de académico titular.* — Designado en el curso de 1992, el 13 de mayo se incorpora a nuestra Academia el doctor Guillermo A. Borda, quien disertó sobre el tema "La especialidad del derecho de familia", luego de ser presentado por el doctor Roberto Martínez Ruiz.

III. *Nuevos académicos correspondientes.* — En la sesión del 27 de mayo fue designado en tal carácter el jurista italiano Mauro

Cappelletti, quien, luego de las palabras pronunciadas por nuestro Académico doctor Augusto Mario Morello, fue recibido el 29 de julio, ocasión en que su conferencia versó sobre la "Evolución de Europa".

También durante el período en consideración fueron designados en idéntica condición los doctores Carlos Fernández Sessarego, de la República del Perú, y Rodolfo A. N. Rouillon, de nuestra ciudad de Rosario.

IV. *Homenaje al doctor Juan Francisco Linares.* — En razón de haber fallecido el doctor Linares, que fuera Académico titular de nuestra institución, durante el receso de la actividad académica de comienzos de 1993, el debido homenaje a su memoria se llevó a cabo el 27 de mayo con asistencia de sus hijos, habiendo disertado en tal oportunidad sobre su significativa actuación en el campo jurídico los señores Académicos doctores Miguel S. Marienhoff sobre "Juan Francisco Linares y el Derecho Administrativo", José Domingo Ray sobre "Juan Francisco Linares y la razonabilidad en el Derecho", Jorge A. Aja Espil sobre "Vertientes constitucionales en la interpretación de la ley", y Lino Enrique Palacio sobre "La función jurisdiccional administrativa en el pensamiento de Juan Francisco Linares".

V. *Otros homenajes.* — Se rindieron por decisiones de los señores Presidentes de Academias Nacionales adoptadas en sus habituales reuniones mensuales.

El primero tuvo lugar el 29 de julio, en la sede de la Academia Nacional de Agronomía y Veterinaria, en recordación de la actuación del doctor Julio César Gancedo, por todo cuanto hizo para que algunas Academias cumplieran sus actividades en este edificio.

El segundo se llevó a cabo el 4 de noviembre, en la sede de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en homenaje al doctor Carlos Saavedra Lamas, habiendo hecho uso de la palabra en tal ocasión el suscripto sobre "Carlos Saavedra Lamas, Académico de Derecho" y el doctor Jorge A. Aja Espil sobre "Carlos Saavedra Lamas y su visión de la paz".

VI. *Reunión con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.* — De conformidad con las modificaciones de que se dio cuenta en la anterior Memoria, la reunión de que trata

este capítulo se llevó a cabo en nuestra sede en la fecha oportunamente acordada y con temas a elección de cada disertante, y así, con el éxito de siempre, hablaron el 20 de mayo los doctores Juan Carlos Agulla sobre "Estado de las ciencias sociales en la Argentina", Jorge Bustamante Alsina sobre "La responsabilidad civil del médico como cuestión social", y Federico Videla Escalada sobre "La revisión del Libro II del Código Civil", y el día 21 los doctores Enrique Martínez Paz sobre "La construcción del mundo jurídico", Horacio García Belsunce sobre "El delito tributario frente al Código Penal: su ámbito territorial", y Pedro J. Frías sobre "Las formas del Estado contemporáneo".

A continuación de cada disertación hicieron importantes consideraciones varios señores Académicos tanto de Córdoba como de Buenos Aires.

VII. *Reuniones de presidentes de Academias Nacionales. Criterio sustentado respecto de nuevas Academias Nacionales.* — Durante el año académico 1993, mensualmente y en forma rotativa en cuanto al lugar de cada encuentro, tuvieron lugar las reuniones que congregan a los señores Presidentes de las Academias Nacionales. Se trataron en ellas en mayor medida temas de rutina, como los homenajes de que se da cuenta en el capítulo V y la situación financiera de tales corporaciones, pero entiende el suscripto que cabe exponer en particular en esta Memoria cuanto ha ocurrido respecto al reconocimiento de nuevas Academias Nacionales, a partir de haberse manifestado esta Academia en nota presentada al señor Secretario de Cultura de la Nación, según consta en el Acta 712 de fecha 28 de octubre, en contra del pedido de nacionalización formulado por la Academia Argentina de la Comunicación.

Similar actitud de otras Academias Nacionales hizo que el aludido funcionario solicitara de ellas que le hicieran llegar un memorando con mayores fundamentos. A ese efecto, se creó una comisión integrada por el Presidente de la Academia Nacional de Agronomía y Veterinaria, y los miembros de nuestra corporación doctores Aja Espil, Rodríguez Galán y el suscripto, cuyas conclusiones fueron analizadas en una reunión de Presidentes celebrada en nuestra sede el 30 de diciembre y volcadas luego en un texto más breve que, luego de su última versión a cargo de los señores Presidentes Ingeniero Marín, el doctor Ras y el suscripto, fue entregado el 7 de enero de 1994 a la Secretaría de Cultura de la Nación.

VIII. *Conferencias en sesiones públicas.* — Además de las pronunciadas por el nuevo Académico titular doctor Guillermo A. Borda y por el nuevo Académico correspondiente doctor Mauro Cappelletti, de que se dio cuenta en capítulos precedentes, disertaron la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci el 26 de julio sobre el tema "¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?", y el doctor Alberto Rodríguez Varela el 29 de septiembre sobre "La vida y la muerte frente al derecho".

IX. *Comunicaciones en sesiones privadas.* — Se llevaron a cabo las siguientes: el 12 de agosto el doctor Federico Videla Escalada sobre "El contrato en la revisión del Libro II del Código Civil", el 23 de septiembre el doctor Julio H. G. Olivera sobre "La ciencia económica como hermenéutica social", el 14 de octubre el doctor Germán Bidart Campos sobre "Reflexiones sobre el Derecho Constitucional frente al nuevo Derecho Internacional de fin de siglo", el 28 del mismo mes el doctor Elías P. Guastavino sobre "El fideicomiso de la propiedad participada en las empresas privatizadas", el 11 de noviembre el doctor Federico Videla Escalada, la segunda parte de su anterior disertación, sobre "El contrato en la revisión del Libro II del Código Civil", y el 25 de noviembre el doctor Félix Alberto Trigo Represas sobre "La responsabilidad en la nueva ley de trasplante de órganos".

X. *Comodato.* — En la sesión celebrada el 10 de junio informó el doctor Miguel S. Marienhoff que en el respectivo expediente obraba ya el dictamen del señor Procurador del Tesoro, y obtenida copia de todas las actuaciones, el cuerpo encomendó al nombrado, el 8 de julio, el correspondiente análisis.

XI. *Reforma de la Constitución Nacional.* — En la sesión del 12 de agosto se aprobó por unanimidad el proyecto de declaración adverso a la reforma de la Constitución Nacional hecha pública en esos días por el Gobierno Nacional. En razón de su importancia institucional tal declaración se transcribe a continuación:

> "La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre iniciativas tendientes a reformar la Constitución Nacional, habiendo mantenido a tal respecto una línea uniforme de pensamiento adversa a las mismas.

"Así, al cumplirse en 1970 ciento diez años de vigencia de nuestra ley fundamental, expresó que ella 'no sólo ha contemplado las necesidades de su época, sino que ha tenido la sabia previsión de satisfacer cumplidamente las cambiantes circunstancias históricas, de modo que responde perfectamente a las exigencias de la hora actual' y que 'su estabilidad es así la mayor garantía de los derechos públicos y privados'.

"Bien pronto, sin embargo, el 20 de mayo de 1971, ante una iniciativa a favor de una reforma propiciada por un gobierno 'de facto', volvió a hacer oír su voz en defensa de claras cláusulas constitucionales que se violarían en el caso de omitirse la previa declaración del Congreso, entonces disuelto, sobre la necesidad de la reforma, como lo establece el artículo 30 de la Constitución Nacional. En similares términos y en iguales circunstancias se pronunció esta Academia en 1973.

"Cabe recordar, asimismo, que en 1989, en ocasión de una nueva iniciativa reformista, reiteró nuestra corporación 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'.

"Una de las actuales iniciativas se caracteriza por proponer una reforma más profunda de la Constitución Nacional, al extremo de introducir en ella un nuevo capítulo que no es necesario y que altera sin razón su estructura tradicional, dar cabida a cuestiones propias de la legislación ordinaria y a otras reconocidas por la jurisprudencia, y reducir a cuatro años y a una sola y subsiguiente reelección el mandato del Presidente y del Vicepresidente de la Nación, en lugar de los seis años que rigen desde 1853-60, período que sin duda ha permitido desde entonces un exhaustivo tratamiento y resolución de las diversas cuestiones propias de las correspondientes atribuciones del Poder Ejecutivo y, a su turno, una ulterior reelección luego del transcurso de otros seis años, como ocurrió en 1898 y en 1928.

"Reitera así nuestra Academia, en cumplimiento de sus fines estatutarios, su opinión adversa a la actual iniciativa de introducir reformas al texto vigente de la Constitución Nacional, porque si bien ésta, conforme al citado artículo 30, puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, no se cumple en esta oportunidad con el requisito previsto en dicha cláusula de que la reforma debe responder exclusivamente a su necesidad".

XII. *Decenio mundial para el desarrollo cultural de la Unesco.* — En la sesión celebrada el 12 de noviembre de 1992 el cuerpo tomó conocimiento de la nota de fecha 15 de octubre, transcripta en el Libro de Actas, remitida por el señor Secretario de Cultura de la Nación sobre el tema del epígrafe, en la cual invitaba al suscripto a una reunión que llevaría a cabo el correspondiente Comité Nacional Argentino el día 26, ocasión en que se suministró una muy escueta información al respecto.

En el curso del mes de junio de 1993 a esta Academia y a otras entidades de variada personalidad les encomendó la Secretaría de Cultura de la Nación tratar el tema "Cultura, Educación y Trabajo", y dentro de él en particular el relativo a "Legislación Cultural", llevándose a cabo a este efecto una multitudinaria reunión en el Ministerio de Cultura y Educación de la cual dio cuenta el suscripto en la sesión celebrada el 12 de agosto, resolviéndose que el Presidente no concurriera a futuras reuniones mientras subsista tan anómala situación.

XIII. *"International Law Association". Rama Argentina.* — Es de conocimiento de los señores Académicos por haberse informado sobre este tema en reuniones anteriores, que por iniciativa de la Rama Argentina la "International Law Association" celebrará su próxima reunión en Buenos Aires en el curso de 1994. Cabe ahora dejar constancia de que en la sesión celebrada el 23 de septiembre, según el acta respectiva, ante la solicitud formulada por el Presidente de la Rama Argentina doctor Ricardo Balestra, y la doctora Silvia Maureen Williams, se resolvió conceder a la citada entidad el uso del Salón de Actos durante dos tardes entre los días 15 y 19 de agosto para la reunión de una Comisión.

XIV. *Propuesta de la Universidad de Belgrano.* — En la sesión celebrada el 28 de octubre se dio cuenta de una nota remitida por

el Rector de la Universidad de Belgrano, doctor Avelino Porto, en la que invitaba a nuestra Academia a mantener con dicha casa de estudios una relación permanente con miras a mejorar la preparación de los futuros graduados en derecho y ciencias sociales.

El suscripto mantuvo una entrevista en nuestra sede con el Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha Universidad, doctor Gozaini, resolviéndose en la citada sesión, según resulta de la respectiva respuesta transcripta en el Acta 713, que se vio con simpatía tal iniciativa, pero que a la Academia no le corresponde, como institución de su especie, participar en reuniones como las propuestas y que la iniciativa en cuestión se puso en conocimiento de los señores Académicos para eventuales decisiones a título personal en caso de ser invitados.

XV. *Premios.* — De acuerdo con la respectiva reglamentación y tal como se acordó en las sesiones de los días 11 y 25 de noviembre, se llamó a concurso con la debida publicidad respecto de las correspondientes condiciones para optar a los premios que discierne la Academia con su nombre, uno a la mejor obra sobre un tema propio de las ciencias jurídicas editada en el país entre 1990 y 1994 y cuyo premio consistirá en diploma y medalla de oro, y otro como "Estímulo", sobre el tema "Ideas para una modernización del proceso civil" a ser premiado con diploma y medalla de plata.

Los jurados quedaron integrados para el primero por los señores Académicos Anaya, García Belsunce, Marienhoff, Rodríguez Galán y Videla Escalada, y para el segundo con los señores Académicos Borda, Bustamante Alsina, Guastavino, Morello y Palacio.

XVI. *Comisiones asesoras del "Conicet".* — Con fecha 22 de noviembre solicitó por nota el doctor Raúl Matera, en su carácter de Presidente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, que se indicaran tres nombres de señores Académicos para integrar las correspondientes Comisiones Asesoras de dicho Consejo. De ello se informó al cuerpo en la sesión del día 25, resolviéndose en la sesión del 9 de diciembre que se hiciera saber al doctor Matera los nombres de los integrantes de las secciones "Derecho Público", "Derecho Privado" y "Ciencias Sociales", con la salvedad propuesta por el doctor Olivera de que ellos no han de actuar en representación de la Academia y que será a criterio personal de cada uno aceptar o no la correspondiente designación en caso de producirse.

XVII. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Internacional.* — En la sesión celebrada el 8 de julio informó el señor Vicepresidente doctor Ray, en su carácter de Director del Instituto de Derecho Internacional de nuestra Academia, de una reunión efectuada en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en el marco del programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Internacional, en el cual se abordaron los temas "El Derecho Internacional y el Derecho Interno", "El Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado" y "El Derecho del Mar". El suscripto considera que corresponde dar cuenta de ello en esta Memoria.

XVIII. *Secciones de la Academia.* — A raíz de las recientes designaciones como Académicos de Número de los doctores Guillermo A. Borda y Eduardo Aguirre Obarrio, quedaron incorporados durante el año en consideración a la sección "Derecho Privado", el primero, y a la sección "Derecho Público" el segundo. Por su parte continúan como Presidentes el doctor Linares Quintana en la sección "Derecho Público", el doctor Martínez Ruiz en la sección "Derecho Privado", y el doctor Rodríguez Varela en la sección "Ciencias Sociales".

XIX. *Nueva reglamentación de los premios nacionales.* — El Director de Promoción Cultural de la Secretaría de Cultura de la Nación, con fecha 4 de mayo, consultó al señor Presidente sobre la nueva reglamentación de los premios nacionales "Consagración Nacional", "Regional" e "Iniciación", respondiendo el suscripto el día 13 proponiendo solamente una nueva redacción al artículo 14, referente a la rotación de las especialidades respecto a la que se llama a concurso a fin de lograr una mayor claridad.

XX. *Labor de los Institutos.* — Instituto de Derecho Civil: El Instituto de Derecho Civil, durante el curso del año 1993, se abocó al análisis de las reformas al Código Civil proyectadas por la comisión designada por decreto 468/92, del Poder Ejecutivo, que se circunscribió al tema de la puesta al día y unificación del régimen de obligaciones y contratos civiles y comerciales, tal cual lo anunciara uno de los considerandos del decreto 2719/91 por el cual se vetó la ley 23.042, que había sancionado el denominado Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.

El trabajo a realizar se demoró, por cuanto recién en agosto de 1993 se dio a publicidad, en una edición privada, el proyecto redactado por dicha comisión y, por otra parte, se produjo una situación que ocasionó perplejidad, al tener estado público el despacho de la Comisión de la Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, que proyectó la Unificación de la Legislación Civil y Comercial sobre la base de reformar el Código Civil y derogar el Código de Comercio, proyecto que fue sancionado por dicha Cámara y se elevó al Senado de la Nación donde también está el proyecto elaborado por la Comisión designada por el decreto 468/92, y que el Poder Ejecutivo ha elevado al Senado, sin que se tenga conocimiento de cuál será la decisión legislativa, o sea si se optará simplemente por la unificación del régimen de las obligaciones y contratos civiles y comerciales o por la unificación total tal cual lo había encarado la vetada ley 23.042.

Algunos de los miembros del Instituto de Derecho Civil de la Academia han hecho llegar al Director sus observaciones a distintos títulos del Proyecto, y continúan los restantes integrantes elaborando sus respectivos dictámenes.

Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación: En el curso de este año se publicaron los trabajos referidos a "Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones", incluyéndose el celebrado con EE. UU. así como la nota complementaria referida a otros convenios que consagran otros medios de solución que el que prevé el celebrado con EE. UU.

El Director del Instituto ha estado en comunicación con miembros del mismo y existen varios trabajos en marcha. Para el año 1994 el doctor Rodríguez Jurado ha programado tareas en el campo del Derecho Aeronáutico y, fundamentalmente, en miras a las conferencias a celebrarse en el curso del año.

El doctor Ray concurrió en nombre del Instituto a las reuniones realizadas en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto con motivo de las celebraciones del Decenio del Derecho Internacional Público a instancias de Naciones Unidas.

Instituto de Derecho Administrativo: Bajo la dirección del señor Académico doctor Miguel S. Marienhoff y del señor Académico doctor Juan Carlos Cassagne, como subdirector, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo diversas sesiones de trabajo donde,

entre todos sus integrantes, se analizaron diversas cuestiones vinculadas a esta rama del Derecho Público.

Entre ellas, merece destacarse el tratamiento de la tutela de los llamados intereses difusos en la Provincia de Santa Fe, a cargo del doctor Luis A. Carello.

También se abordó el tema del control jurisdiccional del servicio público telefónico, sesión en la que expuso el doctor Alejandro Uslenghi.

Otro de los temas tratados fue el de la responsabilidad del Estado a través del comentario realizado por el doctor Rafael Mario González Arzac al fallo de la Corte Suprema recaído en la causa "Lozano Gómez, Juan Carlos c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios", del 12/5/92.

Uno de los debates que concitó gran interés fue el realizado en torno al fallo de la Corte Suprema en la causa "Balaguer, Luis Armando c/Estado Nacional (H. S. de la Nación Argentina) s/amparo", en el que se suspende a un juez mientras se tramitaba su juicio político. El tema fue expuesto por la doctora María del Carmen Jeanneret de Pérez Cortés y luego analizado por todos los integrantes.

La última sesión del año fue dedicada al tratamiento del nuevo régimen en materia de residuos peligrosos. En este caso fue el doctor Guido Santiago Tawil quien tuvo a su cargo la exposición inicial del tema.

XXI. *Distinciones a los señores académicos.* — Con motivo de haber cumplido el doctor Marienhoff 90 años le rindieron homenaje la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Honorable Senado de la Nación, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y esta Academia, con una cena en el "Círculo de Armas".

Al doctor Segundo V. Linares Quintana, también le rindieron homenaje el Honorable Senado de la Nación, con motivo de cumplir 84 años, y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

A su vez, la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico, distinguió al doctor Federico Videla Escalada en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 28 de abril, por haber transcurrido 45 años de la publicación de su tesis doctoral.

El doctor Ray, por su parte, fue designado Vicepresidente Honorario del Comité Marítimo Internacional.

El doctor Jorge A. Aja Espil fue reelecto en el cargo de Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Nuestro Académico correspondiente, doctor Pedro J. Frías, se incorporó como Académico titular a la Academia Nacional de Educación.

El doctor Augusto Mario Morello fue designado Profesor Honorario de la Universidad de La Plata; el doctor Jorge Bustamante Alsina, Profesor Titular Honorario de la Universidad del Museo Social Argentino; el doctor Guillermo A. Borda, Doctor Honoris Causa de la Universidad Del Salvador, y el doctor Félix Alberto Trigo Represas, Miembro Honorario del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata.

XXII. *Actividades de los señores académicos.* — Por obvias razones se hace referencia a las de mayor significación.

El Vicepresidente de nuestra Corporación, doctor José Domingo Ray, publicó el primer tomo de su obra "Derecho Marítimo" y se halla en prensa el segundo volumen.

El doctor Jorge A. Aja Espil visitó en el mes de agosto, por invitación de la "Fundación Adenauer" la República de Alemania, la República Checa y Polonia a fin de mantener encuentros académicos sobre el nuevo orden internacional en el mundo, y actuó como coordinador el 25 de octubre en el Primer Congreso Internacional de Filosofía de la Ciencia Política, organizado por el Instituto de Ciencia Política del Museo Social Argentino.

El doctor Horacio García Belsunce pronunció una conferencia, el 28 de junio, en el Programa de Derecho Tributario de la Universidad Austral sobre "El ilícito tributario, aspectos generales, régimen de la legislación argentina y española" en panel con los profesores Eugenio Simón Acosta, de España, y Héctor V. Villegas, de Córdoba. Además disertó el 30 de junio en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires sobre las "Emergencias en la Constitución Nacional", y publicó en "La Nación", el 20 de julio, un artículo sobre "Los decretos de necesidad y urgencia".

El doctor Jorge Bustamante Alsina publicó el segundo volumen de su obra "Responsabilidad Civil y otros ensayos" y fue director y expositor de la "Reunión informativa sobre responsabilidad médica" celebrada el 3 de noviembre en el Aula Magna de la Academia Nacional de Medicina.

El doctor Guillermo A. Borda pronunció algunas conferencias

y publicó varios artículos sobre algunas reformas al Código Civil, debiendo hacerse referencia entre las primeras a la pronunciada el 31 de marzo en la Unión Industrial Argentina sobre "La ley de convertibilidad a los dos años de su vigencia", a la que tuvo lugar el 27 de abril en la "International Law Association", que versó sobre "Influencia del Derecho Internacional sobre el Derecho de Familia", y la pronunciada el 29 de mayo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el acto de clausura del tercer Congreso Internacional de Daños sobre "La libertad y el derecho en los albores del siglo XXI".

El doctor Félix Alberto Trigo Represas ha dirigido principalmente su atención al tema de la responsabilidad civil, y entre varias publicaciones ha escrito sobre "Concurrencia de riesgo de la cosa y de culpa de la víctima" en nota a un fallo en "La Ley", 1993-B, p. 306 y ss., "Responsabilidad civil de martilleros y corredores" para un congreso sobre tal cuestión celebrado en Mar del Plata del 25 al 27 de noviembre, y "Responsabilidad civil de los médicos en la mala praxis", en un acto organizado por el servicio de docencia e investigación y la asesoría legal del Hospital Regional General de Agudos General San Martín de la ciudad de La Plata.

XXIII. *Publicaciones.* — Se editó el número 30 de los "Anales" correspondiente al año 1992 y se publicaron numerosas separatas como anticipo del número 31, las que se pusieron a disposición de los señores Académicos. Además, con motivo de la Feria del Libro se efectuó la respectiva publicidad en el diario "La Prensa".

XXIV. *Donaciones con destino a la biblioteca.* — De señores Académicos se recibieron los siguientes libros: "El recurso extraordinario federal", del doctor Lino Enrique Palacio; "Tratado de Derecho Civil Argentino", del doctor Guillermo A. Borda; "Recurso extraordinario de inconstitucionalidad", en dos volúmenes, del doctor Elías P. Guastavino; "La huelga en los servicios esenciales", del doctor Juan Carlos Cassagne; "La casación" y "Los abogados", del doctor Augusto Mario Morello; "Teoría general de la Responsabilidad Civil", del doctor Jorge Bustamante Alsina; "Historia Política y Constitucional de la Argentina", de los doctores Ambrosio Romero Carranza y Alberto Rodríguez Varela y la colaboración del doctor Eduardo Ventura. Del Académico Correspondiente en Salta, doctor Francisco Uriburu Michel, el libro titulado "Francisco Uriburu

Michel", antepasado suyo. Del doctor Bonifacio Del Carril, miembro de la Academia de la Historia, importantes libros que habían pertenecido a su abuelo, el doctor Salvador María Del Carril, que fuera Presidente de la Corte Suprema de 1870 a 1877.

Y, además, "La reforma constitucional", del doctor Miguel M. Padilla; "Vida, época y obra de Manuel Belgrano", de Ovidio Giménez; y "América, la invención de Castilla", del doctor Alfredo de las Carreras.

XXV. *Labor cumplida por la bibliotecaria.* — Durante el año a que corresponde esta memoria, la doctora María Luz Rezk reanudó su tarea tendiente a dar de baja los libros repetidos; clasificar, fichar e inventariar los libros incorporados a la biblioteca desde 1991; recomponer el inventario general y volcar el fichero a la computadora, por autor, título, materia y lugar que ocupa en la biblioteca.

XXVI. *Destino de los libros repetidos.* — En la sesión celebrada el 25 de noviembre el cuerpo resolvió, respecto de los libros repetidos, hacer lugar al requerimiento de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y donarle en consecuencia las obras siguientes: "Commentaires sur lois anglaises", de Blackstone; "Causas instruidas en los siglos XVII y XVIII", publicación de la Facultad de Derecho (UBA); y, de Clodomiro Zavalía, "Historia de la Suprema Corte". En cuanto al resto, encomendó a la mesa directiva decidir sobre su destino.

XXVII. *Informe de Tesorería.* — Una administración cuidadosa permitió que durante este ejercicio la Academia pudiera realizar sus actividades ordinarias fijadas en el Estatuto con las sumas percibidas como contribución del Estado Nacional.

Como en años anteriores, se afectaron fondos para publicaciones, Institutos, reparación del edificio, indemnizaciones, premios, biblioteca, muebles y útiles y equipos de computación. Se modificó el monto destinado a reparación del edificio porque se prevén gastos considerables en reformas y acondicionamiento en la sede de Avenida Alvear.

XXVIII. *Consideraciones finales.* — Este capítulo figuró también en la Memoria correspondiente a 1992 con miras a poner "el

acento en el futuro", a ese respecto se señaló en él que la seguridad jurídica tiene que ver con la inmutabilidad de la Constitución, con el legítimo ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de sus propias atribuciones constitucionales sin invadir las del Poder Legislativo y con la independencia del Poder Judicial.

¿Y qué ha ocurrido en 1993?: La Constitución fue sometida a una eventual reforma y sobre ello se pronunció esta Academia de modo crítico como se informa en el capítulo XI; recurrió el Poder Ejecutivo con exceso al dictado de decretos de necesidad y urgencia; y el Poder Judicial ha sido afectado en algunos de sus niveles, de modo realmente muy grave en el caso de la Corte Suprema, lo que fue objeto de tratamiento en la sesión celebrada por el cuerpo el 25 de noviembre. Habrá de continuar sin duda nuestra Corporación con su atención puesta a ese respecto en lo que pueda ocurrir en 1994 para dar así, en su caso, cabal cumplimiento a sus fines estatutarios.

BALANCE DEL EJERCICIO 1993

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 1993

A C T I V O

Capítulo I: Muebles, Útiles e Instalaciones	$	$	$
Inmuebles (neto de amort.)		38.605,95	
Muebles, Út. e Inst. (neto amort.)		20.371,25	
Biblioteca (neto amort.)		7.105,23	66.082,43
Capítulo II: Efectivo			
Caja		204,03	
Banco Nación Argentina, Cta. Cte.		10.583,89	
Moneda Extranjera		75,92	10.863,84
Capítulo III: Créditos			
Depósitos Plazo Fijo, Banco Nación		39.155,32	
Bonos Externos - Afectación:			
Fondo Edificio	107.076,69		
Fondo Publicaciones	61.186,68		
Fondo Institutos	61.186,68		
Fondo Indemnizaciones	30.593,34		
Fondo Premios y Distinciones	15.296,67		
Fondo Reestruct. Biblioteca	12.237,34		
Fondo Libros Biblioteca	9.178,00		
Fondo Muebles y Útiles	6.118,67		
Fondo Equipos Computación	3.059,33	305.933,40	345.088,72
TOTAL DEL ACTIVO			422.034,99

P A S I V O

	$	$
Capítulo I: Fondos Sociales		
Capital Social	0,000943	
Ajuste del Capital	115.345,78	115.345,78
Capítulo II: Deudas		
Cuentas a Pagar		2.411,76
Capítulo III: Cuentas Varias		
Previsión para Despidos	894,81	
Provisión para Publicaciones	6.930,00	
Anticipo de Distribuidora	750,00	8.574,81
Capítulo IV: Resultados Acumulados		
Resultado Ejercicios Anteriores	220.602,93	
Resultado del Ejercicio	75.099,71	295.702,64
TOTAL DEL PASIVO		422.034,99

CUENTA DE GASTOS Y RECURSOS AL 31/12/93

DEBE	$
Amortizaciones	7.791,63
GASTOS GENERALES DE ADMINISTRACIÓN	
Publicaciones	16.885,55
Sueldos	44.740,40
Cargas Sociales	14.682,80
Previsión para Indemnizaciones	231,17
Gastos Mantenimiento	5.217,52
Gastos Varios Administración	13.423,77
Total	102.972,84

HABER	
Contribuciones	119.661,52
Ingresos Varios	22.069,36
Intereses Cobrados	2.268,97
Venta Publicaciones	1.784,67
Total	145.784,52
RESULTADOS FINANCIEROS	
Resultado por Tenencia	32.288,03
SUPERAVIT DEL EJERCICIO	75.099,71

ANEXO RESOLUCIÓN Nº 13/90 DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

Art. 1º) inc. a): Contribuciones estatales recibidas del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación

Mes y Año	$
01/93	13.559,00
02/93	7.915,00
03/93	7.915,00
04/93	7.915,00
05/93	7.915,00
06/93	7.915,00
07/93	9.818,00
08/93	7.915,00
09/93	7.915,00
10/93	7.915,00
11/93	9.541,00
12/93	25.041,00
Total contrib. estatales recibidas	121.279,00

Art. 1º) inc. b): "Contratos estatales"

Tipo de contrato: Comodato

Fecha del contrato: 5 de junio de 1990, aprobado por Resolución Nº 1501 del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación con fecha 15 de agosto de 1990.

Duración: Veinte años a contar desde la firma del contrato.

Objeto: Uso gratuito del inmueble ubicado en el 1er. piso del edificio sito en Avenida Alvear 1711 de Capital Federal.

Partes contratantes:

a) Comodante: Ministerio de Educación y Justicia de la Nación.
b) Comodatario: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

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 31/12/93

CUENTAS DEL ACTIVO

MUEBLES, ÚTILES E INSTALACIONES

Inmueble:	$	$
Valor al 31/12/92		42.023,54
Menos: Amort. del ejerc.	930,26	
Amort. anteriores	2.487,33	(3.417,59)
Saldo Inmuebles		38.605,95
Muebles y Útiles:		
Valor al 31/12/92		44.628,88
Menos: Rev. neg. del ejerc.		(703,65)
Menos: Amort. del ejerc.	5.473,69	
Amort. anteriores	18.080,29	(23.553,98)
Saldo, Muebles, Útiles e Instalaciones		20.371,25
Biblioteca:		
Valor al 31/12/92		16.307,07
Menos: Revalúo neg. del ejerc.		(1,36)
Menos: Amort. del ejerc.	1.387,68	
Amort. anteriores	7.812,80	(9.200,48)
Saldo Biblioteca		7.105,23

Moneda Extranjera	$	$
U$S 76 a $ 0,999		75,92
Depósito P. Fijo Banco Nación		
U$S 17.993,97 a $ 0,999 - Vto. 31/01/94	17.975,98	
En pesos con vto. 02/02/94	21.179,34	39.155,32
Bonos Externos		
Bonex 87 = 203.400 cotiz. $ 0,965	196.281,00	
Bonex 89 = 118.800 cotiz. $ 0,923	109.652,40	305.933,40

CUENTAS DEL PASIVO

CUENTAS A PAGAR

Cía. General de Negocios Bursátiles S.A.	491,76	
D. Germano	1.920,00	2.411,76

ESTADO DE EVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO NETO AL 31 DE DICIEMBRE DE 1993

En pesos

	Capital	*Ajuste del capital*	*Resultados no asignados*	*Total*
Saldos al inicio	0,000943	115.265,09	220.448,62	335.713,71
Ajuste de saldos		80,69	154,31	235,00
Saldos iniciales ajustados	0,000943	115.345,78	220.602,93	335.948,71
Resultado del ejercicio			75.099,71	75.099,71
Saldos al cierre	0,000943	115.345,78	295.702,64	411.048,42

NOTAS RELACIONADAS CON ESTADOS CONTABLES EN MONEDA CONSTANTE (R. T. Nº 6)

Nota 1. *Normas contables aplicadas*

— Las normas contables más relevantes aplicadas por la asociación en los establos 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 Nº 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.

Moneda Extranjera

Se ha valuado al valor de cotización al cierre del ejercicio.

Créditos

Las cuentas que se detallan a continuación se incluyen dentro de este rubro siguiendo las normas establecidas por la Inspección General de Justicia en su fórmula oficial de balances para asociaciones civiles.

Plazo Fijo Banco Nación Argentina

El importe de $ 39.155,32 corresponde a una inversión en dólares cuyo vencimiento opera el 31 de enero de 1994, valuada a la cotización de $ 0,999 por U$S, y una inversión en pesos cuyo vencimiento opera el 2 de febrero de 1994, habiéndose contabilizado en ambos casos los intereses devengados al 31/12/93.

Bonos Externos - Afectaciones

Se han valuado al valor de cotización al cierre del ejercicio, importes que han sido afectados a distintos fines según surge del proyecto de la Memoria correspondiente al ejercicio cerrado al 31/12/93.

Nota 2. Al 31/12/93, el monto total de indemnizaciones por antigüedad, en caso de ruptura del contrato de trabajo es de $ 37.262,48.

Nota 3. *Cuenta de gastos y recursos sin reexpresión al 31/12/93.*

	$
Amortizaciones	7.791,63
Gastos Generales de Administración	
Publicaciones	17.026,50
Sueldos	45.430,40
Cargas Sociales	14.908,98
Previsión para Indemnizaciones	231,17
Gastos Mantenimiento	5.280,35
Gastos Varios Administración	13.625,21
Total	104.294,24

HABER

Contribuciones	121.279,00
Ingresos Varios	22.417,28
Intereses Cobrados	2.306,54
Venta Publicaciones	1.810,90
Total	147.813,72
Superávit del Ejercicio	43.519,48

Nota 4. Cumpliendo con lo establecido por la Resolución Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia se adjunta anexo correspondiente.

Nota 5. Los ingresos recibidos de la Tesorería General de la Nación en concepto de contribuciones, se han contabilizado por el sistema de lo percibido durante el ejercicio.

DICTAMEN

Señores
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avda. Alvear 1711, piso 1º
(1014) Capital Federal

En mi carácter de Contador Público independiente informo sobre la auditoría de los estados contables de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires detallados en el apartado 1 siguiente.

1. *Estados contables objeto de auditoría*

   1.1. Estado de situación patrimonial al 31/12/93.

   1.2. Cuenta de Gastos y Recursos y Anexo 7 por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1993.

   1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1993.

   1.4. Anexo Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia.

2. *Alcance de la 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.

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 31/12/93, 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 31/12/93 no existen deudas devengadas, exigibles y no exigibles, a favor de la Administración Nacional de la Seguridad Social.

Buenos Aires, 10 de marzo de 1994.

ÍNDICE

I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

La especialidad del derecho de familia. Disertación pronunciada por el académico Dr. Guillermo A. Borda en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de mayo de 1993 15
Discurso de recepción por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz .. 17
La especialidad del derecho de familia 23
Evolución de Europa. Disertación pronunciada por el académico correspondiente Dr. Mauro Cappelletti, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 29 de julio de 1993 37
Palabras del académico Dr. Augusto Mario Morello 39
Evolución de Europa 47
¿Conviene la introducción de los llamados "Daños Punitivos" en el derecho argentino? Disertación pronunciada por la académica correspondiente Dra. Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de agosto de 1993 71
La vida y la muerte frente al derecho. Disertación pronunciada por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 9 de setiembre de 1993 129

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

La teoría general del contrato en el proyecto de revisión del Libro Segundo del Código Civil. Comunicación efectuada por el académico Dr. Federico Videla Escalada, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de agosto de 1993 .. 163
La ciencia económica como hermenéutica social. Comunicación efectuada por el académico Dr. Julio H. G. Olivera, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de setiembre de 1993 191

El fideicomiso de la propiedad participada en las empresas privatizadas. Comunicación efectuada por el académico Dr. Elías P. Guastavino, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de octubre de 1993 199
La responsabilidad civil en los trasplantes de órganos humanos. 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 25 de noviembre de 1993 247

III. X REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES, CELEBRADA LOS DÍAS 20 Y 21 DE MAYO DE 1993

X Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 20 y 21 de mayo de 1993 291
Palabras de apertura de la reunión, por el Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Enrique Ramos Mejía 293
La responsabilidad de los médicos como una cuestión social. Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en homenaje al Dr. Pedro J. Frías, en la X Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, celebrada los días 20 y 21 de mayo de 1993 295
La revisión del Libro II del Código Civil. Disertación pronunciada por el académico Dr. Federico N. Videla Escalada en la X Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, celebrada los días 20 y 21 de mayo de 1993 315
El ilícito tributario frente al Código Penal. Su ámbito territorial. Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce en la X Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, celebrada los días 20 y 21 de mayo de 1993 337
Lo que el derecho no puede. Palabras de clausura de la reunión, por el señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías 355

IV. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

La evolución del derecho de prensa. El caso Ekmekdjian. La reparación del daño moral. Por el académico Dr. Jorge M. Mayer 359
El "Recurso extraordinario federal" en las obras de Elías Pablo Guastavino y Lino Enrique Palacio. Por el académico Dr. Augusto M. Morello .. 409
Responsabilidad de los porteadores en las convenciones internacionales sobre conocimientos de embarque. Conferencia pronunciada por el académico Dr. José D. Ray, en la Universidad de Lima, en el mes de octubre de 1993 431

Los cambios demográficos y las crisis institucionales. Por el académico Dr. Jorge M. Mayer 455
Las nuevas tendencias del derecho marítimo cara al siglo XXI. Conferencia pronunciada por el académico Dr. José D. Ray, en el Congreso de Puerto la Cruz (Venezuela), en el mes de octubre de 1993 481

V. HOMENAJES

Homenaje a Juan Francisco Linares. Homenaje al ex académico titular, Dr. Juan Francisco Linares, en la sesión privada del 27 de mayo de 1993 497
Palabras del académico Presidente Dr. Enrique Ramos Mejía 499
Juan Francisco Linares y el derecho administrativo. Por el académico Dr. Miguel S. Marienhoff 501
Juan Francisco Linares y la razonabilidad en el derecho. Por el académico Dr. José Domingo Ray 509
Vertientes constitucionales en la interpretación de la ley. Por el académico Dr. Jorge A. Aja Espil 517
La función jurisdiccional administrativa en el pensamiento de Juan Francisco Linares. Por el académico Dr. Lino Enrique Palacio 523
Homenaje a Carlos Saavedra Lamas. Homenaje de Academias Nacionales al Dr. Carlos Saavedra Lamas, en el acto público realizado en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 4 de noviembre de 1993 529
Carlos Saavedra Lamas, académico de derecho. Por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía 531
Saavedra Lamas y su visión de la paz. Por el académico Dr. Jorge A. Aja Espil 539

VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre la eventual reforma de la Constitución Nacional 553

VII. MEMORIA Y BALANCE

Memoria 1993 557
Balance 1993 571

Se terminó de imprimir,
en el mes de agosto de 1994, en
VINCENT GRÁFICA,
Del Barco Centenera 676, Buenos Aires.