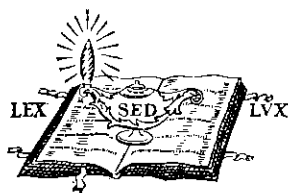
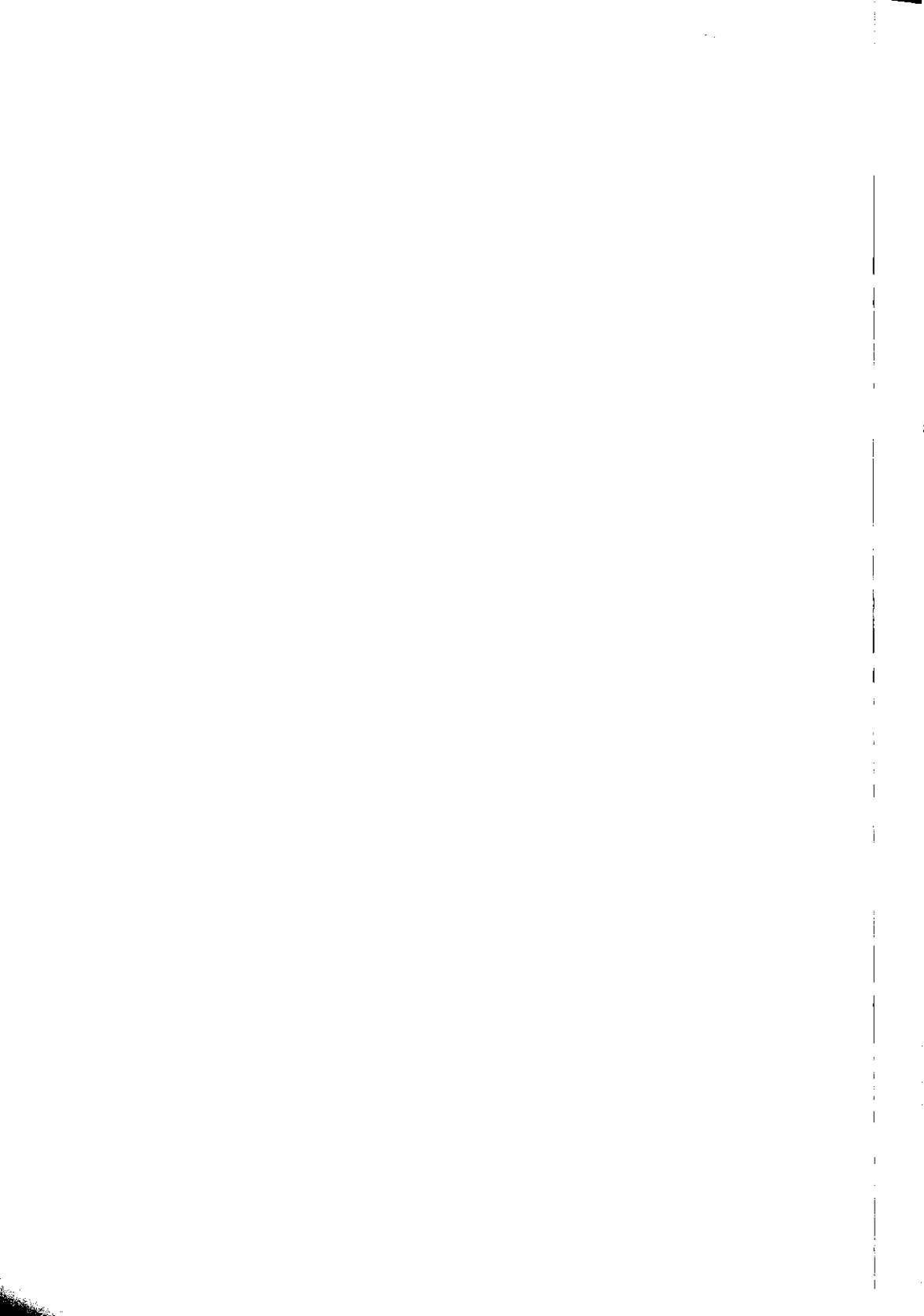


ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO XXXIX - NÚMERO 32
1994





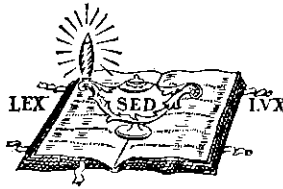
ISSN 0567-5936

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO XXXIX - NÚMERO 32
1994



BUENOS AIRES
1995

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

P U B L I C A C I O N E S
D E L A
A C A D E M I A N A C I O N A L D E D E R E C H O Y C I E N C I A S
S O C I A L E S D E B U E N O S A I R E S

S E R I E I - A N U A R I O S

Anales — Primera época, Nº 1 (1915) — Segunda época,
Nº 1 a 32.

S E R I E II - O B R A S

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.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
25. *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios de Derecho Civil*.
2. *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación*.

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. JOSÉ DOMINGO RAY

Vicepresidente

Académico DR. ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

Secretarios

Académico DR. HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

Académico DR. ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN

Tesorero

Académico DR. LINO ENRIQUE PALACIO

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico DR. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

Vocales

Académico DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Académico DR. JORGE M. MAYER

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 de mayo 1956
Dr. 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 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
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río

23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha de Incorporación</i>
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Federico A. Gil	EE.UU. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	EE.UU. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	19 julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalla	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. 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
Dr. Jorge Peirano Facio	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Sagunto Pérez Fontana	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995

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 Díez
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 Ibagüen
Dr. Eduardo Labouge
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaia
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. Marco Aurelio Risolia
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruza

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 Zavallá
Dr. Estanislao S. Zeballos

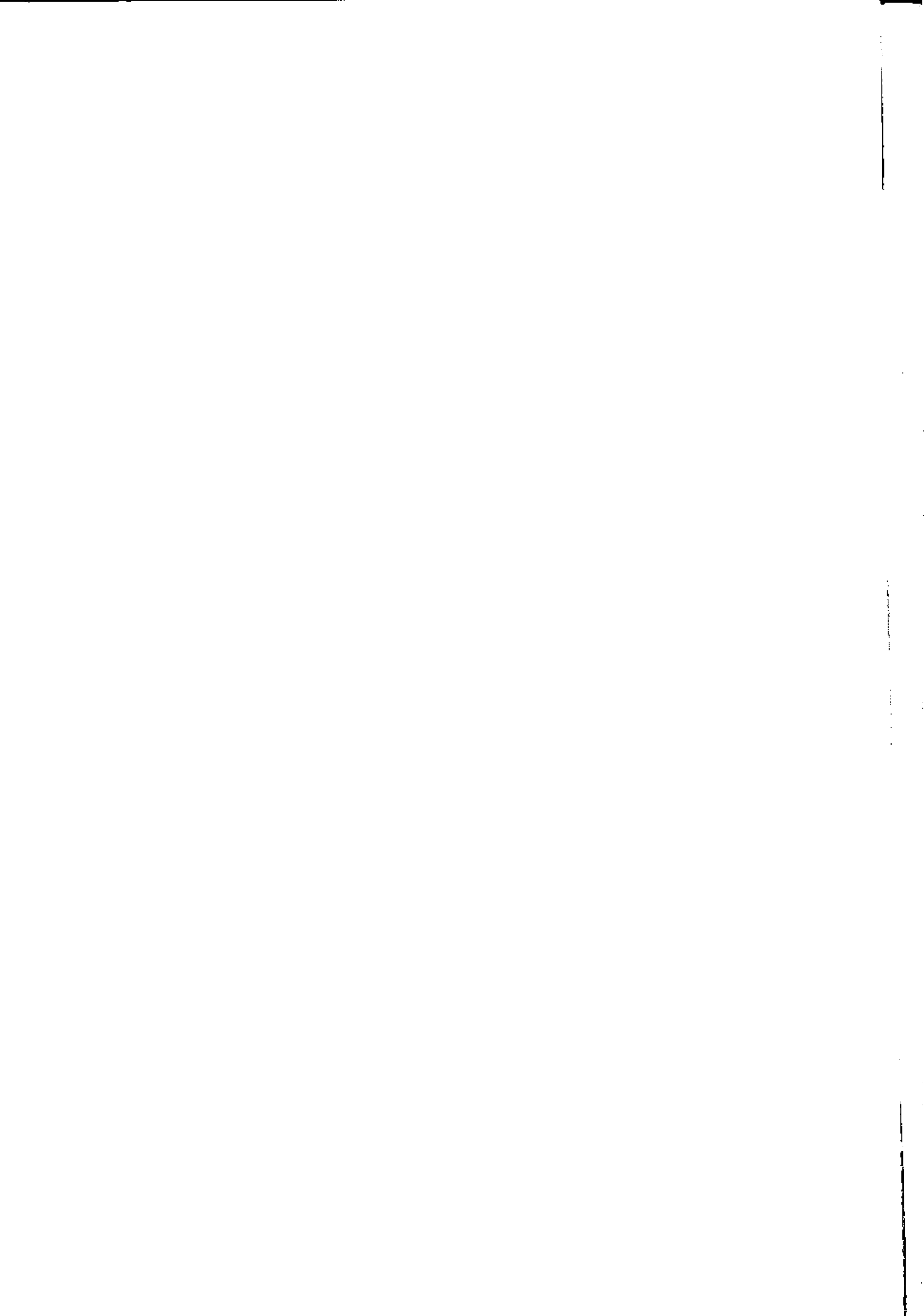
I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS



PRELUDIO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

Disertación pronunciada por el académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de abril de 1994



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

En oportunidad de incorporarse formalmente a esta Academia el Dr. Eduardo Aguirre Obarrio, asumo la agradable tarea de pronunciar las palabras que el ritual denomina "discurso de presentación", pero que, en lo personal, cobran el más cálido significado de dar la bienvenida a un viejo y entrañable amigo.

Dudo no obstante si lograré diseñar, dentro del breve lapso que la cortesía impone a la duración de estas palabras iniciales, un cuadro que refleje la personalidad integral del nuevo académico, conformada, como está, por una trayectoria rica en hechos y vicisitudes ocurridos dentro y fuera del ámbito jurídico.

La inevitable síntesis ubica a Aguirre ejerciendo desde hace casi medio siglo la profesión de abogado, en la que se singulariza por el vigor persuasivo de sus defensas, muchas de ellas memorables. Enseñó derecho penal en la Facultad dependiente de la Universidad de Buenos Aires durante treinta y siete años, y obtuvo todas sus jerarquías docentes en los lejanos tiempos en que se accedía a ellas por estrictos concursos. Desempeñó importantes y disímiles funciones en el Gobierno nacional, en el que ocupó, entre otros, los cargos de Asesor General del Ministerio del Interior, Subdirector General de Provincias, Subsecretario de Defensa, Subsecretario de Justicia y Ministro de Defensa, constándo-

me en parte personalmente y en parte a través de calificados testimonios que la actividad desarrollada en esos cargos resultó —lo que no es por cierto frecuente en nuestro país— un paradigma de dedicación, de intensidad y de honda aversión a esquemas burocráticos. Ahondó en el estudio de la literatura argentina, francesa y española de todas las épocas, siendo inclusive la mayoría de sus trabajos jurídicos un testimonio elocuente de la erudición que lo distingue en esas áreas. Es experto en el arte musical y sobresale no sólo como compositor —su “Preludio en La mayor” fue públicamente interpretado por Arturo Rubinstein—, sino también como excelente ejecutante de piano. Todavía, finalmente, contó con tiempo disponible para enseñar, durante diez años, idioma francés en los cursos de ingreso a la Facultad de Derecho y para destacarse en la práctica de diversos deportes, habiendo llegado a competir en la primera categoría del tenis amateur.

Creo, además, que quienes figuran en el amplio elenco de sus amigos o en alguna medida frecuentaron su trato, coincidirán en la originalidad vital que caracteriza al nuevo académico. Él posee, sin duda, un “estilo” que lo hace semejante sólo a sí mismo, y que resulta perceptible en su esencial aunque respetuoso anticonvencionalismo, en sus espontáneas observaciones capaces de desconcertar a interlocutores escasamente sagaces o excesivamente protocolares y en la inconfundible composición de sus escritos judiciales y trabajos doctrinarios, nunca exentos de algún chispazo de humor, de humor sutil y agradable que sólo exterioriza una sana alegría y se halla por lo tanto desprovisto de intención satírica porque ésta, como agudamente decía Nalé Roxlo, no expresa otra cosa que un “humor malhumorado”.

La decisión de incorporarlo a esta Academia entraña el justo reconocimiento no sólo a una fértil y prolongada trayectoria como profesor universitario tanto en los cursos de la escuela de abogacía cuanto en los de doctorado y especialización, en los que enseñó con ejemplaridad a muchas generaciones de abogados. También se computaron los relevantes aportes con los que contribuyó y continúa contri-

buyendo al perfeccionamiento del derecho penal argentino y latinoamericano. En esos ámbitos es notoria su ininterrumpida actividad en la elaboración de normas que formaron o forman parte de la legislación vigente, en cuya tarea trabajó en forma conjunta, entre otros, con juristas de la jerarquía de Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra, Luis Cabral, Genaro Carrió y Laureano Landaburu, así como también la que viene desarrollando desde hace más de veinte años en la redacción del Código Penal tipo para Latinoamérica. Pareja importancia se concedió a los trabajos de investigación que condujo en el Instituto de Derecho Penal y Criminología y a los diversos ensayos, comentarios y traducciones de obras jurídicas alemanas que publicó en revistas especializadas.

Discípulo de Juan P. Ramos, cuya obra sobre *Delitos contra el honor* actualizó con singular acierto, así como de Alfredo Molinario, junto a quien, además, se inició profesionalmente, no es de extrañar que Aguirre, con la obvia ayuda de una mente excepcionalmente lúcida, cultivara desde temprana edad el hábito de la claridad en la exposición de las ideas y que desdeñara, por lo tanto, la utilización del enigmático lenguaje al que suelen recurrir algunos representantes de cierto sector de la doctrina nacional, y que invariablemente se traduce, a la hora de los resultados, que lamentablemente suele coincidir con el de las sentencias, en un mero ejercicio intelectual desbordado por la realidad de conducta humana sobre la que todo jurista debe operar.

Esa tendencia es por cierto la contracara de la obra jurídica de Eduardo Aguirre, la que entraña ejemplo del sentido de la sobriedad y de la transparencia. Esas virtudes ya resultan nítidamente perceptibles en su tesis doctoral, titulada *El chantaje*. Aunque escrita en plena juventud, e inexplicablemente inédita, constituye una obra admirable tanto por la agudeza de los juicios que en ella se vierten cuanto por el riguroso método que la preside, y a raíz del cual Aguirre logra mantener vivo el interés del lector desde la primera hasta la última de las doscientas ochenta y nueve

páginas que la integran. Ello ocurre desde los capítulos iniciales destinados a describir los rasgos del chantaje a través de los tiempos, donde desfilan “maîtres chanteurs” frustrados como el poeta romano Naevius, quien por haber osado referirse en una de sus sátiras a la vida privada de Escipión fue privado de su vida “sin mayor trámite” y otros singularmente afortunados como Pietro Aretino, llamado “el divino”, que llegó a extorsionar al propio Carlos V y a varios Papas, y que en ocasión de recibir una valiosísima joya de manos del soberano como precio del silencio a guardar exclamó, como recuerda Aguirre, “estas divinas palabras: ‘Muy pequeña cosa por estupidez tan grande’”. Y el interés en la lectura no desfallece en la parte destinada al estudio dogmático del chantaje porque allí el autor acredita poseer, como su maestro Molinario, el don de simplificar los más complejos problemas jurídicos mediante el recurso consistente en el análisis de casos judiciales inteligentemente seleccionados.

La producción jurídica posterior de Aguirre ha mantenido esa frescura y colorido. Se caracteriza, además, por la elección de los temas abordados e inclusive por la originalidad de los títulos con los que aquél encabeza sus trabajos, los cuales anticipan invariablemente una lectura amena.

Dentro de esa línea, y entre sus trabajos más recientes, el titulado *Multa y fantasía*, que se publicó en un libro de homenaje al ilustre penalista mexicano Raúl Cárdenas, constituye una atrayente síntesis histórica de las sanciones penales, que arranca con la venganza de sangre, pasa por el talión y llega a la de multa o composición, cuando “los particulares” —como apunta Aguirre— “le fueron tomando el gusto a la operación de recibir dinero” y “sin duda los gobernantes también” porque los respectivos importes —inicialmente compartidos por las víctimas— se fueron paulatinamente encauzando hacia las arcas públicas. En esos pasajes introductorios y en el posterior análisis de la evolución que registra la pena de multa impresiona la erudición jurídica, literaria e histórica de Aguirre Obarrio, quien, no

obstante, como artista genuino, exhibe el tino de relegar las abundantísimas citas a las notas, de manera que ellas no empañen la agradable y fluida prosa del texto, que se lee sin esfuerzo alguno y como si se tratara de una entretenida novela.

Otro trabajo destacable porque evidencia la aptitud didáctica del nuevo académico es el titulado *Desacato a distancia*, que versa sobre un sonado caso en el cual un altísimo magistrado judicial querelló por el delito de injurias a un periodista que, en uno de sus artículos, le aplicó, como recuerda Aguirre, “el adjetivo de asqueroso”. Como a raíz de una acusación fiscal la justicia federal transformó el caso en desacato, Aguirre se ocupa de demostrar que el hoy derogado art. 244 del Cód. Penal no comprendía todos los casos de injuria sino sólo los que implicasen “deshonra”, o sea el agravio formulado de persona a persona, cara a cara, es decir la “injuria en presencia”. Y luego, en ánimo de demostrar la inexistencia del desacato “a distancia”, y al explicar el ámbito significativo de la ofensa “al tiempo” en que el funcionario se desempeña como tal, ejemplifica con el caso del policía que vela por la tranquilidad de un partido de fútbol. Explica entonces que si le gritábamos “‘cosaco’ o algo sobre su madre con frase acuñada hace siglos” no interesaba lo que en ese momento estaba concretamente haciendo el policía, porque lo injuriábamos por ser tal, porque desempeñaba la función, pero luego aclara que si el agravio no se relacionaba con el rol del funcionario sino, por ejemplo, con el hecho de que nos debía dinero, no incurriamos en el ilícito penal si le gritábamos “cosaco pagáme” porque frente a esa frase la presunta injuria que implica la palabra “cosaco” aparecía neutralizada por el verbo al que se halla unida.

Más allá de que se las comparta o no, estoy persuadido de que las ideas parcialmente transcritas han sido accesibles a la comprensión fácil de todos los presentes en este acto, sean o no profesionales del derecho, no sólo por su claridad sino también porque creo que dejan la sensación

de que expresan algo que realmente ha sucedido o pudo suceder.

Como decía el eminente penalista uruguayo José Irueta Goyena, “las cosas que se comprenden bien, no parece que se comprenden ni que se aprenden, sino que se recuerdan: saber enseñar es algo así como saber engendrar la ficción maravillosa del recuerdo”.

Por ello, cuando dentro de instantes Eduardo Aguirre nos hable de “seguridad jurídica” descarto que no lo hará en términos de abstracción sino como debe hacerlo quien se dirige a concretos hombres y mujeres que se encuentran en la Argentina un día de abril de 1994 y dotados de aptitud, como tales, para experimentar las múltiples vivencias que el tema promueve aquí y ahora, aunque tengo razones para conjeturar que tales vivencias no serán precisamente de seguridad jurídica sino de todo lo contrario. Es entonces oportuno que ponga fin a esta presentación y que, tras reiterar al nuevo académico la más afectuosa bienvenida, me sume a este expectante auditorio y comparta con sus integrantes la sensación de inseguridad jurídica en la que, cada uno a su manera y medida, se hallan inmersos.

PRELUDIO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

Palabras previas

Agradezco muy mucho las afectuosas palabras de nuestro Presidente, con quien me unen muchos años de ocuparnos de la dolorosa ciencia del derecho penal; y en cuanto a las del Dr. Lino Palacio, me ha presentado con esa dosis de exageración que el cariño pone hasta en los espíritus más sabios. Es que Lino Palacio es de estirpe artística, y por eso ve arte en lo que lo rodea. Como en los versos:

Dime ¡Oh Dios! si mis ojos
la fiel verdad de la belleza miran
¿o es que la belleza está en mi mente
y mis ojos la ven doquier que giran?

Además sucede que con Lino Palacio, y con otros señores académicos, hemos pasado varios años en esa vinculación que produce trabajar creyendo que ayudamos a nuestro querido país desde diversos cargos políticos o desde la cátedra. Y esos años son bastantes como para que pesen afectivamente en nosotros.

Aparte de ciertos actuales miembros de esta Corporación a quienes debo mucho, tengo presentes a numerosos antiguos Académicos. Pero solamente citaré a quienes, en

diversas épocas, me hicieron el honor de conversar cotidianamente conmigo, como fueron Jorge Eduardo Coll, Federico Pinedo, Clodomiro Zavalía, Margarita Argúas, Alberto Padilla, Benito Nazar Anchorena, Juan P. Ramos, José María Paz Anchorena, Francisco Linares y Sebastián Soler.

*Manuel Obarrio*¹

Además, por supuesto, recuerdo con cariño y admiración a mi bisabuelo Manuel Obarrio, que entró a esta Academia hace 120 años.

Sembró derecho con la envidiable sabiduría y claridad que siempre se advirtió en sus obras, en las leyes que proyectó y desde la cátedra, y también sembró una familia que lleva cinco generaciones de abogados y profesionales, a muchos de los cuales tengo el placer de ver aquí.

Para dar en un minuto sólo un trazo de alguna idea suya, me limitaré a citar tres características del Código de Procedimientos en Materia Penal, que él había proyectado hace más de un siglo y que hoy está de moda criticar:

1º Todo juicio penal debía estar terminado en dos años². Hoy leemos que eso es una conquista del reciente Pacto de San José de Costa Rica.

2º Que el sumario contra una persona no puede durar más de un mes, es decir que un mes después de decretar la prisión preventiva de alguien, correspondía sobreseerlo o acusarlo y cesaba todo secreto³; y

¹ Puede verse el discurso de JOSÉ DOMINGO RAY, *Homenaje al Dr. Manuel Obarrio*, separata publicada por la Academia en 1987, y el de FELIPE OBARRIO en la Procuración General de la Nación, también de 1987.

² Art. 699. "Toda causa deberá terminarse completamente en el término de dos años, no computándose las demoras a que se refiere el art. 442" (ver el texto del art 442 en la siguiente nota).

³ Art. 442. "El sumario no deberá durar más de treinta días en la Capital y de sesenta en las demás secciones; no computándose en dichos términos las demoras por articulaciones maliciosas del procesado o por diligenciamiento de oficios o exhortos, cuando el retardo fuera independiente de la voluntad del Juzgado".

3º Que el procedimiento para los delitos correccionales era oral ⁴.

Esto se estableció en el país hace un siglo (1888), pero el Código se interpretó como si esas disposiciones no existieran. La crítica actual sostiene que el procedimiento era largo, que el secreto era largo y que no contempló el juicio oral ⁵.

Una vieja y buena tradición quiere que cada nuevo académico diga unas palabras acerca de quien antes ocupaba su lugar y sobre el patrocinante del sitio.

En el asiento patrocinado por José Figueroa Alcorta me precedió Manuel María Diez.

Manuel María Diez

Conocí a Diez en 1956. Lo recuerdo sentado al fondo de la sala de profesores de nuestra Facultad, casi siempre en el sillón grande que está de espaldas al río, conversando con tres o cuatro maestros, mientras esperaban el momento de ir a clase.

La primera vez que me incorporé al grupo, oí que le preguntaban: ¿ahora está estudiando algo?

Yo creí que en la frase había un dejo de ironía. Pero en cuanto noté el sereno entusiasmo con que Diez explicaba y la atención de su interlocutor, descubrí que era la pregunta que se debe hacer a un investigador.

"Transcurridos dichos términos, el Juez sobreseerá o elevará la causa a plenario, conforme a las disposiciones de este Código".

En su Código no existe auto de procesamiento y el sumario era secreto, precisamente porque no debía durar más de treinta días. Los viejos maestros sostenían, con razón, que había procesamiento desde que se dictaba el auto de prisión preventiva, porque era a partir de ese momento que se podían introducir las articulaciones a que se refiere la ley.

⁴ Art. 569. "El procedimiento ante el Juez Correccional será verbal y actuado". Es evidente que una forma de empezar a ejercitarse en el juicio oral es la adoptada por Obarrio.

⁵ Los artículos citados, y algunos otros, fueron modificados (D-L 13.911/62 y 2021/63). La reforma fue inspirada por Mario A. Oderigo con el fin de que la ley estableciera lo que en realidad ocurría. Igualmente se atenuaron malos efectos de la interpretación.

Con el tiempo supe preguntarle lo mismo, y con sus respuestas aprendí mucho sobre temas importantísimos.

Todos sabemos que Diez publicó muchos trabajos, incluido su erudito *Tratado* en cinco tomos, y que eso es suficiente para que sepamos que fue uno de los grandes juristas, pero, así y todo, creo que su dote inigualable era la de investigar, y sobre lo investigado, construir.

Me parecía un ingeniero del derecho, y descubrí que era ingeniero.

Investigaba con empeño imbatible, superando con sencillez y amabilidad todas las trabas que ponía su salud, nada generosa con él.

Investigar fue su gloria de jurista, y la bondad fue su gloria de hombre.

José Figueroa Alcorta

José Figueroa Alcorta, en cambio, no fue un jurista-investigador, sino un jurista-estadista-político.

Perteneció a esa categoría descollante de quienes dieron rumbos al derecho patrio mientras gobernaban. Y como que vivió entre 1860 y 1931, vio actuar a esa serie de presidentes próceres que ocupan media historia argentina, vio alguna revolución triunfante y muchas fracasadas, y hasta fue rehén, siendo vicepresidente, en una de ellas. Después, ya Presidente, pidió comprensión y perdón para esos mismos revolucionarios.

Había ocupado las más elevadas posiciones de gobierno en Córdoba, su provincia. Fue diputado y senador nacional, ministro y, como dije, vicepresidente. Fue el tiempo del mayor esplendor argentino.

A los dos años, muerto Manuel Quintana, asumió la presidencia. Y un lustro después de finalizar su mandato entró a la Corte que, finalmente, presidió hasta fines de 1931. Por eso es un lugar común decir que es el único ciudadano que presidió los tres poderes.

Buscó apaciguar los espíritus, pero luchó contra la intolerancia y, esforzadamente, por ir avanzando en los hechos en favor del sistema republicano porque, como es sabido, establecerlo en las leyes y la realidad son cosas diferentes.

Está visto que para llegar al aceptable funcionamiento republicano, los buenos propósitos no bastan, porque es necesario chocar con intereses creados, razonables y de los otros. Y porque la inercia del modo de ser del país, al que estamos acostumbrados, sigue pesando.

A propósito de esto, adviértase lo que sucede en Rusia hoy. Después de 70 años de típica educación y vida comunista, sería un milagro que funcionara una democracia de la noche a la mañana. Ya lo dijo Montesquieu, y no se conocen excepciones.

Por esa razón, nuestra historia muestra una larga serie de episodios, como las intervenciones federales y las revoluciones, que han tenido lugar, en unos casos, motivados por la política menuda o la ambición y, en otros, para apuntalar la República. También hemos aprendido que, a veces, la buena y la mala fe están repartidas en cada uno de los bandos opuestos.

En momentos de ese tipo vivió y gobernó José Figuerroa, y siempre afrontó las decisiones. Fue un piloto en la tormenta, criticado por los implacables pasajeros de buen tiempo.

Y paso a mi tema, en el que bastante tienen que ver algunas de las cuestiones que incidentalmente acabo de mencionar.

Es un tema que hoy preocupa a todo el mundo.

* * *

I. La seguridad jurídica es, igual que la salud —o la libertad— algo acerca de lo cual generalmente no se habla. Excepto cuando falta.

Y hoy se habla.

Lo grave es que se habla en la casa y en la calle, en charlas de café, en los pasillos del Congreso y de Tribunales, en los hospitales y en las cárceles, en el campo, en el mundo de los negocios y de las finanzas, en libros, artículos, conferencias, en la televisión y hasta en cartas de lectores que publican los diarios.

La verdad es que se habla en todas partes.

En el caso de la salud es fácil advertir que, según los tiempos, la deficiencia que se nota cambia de aspecto: pudo ser la peste negra, la lepra; ayer la fiebre amarilla, sífilis, parálisis infantil, cáncer; hoy SIDA, cólera o el estado de nuestros hospitales.

Algo parecido sucede con la seguridad jurídica y, por eso es el Proteo, el camaleón de la Teoría General del Derecho y de la Filosofía del Derecho. Es decir, que la falla que preocupa hoy puede permanecer, desaparecer, ceder paso a otras fallas o reaparecer.

Esa mutación, y "la riqueza extraordinaria de su problemática", frase de Augusto Morello en su informadísima comunicación interna a esta Academia ⁶, producen una consecuencia poco común en la literatura jurídica: los manojos de temas considerados por los autores difieren bastante entre sí. Pero no porque exista desacuerdo de opinión sino porque los aspectos son numerosísimos y, además, la realidad evoluciona.

Por eso los trabajos se complementan y ayudan unos a otros. De manera que, en esta materia, en lugar de grandes polémicas, hay numerosas apreciaciones importantes, todas válidas.

Yo procuraré mostrar un panorama muy general acerca de los problemas y dificultades, con algún desarrollo y varias apostillas. Pero necesariamente faltarán muchos aspectos de gran interés. Faltarán porque la materia es muy rica y porque el tiempo y el ritmo de una conferencia me

⁶ *El principio de seguridad jurídica*, en "Anales", segunda época, año XXXVII, núm. 30, 1992. De paso, hasta tomó en cuenta las cartas de lectores a las que al principio aludí.

obligan a seguir el consejo de Igor Stravinsky en su *Poética Musical*: igual que en muchos juegos de naípe, para componer es básico saber descartar ⁷.

II. Empezaré por lo que es la seguridad.

A primera vista, seguridad es la ausencia de peligros o de riesgos, y eso dice el diccionario.

Pero cuando hablamos de seguridad, todos sabemos que es porque existe un peligro ⁸.

Decimos que algo es o está seguro cuando creemos que hemos encontrado la forma de evitar un peligro. Por eso si se dice que a la salida de una cancha de fútbol la policía toma medidas de seguridad, eso significa que se temen disturbios y se piensa evitarlos. De la misma manera, se habla de seguridad en el trabajo, seguridad en vuelo, en el tránsito.

No se colocan barreras donde no hay ferrocarril ni se construyen diques en un árido desierto.

III. Por otra parte, cuando tercian acciones humanas, con sus libres decisiones y también con sus imperfecciones, nuestro vaticinio sobre el juego de causas y efectos se complica y pasa a ser muy relativo ⁹.

Por estas razones, una sociedad se siente segura cuando cree que los peligros se han anulado, y se siente insegura si cree que el peligro no se contrarrestará debidamente ¹⁰.

⁷ Se trata del curso que dictó en la cátedra de Poética de la Universidad de Harvard, al principio de la cuarta lección. Es curioso ver que Stravinsky explica, al comenzar su curso, el significado griego del verbo *poiein* (en el fondo, *hacer*), de donde viene *poética* (estudio de la obra que va a realizarse), de la misma manera que lo hace XAVIER ZUBIRI en *Cinco lecciones preliminares de Filosofía*.

⁸ "Al riesgo no lo encuentro, cuando no existe; sólo que entonces hablo de seguridad. Pero existiendo, puedo todavía esquivarlo, que es una manera de encontrarlo". CARLOS COSSIO en *La teoría egológica del Derecho*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 571. El lugar donde figura la cita es: Cap. II, sección 5, subsección 2: *La coexistencia en cuanto circunstancia: Meditación sobre el Orden y la Seguridad*, que merece ser leído íntegramente.

⁹ Queda implícito que la seguridad puede referirse a acontecimientos del mundo físico y natural. El párrafo entra directamente a lo que depende del obrar humano.

¹⁰ De aquí en adelante me refiero a la seguridad entendida desde el punto de vista subjetivo, pero conviene aclarar:

IV. Pero yo no creo que el ser humano siempre busque la seguridad ¹¹. Cada persona pretende seguridad en ciertos aspectos y se lanza a la aventura, corre riesgos o calcula probabilidades, en otros. Por más que para ello también tomemos precauciones.

No es necesario pensar en Cristóbal Colón ni en astronautas o pilotos de prueba ni en quienes juegan a la ruleta rusa para hablar de peligros que se afrontan.

Tampoco es necesario vivir en las afueras en una buena casa o viajar en tren o en colectivo o conducir un camión bien cargado, cuando hay piratas de la vía como hay piratas del asfalto o de las quintas ¹².

Basta manejar un automóvil o cruzar a pie una avenida en nuestro porteño tráfico. Basta emprender un negocio novedoso o jugar a la lotería. Basta practicar deportes para correr ciertos riesgos.

Creo que la seguridad objetiva no existe, salvo que llamemos así a la opinión más generalizada o la de los doctos. Pero esa opinión general sigue siendo subjetiva.

También hay quienes identifican la seguridad objetiva con lo que los penalistas llaman orden público, en sentido objetivo: *il buon assetto e regolare andamento del vivere civile* (buen ensamblamiento y regular funcionamiento de la vida civil), como dice la Relación Ministerial de Zanardelli, sobre los Libros 2º y 3º, Nº CXIII. La posición subjetiva: "el derecho que asiste a las colectividades humanas, jurídicamente organizadas, de vivir libres de injustos temores". (ALFREDO J. MOLINARIO, *El Bien Jurídico Garantizado con la Incriminación de los Delitos contra el Orden Público o la Paz Pública*, Montevideo, 1949).

¹¹ Según ATILIO ALTERINI, *La inseguridad jurídica*, el hombre siempre busca seguridad. Con finalidad política, el fascismo acuñó el giro *vivere pericolosamente*, sobre el que algo dijo JOSÉ ORTEGA Y GASSETT, *Ensimismamiento y alteración*, Obras Completas, V, pp. 295 y ss. Después de aclarar que "durante la pasada centuria —y acaso por primera vez en la historia—, el hombre llegó a creerse seguro" (p. 306), explica el origen de la expresión. Como los extremos se tocan, también dijo Carlos Marx que la seguridad era el más alto concepto social de la sociedad burguesa (seguramente considerando que se trataba de la actuación de la policía contra la clase trabajadora). Esta cita aparece a la cabeza del Cap. II de *La Seguridad Jurídica* de PÉREZ LUÑO ("Die Sicherheit ist der höchste soziale Begriff der bürgerlichen Gesellschaft" de *Zur Judenfrage*, en "Deutsch-Französischen Jarbucher", 1844).

¹² Nuestro lenguaje acuñó la expresión *piratas del asfalto* para designar a quienes asaltan camiones en las rutas. Yo extendí la expresión a los asaltantes de los trenes, que desgraciadamente producen un drenaje permanente entre los viajeros, justamente cuando los vagones están abarrotados, y han causado numerosas muertes arrojando personas a la vía, nada más que para quitarles cualquier cosa de cualquier valor.

En el fondo, para que la seguridad pase a segundo plano es suficiente que nos mueva la imaginación, la belleza, la fantasía o el amor.

Sin embargo es cierto que aun cuando no todos buscamos las mismas aventuras o mismas seguridades, hay necesidades comunes al género humano.

Así, especialmente desde que el hombre nace y por mucho tiempo, necesita ayuda para no perecer.

De esta característica y de tanta otra necesidad como tenemos de contar con ayuda ajena, nace el derecho. Es un producto necesario de la cultura. Ya lo vieron tanto quienes se ocupaban del derecho natural como del contrato social ¹³.

V. Eso que llamamos seguridad jurídica deriva de la necesidad de confiar en cierta actuación de los demás para poder obrar, y recíprocamente.

Confiamos en que ellos y nosotros haremos ciertas cosas que el derecho obliga y no haremos otras que el derecho también obliga a no hacer. Contamos con que esas obligaciones normalmente se cumplan, aun cuando sabemos que existe el peligro de que, a veces, no serán cumplidas.

Pero igualmente confiamos en que, si se efectiviza el peligro, entonces existirá una acción del derecho que, razonablemente y con justicia, producirá una consecuencia, que consiste en desbaratar, indemnizar o castigar.

En el fondo, de esta seguridad, entendida como palanca para la acción o marco o apoyo jurídico para ella, se viene hablando hace tiempo. Para no irnos muy lejos, hace 16 siglos que San Agustín sostuvo que *lege* (ley) viene de *eligere*, aduciendo que la ley muestra lo que se puede o debe elegir, según los casos. Y en parecido sentido, hace cinco siglos Santo Tomás expresó que la ley es cierta regla y medida de los actos, según la cual uno es inducido a obrar o

¹³ Me lo recordó Osvaldo Paschero, abogado y filósofo discípulo de Cossio. Véase HOBBS, *Leviatán*, en sus Capítulos 13 y 17. También lo cree ROUSSEAU, *Du contrat social*. En este siglo escribió WILHELM SAUER, *Filosofía Jurídica y Social*, a partir del § 33. Véase, en el § 34, II, 1, la frase: "El Derecho es un orden general que exige, ante todo, su propia existencia".

se retrae de ello ¹⁴. Hoy Sebastián Soler llama a esta característica *pronoia*, que equivale a cierto pronóstico o vaticinio de lo que puede suceder con nuestro obrar ¹⁵.

De donde seguridad jurídica es la confianza que existe en una sociedad en cuanto a que se vive dentro de un sistema jurídico que establece obligaciones razonables y justas, que generalmente se cumplen y, asimismo, es la confianza en que cuando no se cumplan se producirá una respuesta acorde con el derecho.

Si la sociedad lo cree, confiará, obrará con soltura, normalmente, y habrá seguridad social ¹⁶.

Es evidente que hoy, en ciertos campos —algunos de los cuales toqué de pasada y otros que luego mencionaré— la gente siente que falta seguridad jurídica. En algún aspecto importantísimo —como es, por ejemplo, la inflación— hemos recobrado la calma.

VI. Recién señalé que para que haya seguridad el derecho debe ser justo y razonable, pero las normas jurídicas pueden ser irrazonables e injustas y ser suficientemente seguro que se aplicarán.

Eso deben haber pensado los cristianos frente a las fieras, o quienes estaban ante nuestra hispánica Inquisición, o los ucranianos en tiempos de Stalin ¹⁷, o los judíos en los de Hitler.

Pero esa seguridad es la del rebaño cuidado por el lobo. Esa es seguridad de padecimiento y opresión. Y es indudable que no puede crear el menor sentimiento de

¹⁴ *Suma Teológica*, Parte I-II, cuestión 90, art. 1º.

¹⁵ Trata el tema de la seguridad en *Fe en el Derecho*, después en *La interpretación de la ley* y finalmente en *Las palabras de la ley*, última parte (XVII). En *La interpretación* empieza su polémica con GENARO R. CARRIÓ (*Derecho y Lenguaje*), polémica que sólo interesa tangencialmente en cuanto a la seguridad, pero que es muy interesante desde otros puntos de vista, sobre todo porque tanto Soler como Carrió tienen mente muy clara y aguda.

¹⁶ "La seguridad, que es, en definitiva, una forma de paz interior..." (SOLER, *Fe en el derecho*, I). MONTESQUIEU, *Esprit, Livre Douzieme*, dice que la libertad política se relaciona con la Constitución mediante la distribución de los tres poderes, y con el ciudadano, con la seguridad, o la opinión que se tiene de la seguridad (cap. 1) y lo repite (cap. 2).

¹⁷ Este caso es menos conocido. Me lo ha explicado claramente Norberto Spolansky, brillante penalista cuyos antepasados son georgianos.

tranquilidad ni de confianza. Por eso creo que la injusticia del derecho afecta la seguridad jurídica. Habrá certeza, pero no seguridad ¹⁸.

¹⁸ A certeza se le puede atribuir matices diferenciales, y los autores, a veces, utilizan esta palabra con un significado que determinan especialmente. Así, Pérez Luño llama *certeza* a la "proyección en las situaciones personales de la seguridad jurídica" (p. 21) y agrega: "La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del derecho" (p. 22).

Puede apreciarse que no utilizo *certeza* con ese significado. Simplemente porque, entre nosotros, los argentinos, jamás pensaríamos dar ese sentido a la voz citada. En el texto llamé así al conocimiento del bloque jurídico normativo y de la forma en que se aplica —que es una condición de la seguridad— críticamente distinguido de la justicia y razonabilidad de las normas. De la misma manera, MAXIMO PACHECO G., cuando trata de las diversas acepciones de la seguridad, dice: "(b) La seguridad como certeza del Derecho exige la perceptibilidad cierta de la norma de Derecho" (p. 494). A continuación indica las condiciones que reclama (siguiendo bastante a la *Introducción* de Radbruch).

En realidad se precisaría la palabra A para designar las reglas jurídicas, A' para su conocimiento; A'' para su justicia, B para la forma en que se interpretan; B' para su conocimiento; B'' para su justicia; C para el cumplimiento espontáneo; D para el cumplimiento que efectiva y obligadamente se lleva a cabo por obra de los encargados de hacerlo, con D' y D'', etc. Es evidente que varias de estas palabras existen y que en otros casos es necesario emplear giros o frases.

Sobre *certeza* se ha escrito mucho, y no con el alcance que di en el texto. Especialmente remito al estupendo libro de LÓPEZ DE UNATE (que pese a su apellido es italiano), *Certeza nel Diritto*, escrito en 1942, plena época fascista aunque no parezca. Hay traducción al castellano (de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, con prólogo de Eduardo J. Couture, Ejea, Buenos Aires, 1953). También hay una edición italiana más moderna (Milán, 1968), que incluye importantes contribuciones de otros autores, como Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei.

LUIS RECASENS SICHES, en su *Tratado de Filosofía del Derecho*, 9ª edición, Ed. Porrúa, México, 1986, al principio del Capítulo 8, considera que certeza es conocimiento de las reglas acerca de lo que se debe hacer, y seguridad, de lo que ocurrirá.

GUSTAV RADBRUCH, en *Vortschule des Rechtsphilosophie* (1948, un año antes de su muerte), primeramente se refiere a la justicia (§ 7), luego a la conformidad con el fin (§ 8) y finalmente a la certeza (§ 9). Especialmente diferencia a la certeza, de la seguridad "mediante el derecho". Incluye a ésta dentro de la conformidad con *el fin*, tratada en el párrafo anterior (§ 8) donde lo considera una idea-fin, referida a bienes y deberes morales.

VON IHERING dice: "La seguridad en el despotismo consiste en no llamar la atención, en evitar el contacto del poder: seguridad de la liebre que se oculta del cazador". "La esencia del sentimiento jurídico no consiste tan sólo en saber que el derecho existe, sino también en *desearlo*". (*El fin en el derecho*, Capítulo VIII, Segunda fase). Ver MAX ERNST MAYER, *Filosofía del Derecho*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1937, por ej. "el poder alimenta al Derecho, pero no lo legitima" (p. 171).

Puede verse que el propio LEGAZ, en su *Filosofía del Derecho* (Cap. VI, 1) utiliza muy claramente la oposición entre legalidad y legitimidad.

Quiero hacer notar que cuando ocurren estos hechos brutales, el derecho no puede solucionar nada. Porque todas estas acciones se emprenden de acuerdo con las normas imperantes en ese momento y lugar. Muchas veces, por gobiernos masivamente votados.

Ese estado de cosas solamente cesa por guerra, por revolución o porque el gobierno cambió de rumbo, lo que es raro que ocurra.

VII. Dejaré de lado el importante tema de la relación entre la seguridad y la prosperidad o la justicia, porque sobre ello se ha escrito siempre. De todas maneras conviene recordar que no es cierto que obligadamente exista oposición o tensión entre esos valores, porque cualquiera ve que cuando hay seguridad y justicia, aumenta la prosperidad ¹⁹.

Y si hay reglas que traban la prosperidad, lo mejor sería cambiarlas.

En cuanto a la tensión de justicia y seguridad, me voy a permitir contar brevemente un caso único, en cuya fase final tuve el placer de intervenir.

Un señor llevaba procesado, en el Chaco, 24 años. Se investigaba si había entregado, con el terreno vendido, la escalera de madera con que bajaba al río. El señor y el comprador decían que sí, y la escalera ahí estaba. Cómo es que un asunto así puede durar más de 25 días es un misterio.

La causa llegó a la Corte milagrosamente y ésta dijo que intervenía porque el caso vulneraba la garantía de que

¹⁹ RADBRUCH planteó el asunto como clara oposición en 1914, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, § 10, II, 3. Pero veinte años después escribió las lindísimas páginas de su *Filosofía del Derecho* (§ 9), donde la oposición pasa a ser tensión, y volvió a tratar el tema en sus *Prolegómenos*, de 1948. Es evidente que ese asunto le preocupó permanentemente. La *Filosofía* data de 1932, y es una profunda reelaboración del texto de 1914. En 1933 sale de la cátedra con el nacional-socialismo y vuelve al terminar la guerra. Entonces dicta el curso que se publicó como *Vorschule des Rechtsphilosophie*. *Vorschule* fue traducido como *Introducción* (por WENCESLAO ROCES, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1951). Una buena y breve síntesis del asunto en CLAUDE DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit* (Ed. Delachaux & Nestlé, Neuchatel, y Recueil Sirey Paris, 1937), § 174, 324 y especialmente 328.

hubiera justicia. Y yo creo que no hubo ni justicia ni seguridad jurídica durante 25 años y que cuando la Corte falló, restableció ambas, porque muchas veces andan juntas ²⁰.

VIII. Habíamos notado que los problemas que se vinculan a la seguridad jurídica son el camaleón de la teoría del derecho.

Esto ocurre porque los factores que obran positiva o negativamente sobre la seguridad son muy diversos. Unos se refieren a las reglas y su conocimiento; otros, a su cumplimiento o incumplimiento por parte de la población y de las autoridades, y otros, como dijo Lino Palacio, son vivencias ²¹.

IX. Lo primero, para sociedades como la nuestra, es una verdad de Perogrullo: que debe haber leyes, que deben estar escritas y deben ser expuestas o publicadas, para que podamos conocerlas. Hace 36 siglos eso sucedió con las dos Tablas de Moisés, y hace 26, con las romanas XII Tablas.

X. Pero si la difusión de leyes propiamente dichas y de decretos normativos es bastante adecuada, no ocurre lo mismo con la telaraña de ordenanzas, circulares, directivas y

²⁰ *Re* Bría Méndez, en los Fallos de la Corte Suprema (300:1108). Por lo que sé el voto fue redactado por Emilio Daireaux y es una belleza. Debo señalar, según recuerdo, que se había llegado a un punto en el cual no se podía formar tribunal porque, después de tantos años, cuanto abogado o magistrado chaqueño estaba a mano ya había intervenido como defensor, querellante, fiscal o juez (y alguno se casó con una hija de Bría Méndez o viceversa). Se había llegado a tal estado psicológico que Bría Méndez presentó —sin firma de letrado— un escrito de unas 600 fojas (1.200 páginas) y el Fiscal respondió en 400 páginas. Sostuvimos el recurso en cuatro fojas y la Corte empleó dos.

Aunque no había resolución que apelar, los miembros del Superior Tribunal estuvieron de acuerdo en que el asunto no podía quedar eternamente así, y se limitaron a conceder un recurso ante la Corte Suprema, que también comprendió que si ella no resolvía, la causa no podía terminar (habiendo prescripto varias veces).

²¹ En esta materia las clasificaciones son relativas, porque existen interrelaciones entre los factores. En cuanto a las vivencias, en el texto aludí a algunas, muy corrientes, pero basta preguntar a veinte personas si han tenido experiencias acerca de la inseguridad jurídica para obtener, por lo menos, veinte ejemplos diferentes. Máximo Pacheco G. les llama "componentes vivenciales" (p. 495).

resoluciones que establecen normas dictadas por organismos con facultades delegadas. Estas facultades se ejercen con facilidad total. Ese tumulto de reglas vela el conocimiento y deja espacio a la arbitrariedad, de la que sólo nos puede salvar el talento y la medida de quien firme las normas.

Para dar un ejemplo, es lo que ocurre con nuestro Banco Central²². Si la dirección es mesurada, capaz y justa, sus circulares dan seguridad. Si alguna de esas cualidades falta, entonces los bancos —y sus clientes— están a merced de las olas. Si hay corrupción, más, porque una resolución hunde al banco privado y otra —después que pase a manos amigas por vil precio— lo salva.

Esto ha ocurrido y cualquiera de los abogados comercialistas o penalistas aquí presentes podría ilustrarnos acerca de la inseguridad en estos casos.

Por eso favorece el conocimiento de las leyes que sean pocas —como quería Tomás Moro en su *Utopía*²³— claras, netas, que haya jerarquía de normas, coherencia del sistema, permanencia de la masa de normas, que se simplifiquen las posibilidades y que las soluciones sean de sentido común, razonables y practicables. Esto último y que las reglas no sean fáciles de modificar (como pide Radbruch) y que dejen poco margen discrecional a los funcionarios, es lo que falla en el ejemplo citado.

Debo agregar que la claridad, razonabilidad y justicia, también cuadran a las sentencias²⁴.

²² En las resoluciones de la Dirección General Impositiva pueden encontrarse muchos ejemplos, lo mismo que con la Aduana, la Comisión Nacional de Valores, etc.

²³ *Utopía*, Libro II, cap. *De los esclavos* (a partir de la mitad del Capítulo). SOLER, *Fe en el Derecho*, I, apunta: "El griego decía: donde hay muchas leyes, allí hay también mucha injusticia (ARJESILAO)" (p. 21).

²⁴ Toda la enumeración presentada en este párrafo reúne los factores señalados en diferentes libros. Por ejemplo:

—RADBRUCH, *Vorschule*, § 9, II, reclama que el derecho sea positivo, que se funde con certeza (sobre hechos y no reenviando al criterio del juez, v.g. "Buenas costumbres"), que tales hechos sean practicables, que no puedan modificarse con facilidad.

—SOLER, *Las palabras de la ley*, XVII: Objetividad (heteronomía), claridad, división de poderes, independencia del poder judicial, irretroactividad y cosa juzgada.

—LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Cap. VI, 2: Ignorancia de la ley y

XI. Me parece importante destacar que, cuanto más frondoso sea el campo normativo, más claras y coherentes con el sentido común del cuadro básico del derecho deberán ser las reglas específicas, las más pequeñas ramas del árbol de la ley. Porque solamente así se podrá mantener el principio de que el desconocimiento de la ley no priva de efectos a los actos ni es excusa para lo ilícito.

Por desgracia, lo contrario es corriente; a lo que se añade que varios organismos dirigen una actividad, dictan las reglas aludidas, pesquisan las infracciones y las juzgan, con lo que la inseguridad es regla.

XII. Naturalmente que el cuadro de normas se refiere tanto a las obligaciones de los particulares como a las de los funcionarios, incluidos los Poderes del Estado y el propio Estado.

Eso señaló hace más de cien años Rudolf von Ihering, uno de los máximos juristas que tuvo el mundo. Dijo: "tampoco se desarrolla un sentido del derecho en los súb-

error del Derecho, fuerza del Derecho y autoridad de la cosa juzgada, irretractividad de las leyes, el respeto a los derechos adquiridos.

— LON FULLER, *La moral del Derecho* (traducción de Navarro Trillas, Fondo de Cultura Económica, México, 1967): normas generales, promulgadas, irretroactivas, claras, coherentes, de cumplimiento posible, estables, y que haya coherencia entre regla y aplicación.

— ALTERINI va indicando factores: "seguridad física, regularidad y eficacia en los mecanismos de aplicación del Derecho, claridad y coherencia del sistema legal y estabilidad del orden jurídico" (Citando el trabajo de Fores, 1993), reglas claras de juego, idoneidad e independencia de los integrantes del poder judicial, celeridad en los procedimientos, defensa de los particulares frente a los actos del poder, el principio de legalidad, estabilidad.

— EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho* (VII, 11): diferencia, conforme a THEODOR GEIGER (*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*), seguridad de orientación o certeza del orden y seguridad de realización o confianza en el orden. Para lo primero: conocimiento adecuado de las normas, y que no haya negligencia ni debilidad del poder público, ni gran margen discrecional, ni muchas normas ni rápidas modificaciones. Claridad, precisión y congruencia, correcta interpretación y jurisprudencia definida, libre de antinomias. Para lo segundo, obediencia espontánea, correcta aplicación (en el fondo, eficacia del sistema). Expresamente reclama que el orden tienda a la justicia.

— PÉREZ LUÑO, con otra terminología, sigue el sistema de García Maynez: corrección estructural: lege promulgata, manifiesta, plena, estricta, previa, perpetua (estabilidad, cosa juzgada, derechos adquiridos); corrección funcional (por destinatarios y órganos).

ditos del Estado cuando el poder del Estado pisotea las leyes por él mismo dictadas; el respeto del derecho no puede prosperar abajo si falta arriba”²⁵.

XIII. En cuanto a nuestro país, hasta ahora, salvo algunos apartamientos, cierta sobreabundancia legal y los casos de legislación delegada, que no son una exclusividad argentina, la masa de nuestro derecho es mejor que la de la mayoría de los Estados.

Pero la modificación de la Constitución que está en trámite introduce una importante cuña en la seguridad, hasta que no se establezca la reforma, y entonces se verá a qué atenernos.

Este trámite tiene varios vicios y peligros pero, si la Convención actúa con buen criterio y si la comisión redactora está bien conformada, el tiempo irá consolidando la reforma, y cada día será más legítima. De no ser así, el resultado producirá un efecto tremendo sobre la seguridad.

Mientras tanto, para dar una muestra, basta recordar que puede estar sobre el tapete poner en comisión a todos los jueces, con lo que la tranquilidad de ellos y de quienes piden justicia no es envidiable, y se resiente la independencia. Eso, sin contar con que las probabilidades no están en favor de una mejoría en las designaciones.

XIV. No obstante lo dicho, el caso más notorio de falta de seguridad ocurre cuando entra a operar un sistema jurídico diferente que, según vemos después, no se consolida. El único ejemplo que trae Rudolf Stammler —famoso filósofo del derecho— es el de la finisecular guerra anglo-boer (y el de Baviera, que “se encontró momentáneamente con dos

²⁵ *El Fin en el Derecho*, Cap. VIII, Tercera fase. Agrega: Ninguna Constitución, por perfecta que uno la imagine, podría de hecho impedir al poder público la violación de la ley. Lo que le asusta es únicamente la fuerza real que está detrás de la ley, es decir, el pueblo. Arriba como abajo, el respeto a la ley debe reemplazar el temor a la misma. Pero, a falta de ese respeto, queda siempre el temor (...) que inspira al poder público la reacción del sentimiento jurídico de la Nación.

gobiernos" cuando fue "proclamada la República de los Soviets en Munich en la primavera de 1919")²⁶.

Pero hay casos más cercanos.

Véase lo sucedido en los procesos de Nuremberg, Tokio y París, que van de la mano con la legislación de la época del partido alemán nacional-socialista del trabajo.

En esos tiempos, lo terrible es que la población no sabe a qué atenerse. No sabe qué le espera mañana si cumple la ley de hoy, ni qué le espera hoy si cumple la de ayer. Y lo mismo sucede con muchos funcionarios.

XV. En nuestro país ese fenómeno se produjo, aunque en tono menor, durante la guerra con Paraguay, como se puede leer en el primer tomo de los fallos de nuestra Corte. Y sin duda debe haber sido tomado en cuenta, durante la guerra en Malvinas, cómo se ajustarían un sistema jurídico y otro.

Lo mismo sucede con el derecho privado de conquistas o revoluciones, que por aquí comenzó con las luchas entre las tribus, la conquista española, nuestra independencia, nuestras guerras civiles —entre las que incluyo luchas contra el indio, pues miradas con perspectiva histórica son luchas entre nosotros— y nuestros abundantes golpes de estado triunfantes.

Ya lo dijo Francesco Carrara, el más famoso penalista: ¿Quién es el abogado que con un libro en la mano, por más bueno que sea, le va a decir a Juárez: tú eres gobernante de hecho y no puedes matar a Maximiliano, que es gobernante de derecho?²⁷.

Estos aspectos son importantísimos, pero sólo los señalo, sin analizarlos.

XVI. La división de los poderes forma parte del cuadro del derecho. Especialmente nos interesa la indepen-

²⁶ En su estupendo *Tratado de Filosofía del Derecho*, especialmente cuando se refiere a la psicología de la vigencia del Derecho (§ 77) y a la inseguridad en cuanto a la vigencia de un derecho (§ 78). Los dos párrafos citados son importantísimos para nuestro tema.

dencia del Poder Judicial, porque despiertan más confianza las decisiones de quienes no son parte interesada cuando discutimos con la administración o cuando hay pleitos entre gente muy vinculada al gobierno y gente que no.

Von Ihering sostiene que, aunque parezca que una sentencia adversa al Estado va en su contra, en el fondo es al revés, porque fortifica la fe en el funcionamiento de los órganos ²⁸.

Es notorio que, en esta materia, está difundida en nuestra población cierta desconfianza en la actuación de los magistrados. En parte, ello se debe a maniobras de tipo político, tendientes a desprestigiar las designaciones o para utilizar los escrúpulos buscando una solución favorable en provecho propio. Pero en parte, es cierto que varios magistrados pareciera que buscan complacer no sólo a personas del gobierno o ligadas a él, sino a corrientes de opinión. Y en esto no basta ser independiente, sino que también hay que parecerlo.

Por otra parte, el gran número de nuevos cargos judiciales ²⁹ lleva, ineludiblemente, a que muchos candidatos no sean conocidos como para llegar rodeados de confianza. Necesitarán tiempo para ganársela.

Lo grave es que se mezclan en la opinión buenos jueces, los jueces trabajadores y conocedores del derecho, que los hay, con quienes no tienen esas condiciones. Y la opinión tiende a arrastrar más de lo debido.

Tercia, también, cada vez que asciende un juez que incomoda al gobierno, algo que apuntó von Ihering: "puede tratarse de un sistema adoptado cuando algunos desean que cierto asunto se resuelva de una determinada manera; entonces se coloca un juez más complaciente en el lugar que la persona ascendida dejó libre" ³⁰.

²⁷ Programa, § 3927. Ver RADBRUCH, *Vorschule*, 9, III.

²⁸ Cap. VIII, Tercera fase.

²⁹ El gran movimiento de cargos produce, en juicios complejos, un efecto inevitable: quien está en el caso ve que la posibilidad de resolución se aleja con cada cambio. Y eso vulnera el sentimiento de seguridad jurídica.

³⁰ Cap. VIII, Tercera fase, en el párrafo sobre la organización judicial.

XVII. Ya que estoy hablando de lo que podríamos llamar la seguridad jurídica judicial, es claro que no depende solamente de los jueces, sino también de nosotros, los abogados. Mucha inseguridad es causada por el abogado incapaz o indolente, ignorante, irresponsable o corrupto, que es un tema que en otro lugar encaró Lino Palacio.

XVIII. Además se precisa conocimiento del estilo de una sociedad dada, por cuanto es evidente que a parecidas leyes e interpretaciones se agregan diferentes maneras de actuar, producto del carácter general, de tradiciones y costumbres que pesan al lado de las normas³¹.

Y, efectivamente, Montesquieu dedicó casi un tercio de su *Espíritu de las Leyes* a considerar esta influencia, a la que se debe que su obra se llame, precisamente, *Espíritu*. (En parecido sentido, la Escuela Histórica acuñó la palabra *Volksgeist*, espíritu del pueblo, y von Ihering habla de espíritu jurídico nacional)³².

Recuerdo un pasaje aparentemente trivial, nada conocido, en el que narra la visita de un enviado veneciano ante un lejano rey, que prorrumpió en carcajadas cuando se enteró de que en Venecia no había rey. Como comprenderán, seguramente el pueblo tampoco podía imaginar nada parecido.

XIX. Si pasamos de los aspectos globales a lo particular, veremos que hay un punto, dentro del cuadro general de nuestro derecho, en el que la falta de claridad es bastante notoria. Me refiero a qué debemos hacer cuando precisamos acudir ante la autoridad por algún motivo. Desde un

³¹ "Estilo" es la denominación empleada por Juan Carlos Aguinaga, profesor de la Universidad de Mendoza. Véase BATIFFOL, lugar citado en la nota que sigue. MONTESQUIEU, Libro XIX, cap. 7: "No se habría sacado más partido aburriendo a un ateniense que divirtiendo a un lacedemonio".

³² Por ejemplo, HENRI BATIFFOL, en *Problemes de base de philosophie du droit* (Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979), al tratar de Derecho y Efectividad, habla de derecho espontáneo y costumbre, y luego, de la lectura del derecho en los hechos. Allí menciona la muy diferente manera de recibir el derecho romano en las distintas comarcas (fenómeno conocido como "la recepción") y cita algún caso más reciente. Su tesis consiste en que la mayoría de las situaciones admiten varias soluciones jurídicas (especialmente p. 83 y nota 212). Es un libro interesantísimo.

mero trámite hasta la queja por derecho incumplido. Todos sabemos las penurias y el tiempo que toman tales cosas, y eso no es, precisamente, tranquilizante.

Desgraciadamente, así nace una fuente de incumplimiento del derecho por parte de quienes gustosamente lo cumplirían si las cosas fueran más sencillas. Y, además, hay ventaja de los violadores del derecho porque con las quejas sucede lo mismo: se prefiere soportar la violación y no agregarle los inconvenientes de un trámite con resultado incierto o estéril.

También son fuente de inseguridad las dificultades que existen en cuanto a pequeñas infracciones como, por ejemplo, son las contravenciones de tráfico. Porque ni siquiera es sencillo pagar una multa, de donde quien la quiere pagar no lo hace y el resultado está a la vista. Por cada caso de distracción o equivocación, hay cien de contravención voluntaria.

Toda sociedad con masivos contraventores trae muchos delitos leves, que son la fuente de delitos graves.

No es cierta la repetida frase de que sólo están presos los ladrones de gallinas. No hay ningún ladrón de gallinas preso, así que pueden sacarse conclusiones.

Es claro que cuando el asunto es más serio, la queja llega a la Justicia y el trámite es más conocido. Pero por desgracia la lentitud es grande y el costo, alto. Lo que muchas veces impide que se llegue a una aceptable solución, con lo que también se afecta la seguridad jurídica.

XX. Dentro de este cuadro deberían figurar algunas instituciones típicas de la seguridad jurídica, principalmente la irretroactividad, la prescripción y la cosa juzgada³³. Pero tampoco me ocuparé en esta ocasión de ellas, pues todo buen libro trata del asunto. Sólo destaco que, en materia penal, conspira contra la seguridad jurídica la tendencia de algu-

³³ Tampoco trato el importante tema del margen tolerable de inseguridad, porque, como es evidente, seguridad total no puede haber. Para muestra, RECASENS, *Nueva Filosofía*, Cap. VIII.

nos magistrados que dictan infundadas medidas para que un asunto no prescriba, con lo que anulan el instituto arbitrariamente. En este caso, el error es de la ley.

XXI. Las características personales son importantes. Si el funcionario conoce su función, tiene capacidad, es activo, mesurado, atento, honesto, paciente, etc., entonces, quienes lo conocen confían en él y, a poco, los demás también.

Es claro que, como que nadie es perfecto, alguna falla podrá ser cubierta por el grueso de las demás cualidades, e igualmente despertará confianza.

Pero ¿qué sucede cuando se infiltra, por ejemplo, la corrupción? ¿No perdemos las esperanzas de que nuestro hombre actúe debidamente? No es necesario llegar a la hipercorrupción o a la cleptocracia —términos de Mariano Grondona³⁴— para que se afecte la seguridad jurídica, porque basta que no se trate de casos excepcionales.

¿Qué sucede si se advierte arbitrariedad? ¿Y si hay abulia?

¿Qué sucede cuando los nombrados no son correligionarios capaces, ni adversarios capaces, ni amigos capaces o parientes capaces, sino amigos, parientes o correligionarios y nada más?³⁵

Es claro que no me refiero a los secretarios privados ni a un par de casos, porque todos podemos equivocarnos y nos equivocamos. Me refiero a un fenómeno de masa.

En estos casos no es cuestión de leyes buenas, sino de hombres. El único remedio es irlos cambiando.

XXII. Las preguntas pueden referirse no a las personas, sino al eficaz funcionamiento del derecho. Van algunos ejemplos penales:

³⁴ *La Corrupción*, Ed. Planeta, 1993.

³⁵ Algo así se lee en JOSÉ F. LORCA NAVARRETE, *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 1993: "La política, ajena a la justicia, rigese por el exclusivo criterio de la separación previa entre amigos y enemigos" (p. 221). De paso, al considerar, desde la p. 212, la seguridad, trae largas citas, muy bien escogidas, de Hobbes (que "nos reenvían a la raíz antropológica de la seguridad jurídica"), Ortega y Gasset y Carl Schmitt (a quien critica).

¿Le sustituyen el hijo recién nacido a una madre por uno muerto, y lo entregan por precio a otra persona? ¿Ha sucedido una vez o se repite?

¿Hay pocos robos de las radios de los automóviles?

¿Hay pocos robos de automóviles?

¿Qué sucede si se ocupa una casa vacía ajena y el derecho no remedia la situación rápidamente? ¿Es un caso excepcional?

Así, pueden formularse muchísimas preguntas.

Algunos casos se deben a falta de vigilancia, pues no se encuentra al autor. Pero en otros, los actores son bien conocidos y, sin embargo, increíblemente no se encuentra solución adecuada.

XXIII. Yo me temo que nuestra seguridad jurídica no depende de leyes ni cambios legislativos, más que en muy pequeña medida.

Depende de los hombres y de la confianza.

Cuando se pierde la confianza hay que arreglar el entuerto y, después, igual que con la fractura de un hueso, hay que esperar bastante tiempo.

La Argentina tiene una suerte de esquizo-seguridad, es decir seguridad jurídica para unas cosas y no para otras. Es de esperar que la parte sana pueda ir ganando posiciones.

XXIV. Y para terminar, una aclaración final.

Muchas veces se piensa en la seguridad jurídica en relación con efectos económicos o en el mundo de las transacciones, porque han existido y existen situaciones de gran inseguridad desde este punto de vista, que por reflejo trastornan todo el mecanismo social³⁶.

³⁶ MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, que en el libro XXI habla de los cambios operados en el comercio, dedica el libro XXII a las leyes con relación al uso de la moneda, muy interesante, con gran cita de casos de inflación (v.g. caps. 11 y 12 sobre lo ocurrido en Roma). En el cap. 13 opina: "Es evidente que tales operaciones violentas no podrían ocurrir en estos tiempos, ya que el príncipe que las hiciera se engañaría a sí mismo y no engañaría a nadie". En esto, la historia no le dio la razón.

Esto se nota en el estudio de Morello, que ya cité, en trabajos de Julio Cueto Rúa³⁷ sobre inflación, y en el notable análisis con que Federico Pinedo³⁸ se incorporó a esta Academia, que principalmente apunta a la inseguridad creada por la intervención de leyes que alteran las normas de contratos válidos, como sucedió con alquileres, arrendamientos, obligaciones en moneda extranjera, etc.³⁹.

Pero la seguridad jurídica recae sobre todo. Sobre religión, raza, ciencia, arte, educación, familia, trabajo, empresa, banco, deporte, descanso, diversión y ocio. Recae sobre la libertad y el honor. Sobre la vida y no sólo sobre la bolsa.

Y la recíproca es válida. Si la seguridad jurídica tiene valor económico, ese valor también depende de los otros factores, los no económicos.

Es debido a ellos, y no sólo al mayor rédito, que llegan o se van los capitales. Es debido a ello que la misma casa vale más en una ciudad que en otra.

La seguridad jurídica puede ser terreno fértil para lo económico, pero en el terreno fértil se precisa lluvia, quitar malezas, que nadie incendie la cosecha, que no sean baleados los campesinos y que sus hijos vayan al colegio. Y que haya clases y no se cambie el plan de estudios a cada rato.

XXV. La seguridad jurídica depende mucho de lo que se haga desde el gobierno, pero también depende de que cada uno luche, aunque más no sea un poco, por ella⁴⁰.

³⁷ Es excelente *La valoración y la experiencia jurídica*, comunicación privada a esta Academia reproducida en "Anales", segunda época, año XXXIV, número 27, 1990.

³⁸ *Algunas consideraciones sobre la Seguridad Jurídica*, en "Anales", segunda época, año XIII, número 10, 1969.

³⁹ He citado trabajos de miembros de la Academia, y no todos. Pero son importantes tanto el de Kaufman como el de Atilio Alterini, muy recientes. De la literatura extranjera es fácil conseguir el libro de Pérez Luño.

⁴⁰ "La inviolabilidad del derecho es en todas partes la obra exclusiva y la gloria del pueblo; es un bien que debe conquistar al precio de penosos trabajos y, a veces, de oleadas de sangre" (VON IHERING, *El Fin en el Derecho*, cap. VIII, Tercera fase).

OBRAS MÁS CONSULTADAS

— MONTESQUIEU (CHARLES LUIS DE SECONDAT, Baron de la Brede et de Montesquieu), *De l'esprit des lois*, ed. Garnier et Freres, Paris, s.f. Incluye las notas de Voltaire, Crevier, Grosley y otros. La primera edición es de Ginebra, 1784. Es muy buena la reciente traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1985.

— THOMAS HOBBES, *Leviathan*, trad. Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

— RUDOLF VON IHERING, *Der Zweck im Recht*. La obra está traducida al castellano por Diego Abad de Santillán (Editorial Cajica, México, 1962, que incluye el Capítulo IX, de quinientas páginas, es decir un segundo tomo). La edición corriente aquí, sin indicación de traductor (Heliasta, Buenos Aires, 1978) no comprende el segundo tomo pero tiene los párrafos numerados, lo que facilita la consulta. Según el caso, he optado por una u otra, teniendo a la vista el original. A veces me he permitido introducir un matiz que considero más adecuado.

— RUDOLF STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, edit. Reus, Madrid, 1930.

— WILHELM SAUER, *Filosofía Jurídica y Social*, trad. Luis Legaz y Lacambra, edit. Labor, Barcelona, 1935.

— GUSTAV RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, traducido por José Medina Echavarría (que no se menciona en esta edición, pero sí en la primera), 2ª ed., Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1944.

— GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducida por Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1951. También en algún caso he cotejado con el original, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948.

— CARLOS COSSIO, *La Teoría Ecológica del Derecho*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

— LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1971.

— LUIS RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Editorial Porrúa, México, 1986.

— LUIS RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 3ª ed. Edit. Porrúa, México, 1980.

— EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1977.

— MAXIMO PACHECO G., *Teoría del Derecho*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

— SEBASTIÁN SOLER, *Ley, Historia y Libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957.

— SEBASTIÁN SOLER, *Fe en el Derecho y otros ensayos*, Tea, Buenos Aires, 1956.

— SEBASTIÁN SOLER, *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962.

— SEBASTIÁN SOLER, *Las Palabras de la Ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

— GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.

— JULIO CUETO RÚA, *Algunas consideraciones sobre la Seguridad Jurídica*, en "Anales", segunda época, año XXXIV, número 27 (1990).

— FLAVIO LÓPEZ DE OÑATE, *La Certeza del Derecho*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, prólogo de Eduardo J. Cou-

ture, Ejea, Buenos Aires, 1953. El original italiano es de 1942 y hay una edición de 1962 que incluye trabajos importantes de otros juristas.

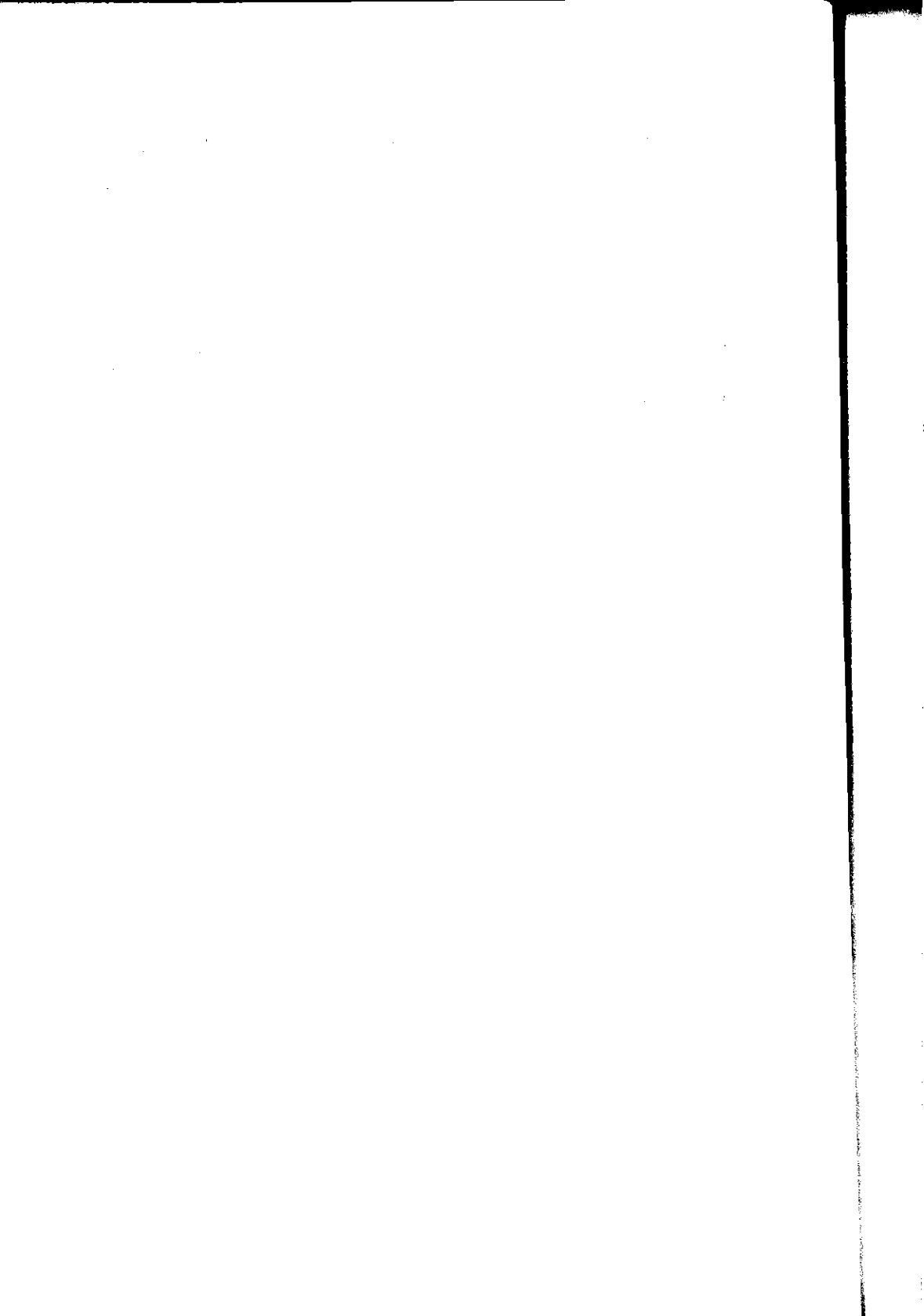
— FEDERICO PINEDO, *Algunas consideraciones sobre la Seguridad Jurídica*, en "Anales", segunda época, año XIII, número 10 (1969).

— AUGUSTO MARIO MORELLO, *El principio de seguridad jurídica*, en "Anales", segunda época, año XXXVII, número 30 (1992).

— ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *La Seguridad Jurídica*, Edit. Ariel, Barcelona, 1991.

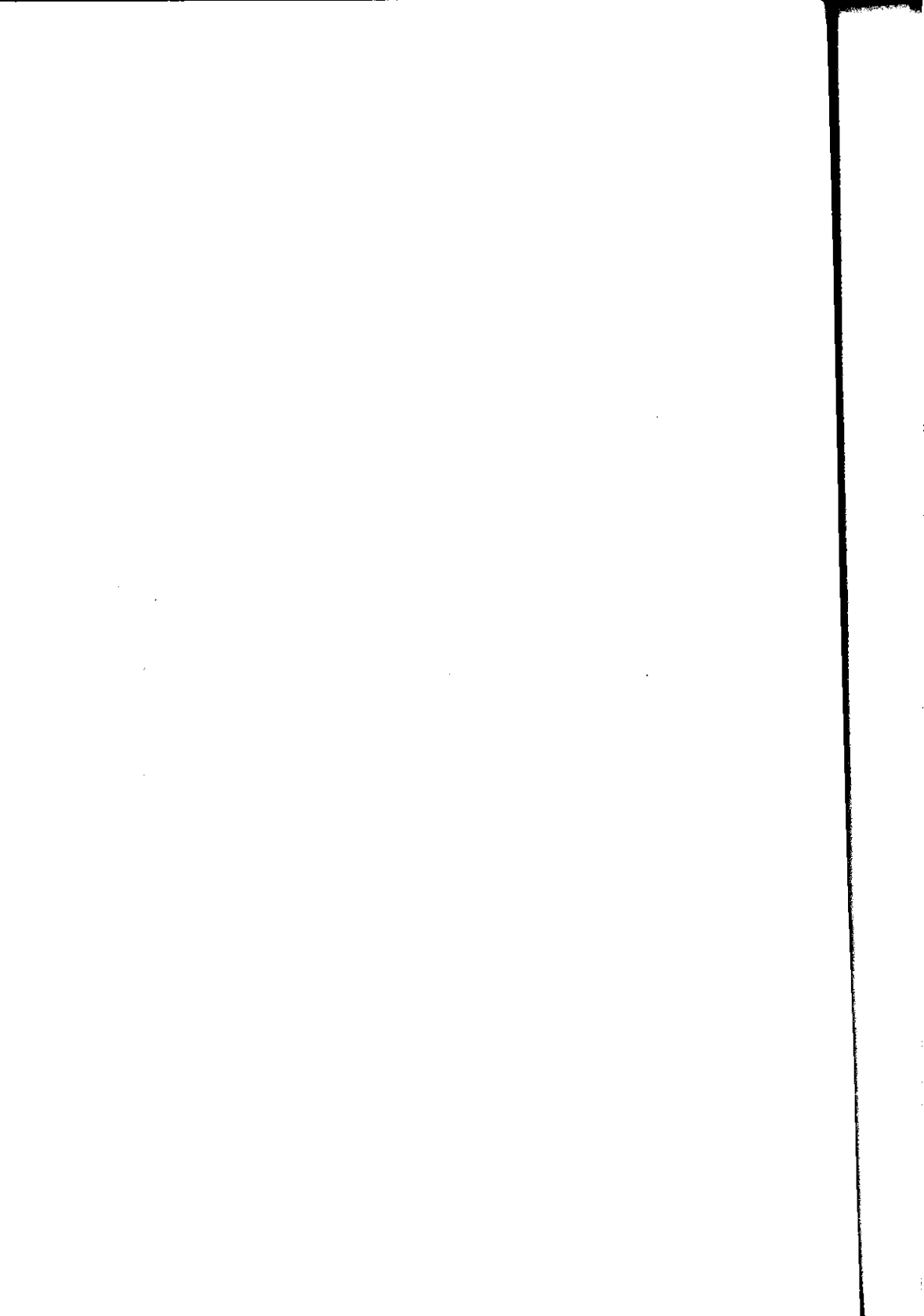
— ATILIO ANIBAL ALTERINI, *La inseguridad jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

— GUSTAVO ARIEL KAUFMAN, *Seguridad Jurídica y Progreso Económico*, Ed. Tesis, Buenos Aires, 1993. Obtuvo el Premio de la Asociación de Bancos Argentinos. La edición comprende también *Un ensayo sobre la relación entre Seguridad Jurídica y Progreso Económico*, de CÉSAR E. PÉREZ PESADO y SANTIAGO URBITZONDO, premiados ex aequo.



UN TEOREMA CONSTITUCIONAL:
EL PODER EJECUTIVO,
DE MAX WEBER
A CHARLES DE GAULLE

Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge R. Vanossi en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 24 de noviembre de 1994



*Discurso de recepción por el académico
Dr. Segundo V. Linares Quintana*

Comporta para mí un grato honor pronunciar, en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, las tradicionales palabras de salutación y bienvenida, dedicadas al nuevo Miembro de Número, Académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, quien, en este acto, se incorpora a esta ilustre Corporación, en mérito a sus relevantes y reconocidas condiciones morales e intelectuales.

Y la honda satisfacción que con tal motivo experimento aumenta, si es posible todavía, por la feliz circunstancia de haber seguido con particular interés y afecto, desde su época de estudiante sobresaliente —que es decir desde su mismo inicio— su talentosa, fecunda e ininterrumpida faena intelectual, realizada desde la cátedra universitaria, el libro y la tribuna de conferencias, a través de los años y las vicisitudes institucionales del país, así, como en forma paralela, el ejercicio de la actividad política en el más elevado sentido de la palabra y en el nivel del cumplimiento de esenciales deberes inherentes a la nobilísima condición de ciudadano de la República, en función de la cual desempeñó, con dedicación y competencia, la delicada, compleja y trascendental misión de legislar, destacándose como uno de los diputados nacionales de más eficiente y laboriosa gestión.

El recipiendario llega a esta Academia con muchos y muy valiosos títulos, que abonan una vida dedicada al estudio, la enseñanza y la aplicación del Derecho, cuya esencia es la justicia, a la vez que el cumplimiento de otro no menos importante aspecto de su vocación: la práctica de la política en su empinada acepción aristotélica.

Desde luego que no es esta la oportunidad para ocuparme en detalle de todo lo que el Dr. Vanossi ha realizado y continúa haciendo en los ámbitos científico e institucional; por lo que me limitaré a señalar, a grandes trazos, los aspectos más notables de su carrera científica y política.

La existencia del ser humano aparece animada, de modo primordial y constante, por dos apetencias innatas e irresistibles, que se manifiestan en un afán ininterrumpido por satisfacerlas, contra todo y a pesar de todo: una persigue la libertad, la otra, la verdad; y la lucha, eterna y sin pausa, de individuos y de pueblos por su logro, constituye el argumento central de la historia del mundo en el devenir de los tiempos.

Uno y otro deseo del ser humano son inseparables y se condicionan recíprocamente. La verdad nos hace libres y la libertad nos permite llegar a la verdad; y por ello es también que la historia de la libertad es, a la vez, la historia de la civilización. Como dijera Zaksas, en la Asamblea Constituyente de Francia de 1946: "Cada vez que la democracia progresa, la civilización da un salto hacia adelante. Pero si la democracia retrocede, la civilización declina".

Tan nobles apetencias —la lucha por la verdad y la lucha por el Derecho, que llevan ínsita la brega por la libertad y por la justicia— han sido y son norte primordial y constante de la capacidad y el esfuerzo del Dr. Vanossi.

El Dr. Vanossi, nacido en esta Ciudad de Buenos Aires en 1939, recibióse de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, laureado con el diploma de honor para, luego y coronando su sobresaliente etapa estudiantil, obtener sendos doctorados en la precitada Casa

de Estudios, a la vez que en la Universidad Nacional del Litoral.

En el ámbito universitario, el Dr. Vanossi inició su carrera docente en 1961, y tras sucesivos concursos de oposición, fue designado Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Paralelamente, fue nombrado Profesor Titular de Derecho Político y luego de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de La Plata, y en esta última Casa de Estudios nombrado Director del Instituto de Derecho Constitucional "Carlos Sánchez Viamonte".

Asimismo, en 1973, se desempeñó como Secretario Académico de la Universidad de Buenos Aires.

Antes de ello, integró durante prolongado lapso y en carácter de Profesor Adjunto, un extraordinario equipo de trabajo, en la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la que tuve el honor de ser Profesor Titular, oportunidad que me permitió apreciar las excepcionales condiciones intelectuales y éticas del Dr. Vanossi.

En el ámbito judicial, el Dr. Vanossi fue digno y calificado Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el lapso 1963-1966.

No menos relevante ha sido la actuación del nuevo Académico en el ámbito forense, ejerciendo la Presidencia de la Federación Argentina de Colegios de Abogados desde 1981 hasta 1983.

También fue Presidente de la Interamerican Bar Association (Federación Interamericana de Abogados) durante el término 1988-1989 y es miembro permanente de su Consejo.

Igualmente, presidió el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, así como también la X Conferencia Nacional de Abogados y la XXVII Conferencia Interamericana de Abogados.

Asimismo actuó como Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior en 1971 y 1972.

Además ha publicado hasta hoy catorce importantes libros y más de doscientos trabajos sobre temas de derecho constitucional y ciencia política, los cuales han consolidado su merecido y reconocido prestigio en el país y en el extranjero.

El Dr. Vanossi transita, con dignidad y lucimiento, el recto sendero signado por las huellas señeras de Joaquín V. González, Alfredo L. Palacios, Carlos Sánchez Viamonte, Leonidas Anastasi y Emilio Ravignani, entre otros, quienes fueron auténticos e ilustres Maestros del Derecho, al que, con noble pasión y absoluto desinterés, estudiaron, enseñaron y cuyos principios fundacionales aplicaron y cumplieron complementando, de modo paralelo, su relevante labor científica con el ejercicio de la política y correlativamente de la función pública representativa, en el puro sentido cívico y republicano.

El Dr. Vanossi fue diputado de la Nación durante tres períodos: 1983-85, 1985-89 y 1989-1993. En tal carácter, fue elegido por el cuerpo al que perteneciera, de manera sucesiva, Vicepresidente 1º y Vicepresidente 2º. Por otra parte, en dicha Cámara integró las Comisiones de Relaciones Exteriores y Culto, de Modernización Parlamentaria, de Asuntos Municipales, así como la Comisión de Asuntos Constitucionales, que presidió.

Su ilustrada y eficiente labor se proyectó asimismo en el nivel internacional. Es así que integró, presidiéndolo, el Comité Jurídico Interamericano, órgano fundamental de la Organización de Estados Americanos.

Fue también miembro del Tribunal Internacional de Arbitraje de Salto Grande, desde su creación.

Actuó como miembro de la Comisión Permanente de Conciliación Argentino-Chilena.

Fue Vicepresidente del Instituto Ibero-Americano de Derecho Constitucional, e integra también el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la American Foreign Law Association, la

Société de Legislation Comparée de París, el Comité de Estudios Constitucionales de Roma, el Centro Internacional de Estudios Constitucionales de Atenas, así como muchas otras importantes instituciones académicas nacionales y extranjeras, como el P.E.N. Club Internacional, que agrupa a los escritores de todo el mundo, el Tribunal de Honor de la Sociedad Argentina de Escritores, que también presidió, etc.

Debo agregar que el Dr. Vanossi es también Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Estoy seguro de no equivocarme si afirmo que la clave del éxito en la vida intelectual del Dr. Vanossi, además y desde luego que sus relevantes condiciones intelectuales y morales, es el fiel cumplimiento de una noble, auténtica e ineludible vocación.

“La vocación —ha escrito quien fuera Osvaldo Loudet, Maestro de Maestros— es la inspiración que llama a algún estado, a una tarea específica, a una acción determinada. Es una voz interior que mueve nuestro espíritu para dirigir en un sentido, hacia un horizonte inmediato o lejano. No es la voz que llama sólo a Dios; es la voz que también llama a otras tareas nobles y elevadas. ¿Cuándo se escucha esa voz? ¿Cuándo nos alienta, nos incita y nos empuja? En unos casos, la escuchamos temprana y en otros tardía. En unos va creciendo, acentuándose e imponiéndose. Es una ola de presentimientos, de dudas, de esperanzas y de certidumbres. En otros, está precedida de largos silencios. Nada más estremecedor que los silencios prolongados, que los silencios sin voz alguna. Poseemos el arco tendido, la flecha templada, pero no vemos con claridad el blanco al que está destinada. Hay vocaciones precoces, malogradas y tardías, o no hay vocaciones específicas. Estamos expectantes. El sujeto todavía joven no siente vocación alguna. Es un sonámbulo permanente que va de aquí para allá y se pierde en el mundo. No descubre aptitudes y no tiene voluntad. No tiene voluntad para descubrir lo que está latente. Debemos agre-

gar —concluía el ilustre argentino— que poco vale la aptitud si no se la cultiva con persistencia y sin descanso. No olvidemos aquella reflexión de Buffon: *El genio es una gran paciencia*” (*Vocación y vida*, pp. 12/3).

Por otra parte, otro ilustre Maestro, el Dr. Carlos Sánchez Viamonte, enseñaba que: “La vocación es algo así como el llamado del ideal. Uno y otro se corresponden recíprocamente y existen también correlativamente. Pienso —decía— que es eso lo que quiso decir José de San Martín en su frase un tanto sibilina o enigmática: *serás lo que debes ser y si no, no serás nada*”. A su juicio, “debe interpretarse como la afirmación terminante de que la vocación es el camino del ideal y apartarse de ella es ir al seguro fracaso de la personalidad. Ese camino es el único tolerable, porque es el camino del ideal, cuya dimensión y alcance corresponde a las posibilidades de cada uno en la realización de una tarea individual concurrente a la tarea o quehacer común” (*Crónicas de ayer y de hoy*, Puebla, México, 1971, p. 402).

Y uno de nuestros más grandes escritores, Eduardo Mallea, afirmaba que “el saber lo que se quiere es la sola triunfante liberación sobre el estado larval del ser; cuando un ser humano sabe lo que quiere hay en él gozo y acción” (*Historia de una pasión argentina*, Buenos Aires, 1942, p. 107).

Y vuelvo a recordar a Loudet, para quien: “los que se consagran a la ciencia; los que piensan y trabajan por el bien; los que auscultan el ritmo de la vida desde el vacuolo contráctil de la célula hasta el corazón humano; los que meditan en la esencia de las cosas y a fuerza de luchar le arrancan su secreto; los que sueñan, las frentes inclinadas sobre cosmos infinitos y llaman a las puertas cerradas que guardan los enigmas; esos son los que han comprendido la vida” (*Itinerario*, Buenos Aires, 1972, p. 34).

Como la luz, que irradia claridad, la verdad, que también esclarece, no los objetos sino la mente de los hombres, es una sola y no admite escisión alguna. Por ello es que no resulta posible separar la verdad científica de la verdad

moral y que, asimismo, haya una moral de la ciencia, que no consiste sino en la búsqueda de la verdad científica. Compréndese, entonces, por qué sólo existe una fórmula de la verdad, sea ésta científica o moral, que consiste —como magistralmente estableció Aristóteles cuatro siglos antes de Jesucristo—: en *decir lo que es, es y lo que no es, no es*.

Señoras, Señores:

No tengo duda alguna que el Dr. Vanossi es una de las personas que han comprendido la vida, en el sentido señalado por Loudet; que han luchado y luchan por la libertad y el derecho y que cumplen con la moral de la ciencia.

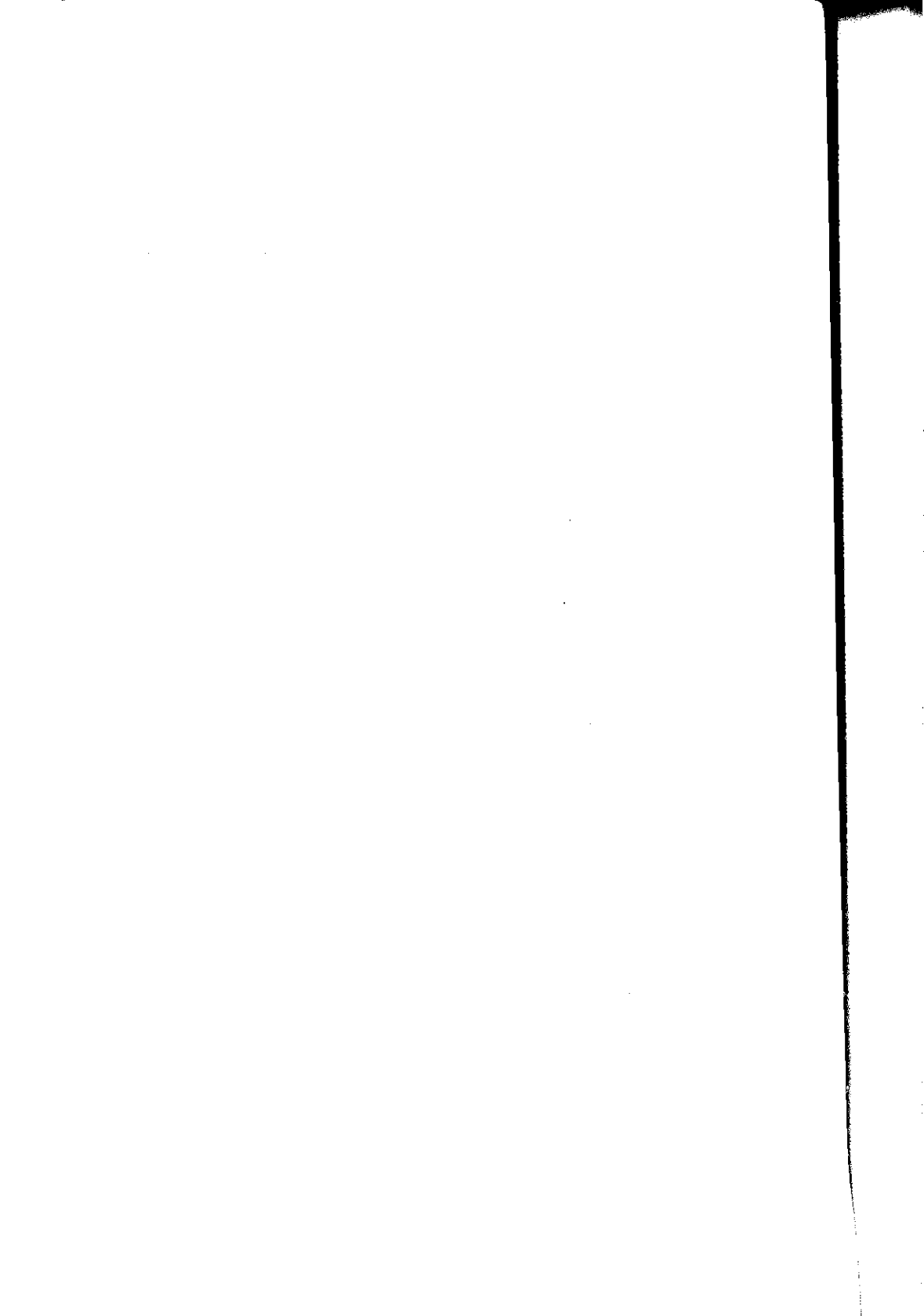
Confieso que en el frecuentar de los clásicos siempre he encontrado deleite y reposo espiritual, y entre ellos me suscita particular atracción el Dante con su incomparable *Divina Comedia*. No en balde, Joaquín V. González escribió alguna vez que leer al insigne Alighieri “es como nacer de nuevo, porque un rayo de sol espiritual lo imprime y lo penetra para siempre dejándolo unguido de una sed insaciable de ideal. Esa es la causa de su inmortalidad y de su siempre renovada juventud” (*Obras Completas*, t. X, p. 158).

Por ello deseo concluir estas deshilvanadas palabras, recordando al sabio y a menudo olvidado consejo que impartió el Dante en su libro famoso: “Si sigues tu estrella, arribarás a buen puerto”.

El nuevo académico, cumpliendo su auténtica e indeclinable vocación, ha seguido su estrella y arribado a buen puerto.

Señor académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi:

Sean mis últimas palabras de esta apacible tarde académica para darle la más afectuosa bienvenida y desearle el mayor éxito, así como la máxima ventura personal con los suyos, con mis más afectuosos saludos para usted y su digna e inteligente esposa y colaboradora.



UN TEOREMA CONSTITUCIONAL:
EL PODER EJECUTIVO,
DE MAX WEBER
A CHARLES DE GAULLE

El sillón José Antonio Terry. Es mucho más que un honor: es un verdadero privilegio haber sido elegido para ocupar el sitio que lleva el nombre de uno de los hombres públicos más relevantes que tuvo la República Argentina en la época en que ocupaban el centro de la escena los astros y las luces. Terry había nacido en Brasil, en 1846, durante el exilio de sus padres. La persecución rosista se ensaña con quien previamente se había desempeñado como médico del Gobernador de Buenos Aires y ni el refugio en el Uruguay sirvió de suficiente seguridad para preservar a la familia, que debió alejarse a Bagé, para más tarde radicarse en Europa. Después de Caseros regresan y Terry emprende sus estudios de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, que culminan con una tesis premiada. Se inicia en el periodismo, donde templó su pluma; y, a partir de 1871, desembarca en las lides parlamentarias, en las que desenvuelve su agudeza oratoria, tanto en la Legislatura provincial cuanto en el recinto del Congreso de la Nación. Participó en debates memorables, exponiendo con riqueza de opinión, ya que su sólida formación cultural le permitía

afrontar y enfrentar los más difíciles desafíos. Goethe —el gran poeta— ha dicho en una de sus conocidas sentencias: “en el mundo sobran ecos y faltan voces”; y nosotros podemos sostener que Terry fue una de éstas, en el sentido más exigente de la autenticidad.

En tres oportunidades integró el Gabinete nacional: en 1893 y en 1904 como ministro de Hacienda de los presidentes Luis Sáenz Peña y Manuel Quintana respectivamente; y en 1903 como Canciller de la República durante la segunda presidencia de Roca, sucediendo a Luis María Drago. Su reputada y respetada versación en las cuestiones financieras fue también exhibida en su paso por el directorio del Banco Hipotecario Nacional, la Caja de Conversión y la Inspección de Sociedades Anónimas; con la acumulación de una enorme experiencia que complementó los conocimientos teóricos que venía proyectando desde la Cátedra de Finanzas a partir de la última década del siglo pasado y que testimonió en una fecunda reflexión escrita a través de obras como el *Curso de la materia, La Crisis, Cuestiones Monetarias Argentinas y Organización Bancaria*, entre otras. Nos legó páginas enjundiosas sobre el tan polémico tema de la unificación de la deuda externa; y no menos fuertes y sólidos argumentos en torno a la potestad nacional para establecer impuestos internos al consumo, en famosa polémica con legisladores de la talla de Mantilla y Barroetaveña.

Como casi todos los estadistas de la época Terry alternó el estudio y la acción con la gimnasia intelectual del periodismo doctrinario, dejando huellas en las páginas de “La Unión”, “La Discusión”, “La Prensa” y “La Nación”; y en revistas como “La Biblioteca” y en la consagrada publicación de Estanislao Zeballos: “Revista de Derecho, Historia y Letras”. Al fallecer prematura e imprevistamente, en el año de las celebraciones del centenario de la Revolución de Mayo, se aprestaba a hacerse cargo de la titularidad de nuestra representación diplomática en Santiago de Chile; precisamente en razón de la idoneidad acreditada no sólo por toda su trayectoria, sino también por su actuación específica

en la elaboración de los "Pactos de Mayo", que, a comienzos del siglo, habían jalonado un paso decisivo en la paz con nuestros hermanos trasandinos. Sincero creyente en esa confraternidad, a su autoría correspondió la erección del monumento al Cristo Redentor, verdadero símbolo anticipatorio de una relación de complementariedad e integración que la Historia de este Cono Sur está haciendo ineluctable y perentoriamente necesaria.

Valoración de José Antonio Terry: el juicio del tiempo tiene sus veredictos. Aquellos hombres superaban la dimensión del interés particular y abrazaban resueltamente el mundo de lo público y político, adquiriendo al cabo del esfuerzo la estatura de los estadistas. Todavía no había comenzado la desgraciada pendiente de la delegación gerencial, por la cual y desde hace muchas décadas, la clase dirigente abdicó sus roles en aras del hedonismo, depositando el manejo del bien común en vicariatos con poca calidad y menos cualidades, que sumieron al país en las luchas faccionales y en el brebaje de los apetitos sectoriales. Los resultados quedaron a la vista. Los hombres como Terry tenían prestancia y curriculum; después hemos conocido a los que sólo exhiben su prontuario. Hoy la prestancia se reemplaza por la jactancia; y el señorío se sustituyó por la frivolidad y el "chululismo". Varones como aquéllos quedan pocos: no entregan, hay desabastecimiento. La mística republicana de Terry lo condujo a trabajar para el bien común, que es el bien del pueblo todo, con la cosmovisión de la "cosa pública" entendida como una categoría espiritual superior. El sólido trasfondo ético hacía impensable que en sus actos o en sus intenciones se pudieran confundir el "erario" con el "peculio"; y precisamente por eso, protagonizaron y vivieron una Argentina motorizada por el progreso "indetenible" y en la que ante la faz de la Tierra nuestro crédito era ilimitado, toda vez que el prestigio de la Nación no era cuestión opinable, gracias a la rectitud de sus procedimientos. Huelgan los comentarios, pero permítaseme agregar, a manera de colofón, que cualquier comparación adquiriría los ribetes

surrealistas de un contraste que —en mi concepto— nos abruma y deprime como argentinos. Creo que únicamente a través del rescate de los marcos de nuestra identidad y pertenencia es que alcanzaremos a vislumbrar un reencuentro con la escala axiológica que hemos perdido por las malas artes de la mediocridad, la seducción de la magia y la prostitución de los bufones. Que el paradigma de Terry nos ayude en la tarea pendiente. Será necesario, pues si bien hoy se suele decir que un país subdesarrollado es un país subadministrado (Peter Drucker), también es cierto que durante la crisis de 1890 un contemporáneo —aunque adversario político de Terry— sostenía que, a la larga, no puede haber una buena economía si no hay paralelamente una buena y sana política (Leandro Alem).

Mi predecesor Juan Francisco Linares: Noble como un señor a cabalidad; sencillo como un sabio con sabiduría plena; que lo era en ambos casos. Estábamos ante un jurista con severa formación filosófica. Sabía que para tener una técnica hay que poseer una ciencia. Y entendía que no es dable edificar una política jurídica si no se cuenta previamente con una filosofía constitucional amplia y abarcativa. Munido de esas claves metodológicas había labrado pacientemente los temas más fundamentales del derecho y de la ciencia política, a partir de una formación selecta y decantada donde predominaban la meditación y la reflexión analítica antes que los impulsos o los antojos a que se prestan las riquezas del lenguaje. No se dejó tentar por la improvisación: sus obras son todas ellas aportes creativos, basados en investigaciones jusfilosóficas que no levantan sospechas de audacia tropical ni de temeridades semánticas. Cada uno de sus títulos figura con propiedad en el estricto repertorio de los temas más imprescindibles para el esclarecimiento del Derecho como objeto del conocimiento científico: basta con mencionar, a manera de ejemplo, su estudio sobre el debido proceso y la garantía de la razonabilidad, que marca un hito en la evolución de la materia y que infisiona al Derecho todo, más allá de la separación entre las ramas del

público y del privado. Linares superó *ab initio* los contornos de un especialista, pues siéndolo, abrazaba el territorio inconmensurable que sólo dominan quienes piensan y sólo conocen quienes aceptan las limitaciones del saber humano. Humilde en el trato y en los juicios; ajeno a las jactancias y a la soberbia; supo brindar lo mejor de su bagaje y despertar la curiosidad por llegar al más allá de lo explorado.

Abogado en 1934 y doctor en jurisprudencia diez años después, perteneció a una generación caracterizada por la seriedad de sus actos, la creencia en la libertad creadora y la rectitud insoslayable en los procedimientos. Inició su carrera docente en 1944 y, como se desprende de las propias fechas, recién pudo continuarla después de 1955, en las Facultades de Derecho de Buenos Aires y de La Plata. Al promediar la década siguiente decidió alejarse del ejercicio catedrático para volcarse más intensamente a la labor escrita, para la cual estaba dotado de condiciones difícilmente superables. Sus libros, que se suman a la ya citada obra sobre la Garantía innominada del Debido Proceso, abarcan desde la Cosa Juzgada Administrativa y el Poder Discrecional Administrativo, hasta *Política y Comunidad, Fundamentos del Derecho Administrativo* (1975) y *Derecho Administrativo* (1975), más una constelación de ensayos y artículos, entre los que no puedo omitir la mención del sugestivo y sugerente tema elegido para su incorporación a esta Academia, el 21 de julio de 1967, sobre "El pueblo como constituyente originario". Podríamos hacer catálogo del genuino repertorio de esas publicaciones, como así también de su actuación en las más prestigiosas instituciones profesionales y científicas del país; sin olvidar por cierto su paso por la función pública —más como sacrificio que como tentación— en las Subsecretarías de Interior y de Justicia, en horas difíciles de desafío para la reconstrucción ética de la República. Y qué no decir de su vocacional y desinteresada colaboración en la redacción de importantes cuerpos legales para la arquitectura de nuestro sistema, como el régimen de partidos políticos y la necesaria y siempre postergada re-

glamentación de lo contencioso administrativo. Pero ahora debo y prefiero dar prioridad al acento sobre el hombre, el ser humano excepcional que fue Juan Francisco Linares. Se podría afirmar de él lo que con dos palabras sintetizaba un biógrafo del jurista de Indias, Solórzano y Pereira: que fue un caballero ante todo. Lo conocí después de 1955, cuando brotaban en los jóvenes universitarios grandes ilusiones que desdichadamente pronto se nos esfumaron. Representante —también él— de una Argentina que se fue, nos dejó el legado de vigorosas herramientas conceptuales, muy útiles para la administración de nuestro trabajo intelectual (como, v.gr., su fecunda clasificación de las garantías); y quienes tuvimos la ventura enriquecedora de su diálogo, siempre ponderaremos su riqueza temática, sin vendas ni anteojeras, que le permitía trasladar la palabra, de los terrenos de la especialidad que dominaba, a los refrescantes ámbitos de la historia y del arte. Su afición por la pintura no sólo agrandaba la dimensión cultural, sino que demostraba una vez más que la estética forma parte de la ética o, por lo menos, es el mejor antídoto para las poluciones a que nos somete una civilización cuyo criterio rector parece ser la regla: "*consuma y cállese*".

I. Las figuras evocadas, José Antonio Terry y Juan Francisco Linares, en justiciero homenaje para ambas, nos acercan al mundo de los sonidos y nos apartan —aunque sea por un instante— del tropel de los ruidos. ¡Cuántas veces escuchamos hablar de nuevas y nuevas antinomias! Y nos preguntamos: ¿Eran falsas? Y al cabo del tiempo reasumimos la respuesta: ¡No, pues eran ruidos! Hoy no vamos a presentar más antinomias; tan sólo pretendemos intentar algunas disquisiciones alrededor de una casi paradójica situación que durante este siglo se ha planteado entre dos experiencias constitucionales europeas de instrumentación del Poder Ejecutivo. Me refiero a la influencia decisiva (aunque no decisoria) del pensador alemán Max Weber

sobre los trabajos constituyentes de Hugo Preuss en la Asamblea de Weimar (1919), que corrieron la suerte que el sistema todo allí pergeniado tuvo en su colapso de 1933; y, por otra parte, la concepción de gobierno que expusiera Charles de Gaulle en su clarividente discurso de Bayeux al abandonar por primera vez el poder en 1946, pero que obtuviera consagración final y exitosa en su obra magna: la Constitución de 1958, reformada en 1962 en cuanto a la elección presidencial. Esta doble experiencia, de frustración en el primer caso y de comprobada funcionalidad en el segundo, sirve para demostrar que en la suerte de las instituciones confluyen múltiples factores, pero en definitiva, sólo se comprueba el éxito de un régimen político constitucional cuando en el orden de los comportamientos quedan aseguradas las siguientes condiciones:

- 1) la credibilidad en el sistema de alternativa;
- 2) la confiabilidad de las fuerzas políticas y sus dirigentes;
- 3) la viabilidad de las propuestas;
- 4) la gobernabilidad de la sociedad;
- 5) la funcionalidad de los órganos y de los mecanismos;
- 6) la modernidad como compromiso de reciclaje de la dirigencia; y
- 7) la aptitud de los procedimientos, con la admisión de la posibilidad de su revisión.

Al margen del análisis objetivo de esta cuestión, sobre la cual es más que suficiente el tiempo vivido en ambos casos para extraer datos relevantes e inferir circunstancias que aleccionan, también es posible y permitido el rescate subjetivo y psicológico del personaje cuya vocación republicana y democrática hizo posible en Francia lo que no fue viable más allá del Rhin: me refiero al criterio constitucional de de Gaulle, el meditante de Colombey le Deux Eglises, a quien hasta su enconado opositor, el aún hoy presidente galo, reconoció sin ambages: "hablaba el lenguaje

que lleva a soñar". Y como acertadamente expresa Víctor Márquez Reviriego, ni el mismísimo Max Weber hubiera bosquejado mejor al líder carismático. Yo agregaría: carisma, pero con hondo contenido moral en los ribetes de su personalidad. Una personalidad en la que el diseño institucional para Francia era tan claro y firme aún antes del discurso-despedida de Bayeux, como sólida y precisa era la entereza espiritual y el coraje personal con que aquel día de agosto de 1944 —hace medio siglo— siguió caminando por la calzada sin inmutarse, cuando al salir del Tedeum en Notre Dame las balas que disparaban desde los tejados los últimos nazis intentaban quebrar la alegría de la Liberación. Es que París ya era una epifanía y no una letanía...

Hemos querido sumar esta consideración sin por ello adherir al culto de los héroes como únicos hacedores de la historia, ni prestar conformidad a la tesis de Carlyle; sino con el propósito de subrayar o enfatizar la convicción en torno a que toda concepción del Estado y del poder está fatalmente enmarcada por los contornos éticos de los principales agentes protagónicos que producen el surgimiento, que aceleran el desarrollo o que precipitan la caída o la transformación del régimen en las sucesivas etapas que transita en la historia.

II. *¿El teorema o la paradoja constitucional del poder ejecutivo?*

Parece obvio reiterar que el pensamiento de los grandes hombres no permanece ajeno al espíritu de su época y a las influencias que jalonan su formación política o académica. El caso de Max Weber no parece ser una excepción, si se toma en cuenta que vivió entre 1864 y 1920, en un clima parabólico que comenzó con la instauración del Reich a raíz de la unidad alemana (1870) y concluyó con la desintegración monárquica como consecuencia de la derrota (1918). Grandeza y decadencia en los dos extremos

de ese prolongado íter, en un tiempo histórico que vio y vivió el apogeo de la creencia en el progreso indetenible, para terminar estrellándose en la crisis y recomposición de un sistema político donde el tránsito de la Corona a la República se produjo o deslizó sin que las responsabilidades políticas del fracaso imperial quedaran fehacientemente imputadas frente a una sociedad perpleja y confundida. La república llega a Alemania como trauma del fracaso bélico y sin que en el pasado decimonónico esa forma de gobierno hubiera podido alcanzar el mérito o la gloria de la tan mentada unificación. Una tradición autoritaria y una influencia excesiva del imaginario prusiano de dominación habían amortiguado los beneficios de la era constitucional ya instalada en otras partes de Europa y América; y, precisamente, a falta de la percepción tangible de un Estado de democracia constitucional o del tan garantista reinado inglés del *rule of law*, los juristas germánicos se habían visto precisados a concebir la idea del “Estado de Derecho” como remedo a la ausencia de una supremacía constitucional con el consiguiente control y una amplia separación de los poderes. Pero al menos, la figura del “Estado de Derecho” aseguraba la sujeción de la administración a los presupuestos de la legislación y ponía en manos de un juez independiente la solución de las controversias en las que estuvieran en juego los derechos subjetivos de los particulares. En lo demás, Alemania había continuado en la senda de la división territorial en reinos y principados, con predominio de las formas dieciochescas del despotismo ilustrado, hasta la consolidación operada bajo la figura del Kaiser y mediante la estrategia política de Bismarck.

Ese mundo se resquebraja al término de la Gran Guerra; y con él caduca un orden de valores y creencias que también arrastra en el desmoronamiento al no menos burocrático —aunque cultísimo— Imperio Austro-Húngaro. ¡Qué clima espiritual y material el de esos angustiosos días de 1919! A la humillación de la Conferencia de Versalles, se sumaban para Alemania el descalabro económico y el caos

político y social que daba marco a la compleja situación interna en la que reposaba la legitimidad de la Asamblea de Weimar. La República era un hecho, pero faltaban definir sus perfiles y, para ello, era menester armonizar visiones contrapuestas y hacer confluír intereses que muchas veces no se resignaban ante los datos gravitantes de la realidad. Fracasada la candidatura de Weber a diputado constituyente, éste colabora junto a Hugo Preuss en la elaboración de la Constitución de esa primera república alemana, tratando de superar con la fuerza de su inteligencia todo el fuerte *shock* que para su pensamiento arquitectónico implicaba el clima de desmoronamiento que el pueblo alemán vivía en esos días. El gran desafío consistía en alcanzar, a partir de ese conjunto de elementos negativos, la reconstrucción coherente y sistemática de la unidad del Estado Alemán; y entiéndase bien que esa empresa debía intentarse en medio de un estado de ánimo que comprendía no sólo la debacle alemana sino también la crisis de la germanidad, toda vez que Austria se encontraba en situación parecida y, allí, actuaría el talento jurídico de Hans Kelsen, en la preparación de la Constitución de 1920. Estaban pues ante la necesidad de producir una auténtica ingeniería constitucional, que con los limitados recursos de las normas debía absorber conflictos tan complejos como la resolución de la forma de gobierno, de la forma de estado, del sistema de control, de la representación política y social; y el no menos difícil problema de la estructura del poder ejecutivo y su régimen de gobierno.

¡Hete aquí el gran tema! De repente Alemania ya no es monarquía sino república; su unidad está en disputa; los extremismos pululan entre la utopía de la rebelión espartaquista (F. Liebnect y Rosa Luxemburgo) y el resentimiento no menos subversivo de la derecha ultranacionalista. Triunfa la sensatez y se impone el bloque constitucional, que a partir de allí habrá de asegurar la precaria gobernabilidad, hasta la gran crisis de los años treinta. Pero el gran tema dentro del conjunto de las decisiones a adoptar, es el

de la conformación del Poder Ejecutivo a partir de la desaparición de la figura del Kaiser. ¿Quién habrá de ocupar ese rol, tan simbólico para la fuerza de la unidad alemana? A la vez, cualquiera que fuera la solución, el teorema constitucional se complicaba, con la no menos imperiosa necesidad de mantener y afianzar los equilibrios propios de un régimen estatal que no podía o no debía oscilar entre la anarquía y el despotismo.

En ese estado de la cuestión, Max Weber pergenió la fórmula que combinaba el gobierno de tipo parlamentario con una jefatura de estado de tipo presidencialista, imprimiendo a esta última el rasgo de la elección popular directa por el pueblo alemán entero, según rezaba el art. 41 de la novísima Constitución. Weber creía en la orientación moderada de ese pueblo elector, por lo que abrigaba la fe en un equilibrio entre un ejecutivo surgido de *toda* Alemania, es decir, de un cuerpo electoral centralizado; y la inclusión en el régimen de notas plebiscitarias que como verdaderos injertos de democracia directa en un sistema representativo, operaban inaugurando en forma institucional y permanente lo que la doctrina ha denominado desde entonces como "formas semi-directas de democracia". Así, en ese juego, según Weber, el ejecutivo "socializaba" mientras que el plebiscito "equilibraba". Esa obra de delicada orfebrería depositaba exageradas esperanzas en la fuerza del control y en el poder de la moderación: por algo los constitucionalistas de ese período de entreguerras bautizaron al modelo como el de la "racionalización del poder", consistente en un paciente y costoso tejido mecánico de órganos y procedimientos destinados a regular el juego pendular entre la acumulación y la disolución del poder. Con la mejor intención, que era la misma e invariable del constitucionalismo, procuraron de esa manera preservar los derechos y garantías en un delicadísimo movimiento de ballet entre lo individual y lo social. Aunque todos conocen la historia, corresponde traer a colación que en poco más de una década, se pasó de la danza del ballet a la acrobacia de la fuer-

za, y que la democracia tierna e ingenua fue reemplazada por un feroz totalitarismo que, en su paso arrollador, ni siquiera necesitó apelar al recurso formal de derogar la Constitución de Weimar: ésta se extinguió, o sea que se evaporó, de la misma manera que había sido sustituido el sujeto constituyente que la había animado.

Unas pocas citas de Weber nos ilustrarán al respecto. Pertenecen a dos trabajos de su autoría, titulados *El presidente del Reich* y *La futura forma institucional*, que obran en sus *Escritos Políticos*, tomo II (Folios Ediciones, México, 1982). Son trabajos del año constituyente y, el primero de los nombrados, apareció publicado en un diario de Berlín el mismo día que la Asamblea elegía por primera vez a Friedrich Ebert como presidente de Alemania. Allí, en esas páginas, ese gran politólogo y padre de la sociología moderna que fue Max Weber, confiaba sus expectativas y esperanzas, no en la persona elegida ni en el procedimiento provisorio e indirecto de esa primera nominación, sino en el sistema definitivo que él preconizaba como camino para sustituir subliminalmente el "*führer princip*" que había estado subyacente en la figura legendaria pero anacrónica del Kaiser. Claro está que el principio del "conductor" era entendido por Weber con los imprescindibles aditamentos del *control*; no obstante lo cual ya se encargaría el apocalíptico Carl Schmitt, en la década siguiente, de reclamar una unidad en la jefatura de conducción que licuara por completo a las barreras de contención. Pero esa es la historia, o el capítulo de la historia, del ocaso de Weimar. La diferencia importante consiste en que mientras para Weber el poder de conducción estaba acompañado del control, para Schmitt aquel poder se proyecta luego *de legibus solutus*, es decir, suelto de las ataduras del control.

Veamos el razonamiento de Weber: afirma que es ineluctable la creación de un vértice estatal que será dirigido indudablemente por la voluntad de *todo* el pueblo, sin la intervención de mediadores (p. 303); y sostiene que negarlo sería incurrir en una irrisión "en interés de las mezquinas

especulaciones de los parlamentarios", ya que sólo un presidente del Reich apoyado por millones de votos puede disponer de la autoridad necesaria, frente a toda la mísera impotencia (sic) que pesa sobre el presidente francés. Weber apela al argumento de asegurar la "coherencia de la administración", sin la cual será imposible la reconstrucción de la economía en la postguerra. No vacila en referirse a la dictadura de las masas y al dictador como hombre de confianza elegido por las propias masas, las que de esa forma y con ese rol protagónico habrían de producir en consecuencia la reorganización de los partidos y una nueva selección de los líderes. El planteo weberiano de ese momento es claramente maniqueísta: el mal está en el parlamento, donde la proporcionalidad ha reunido —según él— a hombres mezquinos y mediocres, produciendo un crecimiento excesivo y unilateral de las tendencias particularistas, lo que haría más necesario aún establecer una institución —la presidencial— que represente el principio de la *unidad* del Reich. Teme tanto a los parlamentarios cuanto a la acción de los extremismos y, no menos, al peligro localista que él focaliza en los "vértices estatales", comenzando por el prusiano; y, ante la crisis que provocaría el accionar conjunto de todos esos factores, Weber preconiza el derecho del pueblo a la elección directa del jefe, derecho al que destaca —nada más ni nada menos— que como "la carta magna de la democracia" (pp. 303 y 307). La necesidad de que el presidente tenga un terreno propio bajo sus pies se proyecta en la *jefatura* del poder ejecutivo, asegura el aparato de *control* administrativo y se complementa —en la idea de Weber— con el derecho a un eventual *veto* suspensivo y el poder de *disolver* el parlamento, además de estar autorizado a convocar a *plebiscito*: toda esta sumatoria configuraba "el baluarte de la auténtica democracia". Claro está que la ausencia real de acertados y aceitados resortes de control condujo a que el régimen así calibrado degenerara luego de una descomposición anárquica y paralizante, en la monstruosa máquina del Tercer Reich; pero eso ya no pudo ser visto por Max

Weber, aunque sí fue padecido por el pueblo alemán, el mismo que había volcado todo su entusiasmo por el *führer princip*... ¡Son ironías del destino!

Pero digamos algunas palabras sobre la concepción plebiscitaria de este politólogo alemán. El tema estaba pensado como una compensación frente a las tendencias del parlamentarismo y del federalismo. La confianza del pueblo como factor decisivo, requería sin embargo de la instancia complementaria del control; ya que no bastaba con la organización partidaria rígidamente burocrática, ni con el poder parlamentario de investigación, ni con el igualmente importante atributo de participar en la elaboración del presupuesto. Era necesario un período presidencial largo (Weber propuso siete años) para que por encima de los intereses de los partidos se erigiera una "personalidad unívocamente responsable" (p. 281) y no alguien que se limitara a controles meramente formales. Y acá acude otra vez a la mención peyorativa del status del presidente de la república francesa, en evidente referencia al régimen de la Tercera República. Véase pues la confusión de Weber: para él, control equivalía a poder presidencial fuerte y popular; no al parlamento ni a la acción vigilante de las minorías, por las que no siente mayor simpatía (p. 281). Y más aún, critica a la representación proporcional, a la que observa como la herramienta de los compromisos y el reparto propios de los regímenes de coaliciones, que pueden ser una solución absolutamente pacífica en tiempos normales, pero que no por eso dejarían de ser —y son sus palabras textuales— la "contrapartida radical de toda dictadura" (p. 283). ¡A confesión de parte, relevo de prueba! Weber reconoce acá sus reticencias con la democracia representativa (a la que, por otra parte, pocas veces menciona) y su confianza en la apelación directa, ya sea a través de la elección presidencial o bien sea mediante la práctica del referendun. Culmina su propuesta, entonces, con la fe puesta en el "poder conservador" de la consulta popular, que se combinaría con el "poder progresivo" del gobierno fuerte de origen electivo directo; y

ambos poderes (el conservador y el progresivo) harían decaer el poder del parlamento y de los mediadores políticos, llevándolo a preconizar, en última instancia, un sistema basado en un trípode formado por la coexistencia de un solo presidente electo mediante el sistema plebiscitario con una Cámara de los Estados y un referendun a utilizar en tres supuestos: la modificación de la Constitución por iniciativa del presidente, en caso de conflicto entre los órganos supremos del poder del Reich, y para propuestas de leyes presentadas por un quinto del cuerpo electoral (pp. 284 y 285). Weber no ocultaba sus preferencias: con estos instrumentos, apuntaba a desmontar la maquinaria política preexistente; así el parlamento no sería ya la sede para la elección de los jefes y, de seguido, la importancia de los parlamentarios “de profesión” sería en virtud de ello muy escasa. Si añadimos a todo esto que Weber auspiciaba en materia de forma de estado “una solución lo más unitaria posible” (p. 285), podemos concluir que su influencia doctrinaria sobre la Constitución de Weimar no arrojó luz, precisamente, sobre las partes más progresistas de ese texto, sino que más bien sembró en él la semilla de los conflictos y contradicciones que condujeron a la postre al aniquilamiento de la democracia representativa en Alemania, en dos etapas: la de la apelación a los poderes extraordinarios puestos en la cabeza del presidente del Reich, primero; y a los caricaturescos plebiscitos convocados por Adolfo Hitler, después. Aquélla, signada por el derecho emergencial (que tantos epónimos tiene en estas latitudes criollas) y, ésta, caracterizada por el arrasamiento de las últimas barreras al despotismo que, una vez desbarrancadas, ni los jueces pudieron enervar a los efectos de la salvaguarda de las libertades más esenciales del hombre. ¡Triste historia, del drama a la tragedia, la de aquella Alemania enferma e irracional, que no tuvo acierto en el hallazgo, ni de los hombres ni de los procedimientos!

III. ¿Dónde estaba la falla? ¿Cuál fue el error de apreciación? Hay problemas que hacen derramar mucha tinta

para alcanzar su solución. En este caso demasiada sangre corrió a causa de la equivocación. Pero no fue una equívoca visión impersonal; peor aún, se trató de un extravío generalizado, que costó mucho poder reparar. Lo que no vio Max Weber ni vieron los constituyentes de Weimar, fue la fatal conclusión que provocaría la apelación constante (que se incrementó a medida que avanzaba la segunda mitad de la década del veinte) al resorte de los poderes presidenciales de emergencia, invocación mediante de los supuestos de necesidad y urgencia: el abuso de la legislación a través de decretos produjo la paulatina y fatal *disolución de la responsabilidad* gubernamental. Un recurrente acudimiento a las normas de "crisis" anuló el sistema de responsabilidades políticas y vació de todo contenido a los resortes del control parlamentario. De nada valía cambiar un gobierno por otro o elegir un nuevo parlamento cada vez más frecuentemente, si en definitiva la única "responsabilidad" era la del presidente del Reich como consecuencia y resultado del poder legislativo que asumía al margen del parlamento (Art. 48 de la Constitución de 1919, sobre "estado de necesidad").

Primera reflexión: el sistema weberiano, cuya influencia en la Constitución de Weimar parece inocultable, no respetó la regla de oro que está implícita y subyacente en todos los regímenes que responden genuinamente a la inspiración de la democracia constitucional; esto es: que a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento correlativo de los controles independientes, un mejoramiento de las garantías de los derechos y un acentuamiento de las responsabilidades políticas y gubernamentales. Con palabras más simples: a mayor poder corresponde más control, mejores garantías y superiores responsabilidades. Y esta regla vale para todo sistema de ordenación de órganos: tanto para el presidencialismo, como para el parlamentarismo, cuanto para los regímenes de contextura mixta. Es la clave de bóveda de la democracia moderna, ya que la equivalencia entre el crecimiento del poder y los frenos y con-

trapesos del control y del garantismo, suponen un reajuste constante de los dispositivos constitucionales a fin de corregir o rectificar las falencias y las insuficiencias que se pudieran detectar en el funcionamiento concreto y viviente de las instituciones previstas en la Ley Suprema de cada nación. No hacerlo en su momento lleva a crear disfuncionalidades que al cabo del tiempo y cuando la crisis se agudiza, se transforman en situaciones de anomia que desembocan en frustraciones y resentimientos colectivos. Como siempre, la víctima primera habrá de ser el sistema en sí y, por reflejo, el pueblo todo. La mayor conquista del constitucionalismo reposa en el intento de subsumir los institutos de la crisis dentro de los marcos y topes de la superlegalidad constitucional, no dejando escapar o fugar actos de discrecionalidad arbitraria o irrazonable que cercenen la intangibilidad sustancial de los derechos y de las garantías. Para ello, la organización del poder no debe ser sustituida ni menoscabada con el argumento (muchas veces simple pretexto) de la gravedad de la crisis. El caso de Weber es aleccionador, pues de tanto reclamar, él y los líderes siguientes, una suerte de *unidad* absoluta del Estado a través de la concentración de poder en el vértice o cúpula presidencial, terminaron al cabo de la Segunda Guerra Mundial en los escombros del Reich y, por varias décadas, en la mismísima división del Estado alemán por decisión (y, yo diría, por precaución) de las naciones democráticas vencedoras.

Segunda reflexión: también fue débil en aquella primera república alemana su sistema de partidos políticos. La falta de consistencia de algunos de ellos, la progresiva burocratización de otros y la llana claudicación del resto ante la avasallante arremetida del dictador, bastaron para despojar a esa débil república de los antidotos y anticuerpos necesarios para neutralizar las tentaciones autoritarias en los difíciles tiempos de crisis. Primero con la gran inflación y luego con la gran depresión del 29 en adelante, el terreno fue propicio para la instalación de la aventura demagógica y totalitaria. Los partidos no pudieron o no supieron hacer

funcionar los mecanismos de responsabilidad, ni abrieron las instancias de la alternancia. El llamado "bloqueo de Weimar" se fue pulverizando, hasta arribar al acto final del presidente del Reich que optó por convocar a Hitler al gobierno —no obstante carecer su partido de mayoría propia— en vez de encabezar la defensa de la República. El problema no radicaba tanto en las formas o en las figuras de la Constitución, cuanto en las debilidades de una sociedad cuya cultura y práctica democráticas no estaban preparadas para resistir las embestidas de grupos de acción y de pensamiento que renegaban abiertamente del propio sistema democrático y constitucional. El mismo Weber siempre había afirmado que la educación política del pueblo alemán era muy débil¹.

La dimensión de la crisis no legitimaba la demolición del sistema. La misma crisis de 1929 había afectado fuertemente a los Estados Unidos de América y no por ello se la afrontó y superó saliendo del cauce constitucional. Los partidos políticos norteamericanos estuvieron a la altura de las circunstancias; y un líder como Franklin Delano Roosevelt supo idear el mito-programa del "New Deal", que se llevó adelante —es cierto que con una novísima interpretación constitucional— pero sin menoscabar la separación de poderes ni soslayar el *bill of rights* de la Constitución Federal. Más aún, ese mismo país entró en la guerra mundial sin suspender la vigencia de la Constitución y apoyándose solamente en las hipótesis extremas en los poderes de excepción que acordaba y vigilaba el Congreso, con el ulterior control a cargo de la Suprema Corte como instancia final de protección para todos los americanos. No creo que la cuestión pase por opinables criterios de medición del carisma de Roosevelt frente al prestigio de Hindenburg o la respetabilidad del presidente Friedrich Ebert; por el contrario, el meridiano se ubica en el espacio de la formación cultural de sociedades diversas, cuya capacidad de acción y de reacción frente

¹ Conf. J. PETER MAYER, *Max Weber y la política alemana*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pp. 124 y 158.

al peligro global se traducen de maneras distintas: en unos casos, entregándose ciegamente a la pasión irracional; en el otro supuesto, buscando reservas en las bondades del propio sistema y empleando los recursos de una cultura basada en inveteradas prácticas de auto-gobierno, de ejercicio libre de los derechos, de asociacionismo voluntario, de hondas convicciones religiosas y morales basadas en el a priori de la eminente dignidad de la persona humana, y en el arraigado respeto de las reglas del juego a través del *fair play*.

Otro tanto podría decirse de la capacidad constitucional para superar las crisis que exhibió el régimen francés de la Cuarta y Quinta República. La feroz encrucijada de la rebelión argelina y la revuelta nihilista de 1968 no provocaron abusos ni deformaciones del poder, más allá de una prudente aplicación de las facultades de excepción, pero sin que ello se prolongara en el tiempo ni se acentuara en su hondura, de modo tal que nunca la anormalidad se transformó en normalidad, ni lo extraordinario se convirtió en permanente. El título del apresurado alegato del entonces dirigente opositor François Mitterrand, que aludía a un supuesto estado de sitio perenne, no pasó de eso, es decir, de un título; pero jamás se convirtió en un best-seller y pronto cayó en el olvido. La solidez de la democracia francesa, institucionalizada a partir de 1870 y con el solo paréntesis del triste período 1940-1944, permitió asentar una cultura de participación y de límites, que dio complemento feliz a los viejos principios de 1789, entendidos por el pueblo francés en una asimilación espiritual de la Constitución como "Lev de garantías", de la misma manera que los anglosajones visualizan a la Ley Suprema como un "instrumento de gobierno".

Pero regresemos a Alemania. Salvo los argentinos, que constituimos uno de los raros casos de pertinacia en la reiteración de los errores (pues podemos tropezar hasta diez veces con el mismo obstáculo y no concedernos una rectificación...), la mayoría de los pueblos asimilan las experiencias, por ende, corrigen lo que hay que corregir, practi-

cando la autocrítica y una sana superación del pasado. La segunda República alemana, a partir de la Ley Fundamental de Bonn, rectificó los principales defectos de la Constitución de Weimar y, a la vez, se preocupó por la formación y preservación de pocos y vigorosos partidos políticos democráticos. A cada error comprobado en la vigencia de Weimar, ofreció una nueva alternativa institucional: si la jefatura de Estado quedó incontrolada en Weimar, se acentuaron las responsabilidades y se aminoraron las atribuciones en el modelo de Bonn; si el federalismo estuvo atenuado allá, se lo fortaleció con la autonomía de los *lander* acá; si la estabilidad del gobierno era precaria en el primero, se la apuntaló con el ingenioso expediente del "voto de censura constructivo" en el segundo; si el sistema electoral fue exageradamente fraccionador en los mecanismos de 1919, se lo compensó razonablemente en 1949, combinando los principios de mayoría y de proporcionalidad; si el control de constitucionalidad pareció meramente eufemístico en la vieja República, se lo reemplazó por una sólida Corte o Tribunal Constitucional que ejerciera el monopolio de la verificación de la legalidad suprema en la nueva República; y, por supuesto, grandes recaudos frente a la concentración de poderes, aún en los supuestos de emergencias, tomando así distancia de la dolorosa "dictadura constitucional" que había preconizado Carl Schmitt. De mis palabras es fácil derivar una conclusión: que Bonn también rectificó a Max Weber. Y no es exagerado sostenerlo así.

IV. Hace algunos años, al cumplirse el centenario de su nacimiento, dediqué algunas páginas al pensamiento constitucional de Charles de Gaulle, como parte de los homenajes patrocinados por la Embajada de Francia ("Jurisprudencia Argentina", 8 de julio de 1992). En esa oportunidad buceé en los antecedentes de la Constitución de 1958, subrayando la filiación histórica y genuina de sus fuentes, puesto que en la redacción del texto por Michel Debré y bajo la guía del general-estadista, no se había hecho otra

cosa que recoger las duras enseñanzas de una experiencia política y constitucional que arrancaba a partir de la primera post-guerra y que llegaba al *climax* de una exasperante frustración con el derrumbe de la Tercera República, en junio de 1940, en medio de la impotencia militar y de la desolación institucional. De Gaulle sintetizó todas las necesidades de cambio en la estructura de los órganos fundamentales de la República, en su discurso-despedida de Bayeux (1946) al exteriorizar el mal humor que le causaba a su juicio, el diseño triunfante en ese momento para las instituciones de la Cuarta República naciente que, según creía, no difería mayormente del modelo fracasado de la anterior. No fue escuchado en esa ocasión; pero doce años más tarde una crisis terminal abrió el camino de su retorno con la fuerza moral que le daban las verdades proclamadas y —bueno es decirlo— con la legitimidad de una convocatoria que fue acompañada por todos con el acatamiento a las reglas de la legalidad vigente, pero que venía para reformarla. La nueva Constitución no rompió con el pasado espiritual: adoptó por sí y ante sí la gloriosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y remitió en el nuevo Preámbulo a los derechos y garantías sociales que había recogido el texto de 1946. No hubo lenguaje tropical ni concesiones al romanticismo constitucional, pues con eso bastaba para profundizar esa vertiente del constitucionalismo que ya era considerada un capítulo irreversible en la evolución de la humanidad; pero de allí en más, la organización del poder sufrió una profunda transformación que alejó al sistema de los horizontes del asambleísmo —entendido éste como la patología del parlamentarismo— para inclinarse en dirección al modelo de un semipresidencialismo equilibrado, en que el apoyo en la decisión popular mayoritaria no quedara desconectado de una eficiente malla protectora de controles y de responsabilidades. Si bien es cierto que la enmienda de 1962 fortaleció el presidencialismo de base electoral popular que marcharía paralelo con una representación parlamentaria del mismo carácter, también

es verdad que la distribución de facultades dentro del propio poder ejecutivo y entre éste y los demás poderes, evitó cuidadosamente todo atisbo de desborde, dejando abierto el recurso contra cualquier exorbitancia por ante el Consejo Constitucional, donde por primera vez la minoría parlamentaria —es decir la oposición— quedó más tarde (reforma al Art. 61, del 29 de octubre de 1974) investida de la potestad de incoar el ejercicio del control de constitucionalidad; control que bueno es decirlo, había sido casi inexistente en las dos repúblicas previas (la Tercera y la Cuarta).

La radiografía del esqueleto constitucional "gaullista" es ampliamente conocida. Son las instituciones vigentes de Francia, con treinta y seis años de aplicación, presidentes de varios colores políticos y jefaturas de gobierno que varias veces han cohabitado con jefes de Estado de signo opuesto. El sistema ha sido sometido a prueba en más de una crisis, soportando los embates internos y externos, sin que sus cimientos se conmovieran ni sus piezas fundamentales se resquebrajaran. Más aún, a las críticas inevitables en esos casos de controversia, siguió el reconocimiento a la firmeza de las instituciones, no cuajando en ningún caso las propuestas aisladas de cambio y prosperando tan sólo los pequeños retoques que la experiencia y el consenso viabilizaban en el Parlamento. La propuesta de reforma mayor, que curiosamente emanó del propio de Gaulle en 1969, no mereció la aprobación electoral y, de inmediato, el General —respetuoso de la palabra empeñada— se alejó del poder, exhibiendo una sensibilidad republicana que estaba muy por encima de los vahos seductores del cargo desempeñado. Tampoco las consultas plebiscitarias habían deformado la matriz representativa de este régimen tan original, que en las tipologías era frecuentemente situado a mitad del camino entre el presidencialismo norteamericano y el parlamentarismo europeo clásico. Y si la apelación al pueblo no lo distorsionó, tampoco sufrió ese efecto como consecuencia de la bicefalía ejecutiva, aún en las duras pruebas resultantes de la cambiante inclinación del pueblo expresada en sucesivas

elecciones de parlamentarios. Ni qué decir del no desmedido reinado de las libertades públicas, al que algunos veían peligrar con base en los poderes acordados por el Art. 16 de la Constitución; y que si bien fueron asumidos esporádicamente y ante grave crisis, no escaparon a los rigurosos controles de legitimidad, legalidad y desviación del poder. Una simple lectura de los textos basta para extraer las diferencias entre el régimen de este artículo y el ya citado art. 48 de la Constitución de Weimar, no obstante la confusión en que incurren algunos autores.

A esta altura, brota un interrogante: ¿por qué en Francia sí y en la Alemania weimariana no? Una respuesta simplista consistiría en afirmar que el Ejecutivo concebido por Max Weber fracasó en Weimar y que por ello se lo abandonó en el diseño institucional de Bonn; no obstante lo cual lo recoge Francia —*mutatis mutandi*— en su Constitución de 1958, país que hasta ese entonces se había mantenido fiel a través de dos repúblicas al modelo parlamentarista tan despreciado por el mismo Weber. Pero esa respuesta sería una simplificación, más aún: una explicación reduccionista. Las diferencias entre ambas naciones eran mayúsculas, empezando por sus respectivas tradiciones constitucionales. Y siguiendo por la raíz espiritual en que se asientan las cosmovisiones de sus pueblos: como agudamente señala don Salvador de Madariaga, una filosofía que en Inglaterra se resume en la praxis de la libertad, empíricamente considerada, y en Francia es la esencia humana de esa misma libertad; en cambio, para la cultura alemana, el problema se remite al otro polo, es decir, a la noción misma del poder.

Malgré estas especulaciones abstractas, queda pendiente otra explicación, más comprobable en términos de apreciación institucional, que enfoca la diversidad de resultados en la diferencia de los modelos: así, el retrato de la República francesa es bien distinto y distante del propio de la malograda República de Weimar; y, ello, en primerísimo lugar, por cuanto la distribución del poder siguió lineamientos que en el caso francés buscaron el equilibrio de los órganos

y, en especial, la *independencia* en todos los casos del controlante respecto del controlado. Sabido es que la imagen de *checks and balances*, oriunda de la Constitución de Filadelfia, no fue ajena al pensamiento del revisionismo constitucional, por lo menos desde la tercera década del presente siglo; ya que a pesar del fuerte nacionalismo o amor propio que profesaban los estadistas galos (de Gaulle incluido...) no pudieron sustraerse a la imagen exitosa que provenía de la prolongada y nunca interrumpida lección práctica de gobierno constitucional y estable que se irradiaba allende el Atlántico. Todo esto gravitó en el bosquejo definitivo; y allí reside la fecunda ventaja del método comparativo, que permite aplicar inductivamente las comprobaciones que en las ciencias experimentales se obtienen a través de los ensayos. Francia aprovechó los paradigmas surgidos a partir de la independencia y organización constitucional de las ex colonias británicas, al propio tiempo que se cuidó de no repetir las graves falencias del fracasado modelo alemán de Weimar (sobre todo de sus insuperables contradicciones y bloqueos) ni reproducir los déficits expuestos a lo largo del período vernáculo comprendido entre 1870 y 1958.

Queda sin resolver otro interrogante, que actúa como una más de las tantas cuadraturas del círculo que aparecen, cual desafío a la lógica, en el escabroso terreno de las vicisitudes que ofrece la vida constitucional de los pueblos. El tema es: ¿Cómo edificar y consolidar la democracia pluralista con un Estado constitucional de Derecho, *en y con* sociedades que son débilmente democráticas en su contextura cultural? Es una faceta de la vieja disyuntiva: república sin republicanos, democracia sin demócratas, participación sin partícipes, control sin "animus" controlante, parlamentos sin verdaderos parlamentarios, justicia sin magistrados fuera de toda sospecha, administración sin reales administradores, . . . y así sucesivamente. La respuesta no la pueden brindar las fórmulas mágicas ni los meros enunciados normativos. Lo hemos dicho en otro lugar y lo reafirmamos acá: se trata de un problema *cultural*, cuya solución no se

arranca a tal o cual gobernante ni depende de uno u otro partido político. Está radicado en la sociedad toda y, como el movimiento, se hace moviéndose; o sea, que depende de la toma de conciencia y de la decisión consiguiente, ya que diagnósticos sobran pero lo que falta es un monumental y perseverante esfuerzo de conjunto en redor del esclarecimiento de los valores que están en juego.

V. Deseo concluir estas magras reflexiones, retomando la obsesión que las presidió en sus primeros párrafos; esto es, el punto atinente a la importancia que el orden de las conductas tiene en el desenvolvimiento de los procesos políticos. El decaimiento moral conlleva a las situaciones de anomia, las que por la hondura de la crisis no se corrigen después tan fácilmente como pudo ser llegar al abismo por la barranca de su caída. La experiencia comparada ilustra al respecto: sólo con la re-creación de la ética se produce la re-generación de la sociedad y, por ende, la re-construcción de las instituciones. Al cabo del fascismo y de la guerra, Guido De Ruggiero clamaba por una vuelta a la razón. Con diferente lenguaje, Max Scheller había abogado por el imperativo de una rehabilitación de la virtud; y, con una perspectiva verdaderamente original por tratarse de un agnóstico, Benedetto Croce imploró un retorno a la santidad. Todos querían lo mismo, aunque partieran de diversas concepciones: apuntaban a lo que Albert Camus ubicaba en la ética como sustento de la democracia.

El problema está instalado en el panorama incierto del fin de siglo que se avecina. Más incierto que pronóstico meteorológico criollo (sic). La decadencia de los liderazgos políticos en Europa y en nuestro continente se presta a una re-escritura de correlatos contemporáneos de las "vidas paralelas" de Plutarco. Y el reclamo vuelve a ser el mismo. Desde la Revolución de Mayo en adelante. Desde los escritos del Deán Funes y desde los pensamientos y resoluciones de Mariano Moreno, que en conjunto —ambos— fueron para nuestra nacionalidad algo semejante a lo que fue en

el terreno de las ideas el abate Sieyés para los franceses. Si concordamos con la doctrina alemana, en que los problemas constitucionales —ya sean de sanción o de reforma— no son sólo de *decisión* sino también de *situación*, tenemos pues que compartir el convencimiento de que esa “situación” hace que hoy sea difícil consolidar un sistema que se reduce a un modelo, cuando éste es apenas la reproducción del imaginario de quienes en la soledad de sus caprichos o de sus frustraciones —según los casos— tan sólo procuran que el poder sea el único medio para ensanchar el espacio del propio poder, que es lo mismo que sostener el poder por el poder mismo.

No tengo respuestas para esta reiterada cuadratura del círculo. El camino de salida —de haberlo— quedará despejado cuando el agotamiento del modelo de repartos de poder genere en la sociedad la requisitoria del bien común frente a las fauces insaciables de una dirigencia que aparece ante los ojos de sus mandantes como erigida en un fin en sí misma, y en una suerte de visión autista de su función y de su destino. No hay conjunto de normas que alcancen para revertir una tendencia, si no media el acompañamiento de la conciencia social para superar hábitos, cambiar costumbres y elaborar prácticas que hagan gestar el surgimiento de un modelo mejor, más asequible a las necesidades de un pueblo que aspire a superar las limitaciones culturales de los derviches y los sarracenos. Un modelo mejor es algo más que los símbolos del poder: es la construcción superior del edificio inacabado que anuncia el Preámbulo de nuestra Constitución Histórica (1853-1860), enderezando un proceso que al cabo de tantas desviaciones y tergiversaciones sólo exhibe por delante algo tan inquietante como un gigantesco signo de interrogación. Las instituciones pergeñadas por los franceses en 1958 no fueron un traje a medida para quien había regresado al gobierno por consenso de la gran mayoría de los partidos: el decurso ulterior demostró el acierto de lo que fue mucho más que un modelo de conveniencia, al punto de regir hasta hoy como las reglas de un sistema que

no tuvieron necesidad de cambiar ninguno de los sucesores. Ni George Pompidou, ni Valery Giscard d'Estaigne, ni François Mitterrand, cada uno con su estilo y hasta con doctrinas alejadas entre sí, no tuvieron que apelar a la maniática obsesión de las reformas *pro domo sua*. Acaso pasó la tentación por la mente de alguno de ellos, pero la clave de la preservación estaba muy enraizada en el juego de aquellos actores: todos sabían —gobierno y oposición— que el requisito de la legitimidad ética de los cambios se asienta en algo superior al descarnado interés personal de quienes la sociedad visualiza como los buscadores de un tesoro: el de la perpetuación en sus roles.

VI. Comencé esta exposición ensayando en torno a las antinomias. Lo dije al pasar, pero estuvo presente en el transcurso del argumento. Ahora cabe rematar con la más famosa de ellas, con las que se ensañaron las disputas de escuelas: un Estado sin Derecho o un Derecho sin Estado. Parece un juego de palabras pero no lo es. Y si llevan la opción a los límites de un acto de fe, debo manifestar que colocado entre la espada y la pared, la elección es por un Derecho sin Estado; pues mientras su contrario —un Estado sin Derecho— significaría lisa y llanamente la hegemonía del poder por el poder mismo, sin ataduras de ninguna especie; en cambio, el Derecho sin Estado podría amparar —aunque sea por vía de hipótesis— la existencia de reglas de vida cuya vigencia estaría pendiente del albergue que le brindaran los cánones éticos que hace suyos la sociedad, al margen del aparato coactivo en que se apoya la sanción. No pretendo avanzar en esta discusión, que antes que teórica parece de ciencia-ficción, pero me basta con recordar que de los abismos escatológicos se emerge gracias al impulso social de las fuerzas morales, mientras que de la asfixia represiva de un Estado policíaco al estilo de Fouché sólo se alcanza la evasión por la fuerza del heroísmo, que casi siempre es individual y pocas veces es un fenómeno colectivo.

A manera de despedida, reinstalo el interrogante inicial: ¿una paradoja, un sofisma, o un teorema? El poder

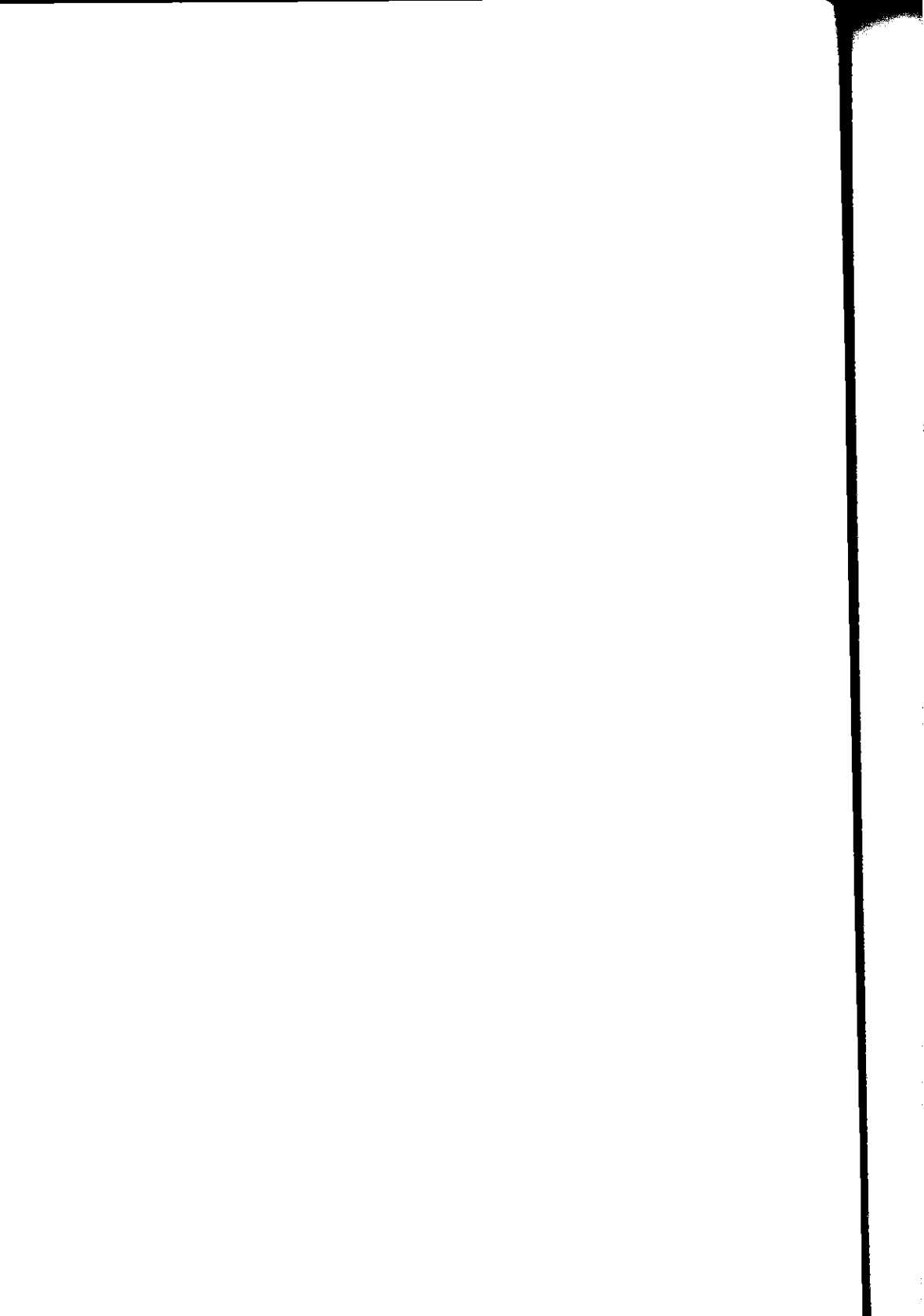
Ejecutivo, de Max Weber a Charles de Gaulle, como una lección de historia y del derecho comparado: ¿qué es?

La paradoja consiste en una aserción o afirmación inverosímil o absurda, pero que tiene apariencias de verdadera: no es el caso que tratamos hoy. Por su parte, el sofisma es la razón aparente con que se pretende defender o explicar lo que es falso: tampoco nos hemos distraído en esas disquisiciones. Queda pues en pie un verdadero teorema, proveniente del griego *theore*, que quiere decir examinar: un teorema consiste en una proposición que sostiene una verdad demostrable; y eso es, precisamente, lo que hemos efectuado con el tema elegido². Con los datos de la realidad, hemos intentado poner sobre el tapete las limitaciones del genio creador de los grandes pensadores cuando se convierten en fórmulas del alambique constitucional; hemos acudido a las lecciones de la experiencia comparativa entre Weimar, la Tercera República francesa, Bonn y la Quinta República gala; pero sobre todo y ante todo, hemos reciclado la vigencia sempiterna de aquella regla de oro que brota de la sabiduría de la ciencia política y constitucional: sólo se mantiene en pie el sistema si se guarda el equilibrio: por lo que si crece el poder, se impone aumentar el control, energizar las garantías de toda especie y no permitir que se atrofien las delicadas cuerdas que efectivizan las responsabilidades públicas. Antes que la creación de nuevos y complejos órganos, la República aguarda con impaciencia el saneamiento de sus probadas instituciones. ¿Se producirá el milagro argentino? Dejo en pie el interrogante; y, en todo caso —parafraseando a un afamado escritor americano— corresponde la respuesta “a otras voces, a otros ámbitos. . .”.

² Como señala el Diccionario de la Real Academia Española, el teorema es una proposición demostrable lógicamente partiendo de axiomas o de otros teoremas ya demostrados, mediante reglas de inferencia aceptadas.

ESPAÑA Y LAS LEYES INDIANAS

*Disertación pronunciada por el académico correspondiente
Dr. Francisco Urriburu Michel, en la Academia Nacional
de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión
pública del 28 de abril de 1994*



Abordo un tema complejo: el del sentido compasivo de la legislación española en los siglos XVI a XVIII, violada por el comportamiento cruel de los conquistadores y colonizadores en América.

1. Los 500 años de Colón han dado pábulo a vendavales y aspavientos de residuos marxistas, a cenizas de odios religiosos y a ocultos chocarreos anti-occidentales y particularmente a irrisorias fobias anti-ibéricas. En gran parte por la leyenda negra contra España aventada por propias competencias y envidias europeas y también, sin duda, por angurrias y excesos de los conquistadores.

Un repaso a las leyes indianas a más de absolver a la Monarquía española exhibe una legislación de avanzada.

El Dr. Ernesto Rabi Baldi, de genealogía jujeña y ancestros salteños, ha publicado no hace mucho un trabajo de alta valía por su prolijidad investigativa, donde aporta antecedentes de la vieja legislación española, irrefragables para enaltecer la cultura de los Reyes de España ("El Derecho", 19-XI-1992).

2. A escasos años de ocurrido el descubrimiento, ya en 1512, se dan las Ordenanzas de Burgos para el buen tratamiento de los indios, conforme al asesoramiento de una Junta de Teólogos al Rey Fernando II de Aragón. Ya entonces la avidez de algunos conquistadores acusaba la abominable práctica de sojuzgar a los aborígenes, contra lo

cual se rebela el dominico Montecinos en 1511 en la propia América.

Muy temprano los Reyes imponen normas de cristianización, convivencia y refrenamiento a los primeros conquistadores, y a 20 años de llegados éstos se reglamentan tanto condiciones de trabajo y descanso laboral, como de vivienda. Cuando Europa pugnaba por acabar con los restos del feudalismo, para Las Indias se legislaba ya, por ejemplo, sobre el bien de familia inembargable, lo que a nuestro derecho argentino llega recién 450 años después.

El laboreo de las minas da preocupación a las leyes españolas, las cuales no sólo prohíben el arrendamiento de indígenas, sino que dan normas para el descanso, a extremos de que implantaban cada cinco meses de trabajo cuarenta días de tregua, en cuyas holganzas los nativos debían cuidar sus cultivos y sus casas.

El trabajo de las mujeres recibe limitaciones, aún hoy no vigentes, tanto más estrictas cuando estuviesen embarazadas y en la crianza de sus hijos.

Las Ordenanzas de Valladolid de 1513 exigían mayor protección a las mujeres casadas y jovencitas. Eran estrictas en el cuidado de la mujer embarazada a la que después de cuatro meses no podía hacérsela trabajar en las minas "ni hacer montones".

Las Leyes de Burgos eran también esmeradas en resguardo de la mujer a quien no se permitía trabajar en estancias y cuando eran casadas no podían servir en casas de españoles, si sus maridos no trabajaban en la misma casa. En cuanto a las solteras tampoco podían hacerlo sin autorización del padre o la madre y con obligación de abonárseles sueldo, más la comida y los vestidos.

Las leyes reglaban la comida y alimentación de los nativos, inclusive la entrega a cada familia de 12 gallinas y un gallo, hamacas para que no duerman en el suelo, paralelamente se prohibía dar azotes y palos a los indios, ni llamarlos perro, ni otro nombre que el suyo.

3. Las leyes nuevas de 1542 continúan eslabonando disposiciones de amparo a los naturales, como razonable respuesta a las catilinas de Fray Bartolomé de las Casas, especialmente en represión a los excesos de los encomendados cuyo trato a los infieles era abusivo y muchas veces cruel, lo que llevara a la Monarquía a restringir los excesos en protección de la salud, de la vida y conservación de los indios, previniendo su cuidado con la imposición de graves castigos a los colonizadores, y ante la denuncia de muerte de indios y negros se prevenía reprimir con pena de muerte, a tal grado que ordenaba cesar la pesquería porque la conservación de sus "vidas, estimamos en mucho más que lo que nos puede venir de las perlas".

La preocupación de la Monarquía española por asilar y proteger a los oriundos de estas nuevas tierras, continúa dando leyes cada vez más orgánicas y completas, como lo testimonia la Recopilación de 1680 basada en la obra de León Pinelo, la cual abarca temas como el de vivienda, asegurando sus noches en casas y, si no las tuviesen, en otras proporcionadas por los dueños de las haciendas "donde puedan dormir debajo de techado y defendidos del rigor y asperezas de los temporales".

4. Rabi Baldi pondera el número abrumador de disposiciones sobre la integridad física y la salud; en relación con la poca fuerza y débil complexión los indios no debían ser demorados en sus trabajos cuidando que sus jornadas fuesen inferiores a las de "los negros u otras gentes". Se prohibía asimismo que los nativos sean "trasladados a zonas de temple diverso porque sería nociva a su salud y vida". Extremando la protección ordenaba que los aborígenes no fuesen llevados a trabajar en zonas húmedas "sin el vestido duplicado para remudar el mojado".

Ya desde 1609 se ordenaba "la cuidadosa cura de los indios enfermos", con el "socorro de medicinas y regalos necesarios". Se exigía a los hacendados tener asalariados médicos, cirujanos y boticarios, a más de hospitales.

5. Las Indias fueron bienes gananciales de Isabel y de Fernando quienes las legaron a la Corona de Castilla y no a la de Aragón, porque el Tratado de Alcazaba (1470) atribuía derechos ultramarinos a Castilla, como Las Canarias.

Consumado el descubrimiento de Colón, suscitado el conflicto con Portugal, se acuerda el Tratado de Tordesillas (1494) del cual surgía que con las 370 leguas al Oeste de Las Azores, a Portugal no se le asignaba tierra sino únicamente agua. Y la bula de Alejandro VI no resolvía la situación para España, donde en los siglos xv y xvi no había gente para poblar lo descubierto, y con la intención de salvar esta situación se programaron las capitulaciones, sistema que permitía organizar comanditas para atraer trabajadores.

6. Como vamos viendo la legislación indiana era prolijamente contemplativa de las condiciones de vida, de salud, de atención social; y Felipe II dio probablemente la primera ley de la historia en la que se regula la jornada de ocho horas diarias: "Todos los obreros trabajarán ocho horas cada día, quatro a la mañana y quatro a la tarde... para librarse del rigor del sol".

También Felipe II instituyó el descanso semanal disponiendo que "los sábados en la tarde alçara (acabará) la obra una hora antes... y en presencia del contador se irán llamando por sus nóminas a los oficiales y peones y el pagador irá pagando los jornales a cada uno a su mano", estableciéndose "se paguen muy competentes jornales..." para "que huelguen y descansen el domingo".

La preocupación fue también de Felipe IV sobre el "buen tratamiento a los indios y se prohíbe terminantemente el trabajo cuando se celebren fiestas de toro, salvo necesidad o utilidad pública pero bajo condición de muy competentes jornales".

Así, con lo que podría llamarse una obsesión por salvarguardar a los nativos, en lo tocante al trabajo agrícola, en 1545, antes de un siglo después de Colón, se les dio la libertad de establecer sus propias retribuciones, aunque con

la advertencia de que ellas debían ser de “justa y razonable estimación”, y esta disposición obligaba no sólo a los españoles sino también a los caciques con respecto a sus vasallos, siempre contemplando los valores con variación de sexo y edad. A esto se sumaba la obligación de pago del transporte, el pago para “el camino de ida y vuelta”. La periodicidad del pago tampoco se omitía llegando en algunos a exigírsele diario, semanal, mensual, y en cuanto a la naturaleza del pago no se lo permitía “en vino, chicha, miel ni yerba porque es nuestra voluntad que sea en dinero”, “con puntualidad” y “en mano propia”. Felipe II, en 1569, prescribía no omitir la ración de coca.

Todas estas medidas son congruentes y consecuencia de lo resuelto y aconsejado por la Junta de Teólogos respecto a que los indios no son esclavos, se los encuadra “en el Estatuto Jurídico de los labradores de Castilla”.

7. Al mencionar a los Teólogos es forzoso referirnos a Francisco de Vitoria, de los primeros y muy ilustres, para quien la Monarquía debía reconocer a los americanos su potestad de autogobierno de las comunidades indígenas, precedida de la tesis de que “el orbe todo es, en cierta manera, una república”, con lo que a Vitoria se le atribuyen las bases del derecho internacional.

El tema aparece muy bien estudiado en el “Corpus Hispanorum de Pace”, de Juan de la Peña, un libro profundo elaborado con ecuanimidad y rigor científico, editado en España en 1982, relativo a la intervención española en América.

Como es natural esa obra de carácter histórico, sociológico y político comienza con las enseñanzas de Francisco de Vitoria, determinantes de la primera crisis de la conciencia nacional y de la reyecía hispana con motivo de la conquista, acontecimiento trascendental y conmovedor por las connotaciones y secuelas del descubrimiento, episodio de proyecciones imprevisibles en especial por el trato que debía aplicarse a los indios de las nuevas tierras.

El descubrimiento engendraba no sólo discusiones sobre los títulos de la conquista, sino, y lo esencial, la vinculación de España con los aborígenes. Todo esto generó lo que se ha dado en llamar "la duda vitoriana", de la que surgía que las "Bulas Alejandrinas" no debían invocarse. Naturalmente las tesis se dividían entre los que a raja tabla sostenían el monopolio español entendiéndolo que por el hecho de la conquista las armas del Rey legitimaban su permanencia en Las Indias; esta posición se sostenía especialmente en México y Perú, donde se registraron rebeldías arrebatadas.

Juan Ginés de Sepúlveda encarnaba lo tradicional del imperialismo cristiano siguiendo la tesis aristotélica de las razas inferiores.

Los que sostenían el sometimiento de los indios lo justificaban por su idolatría, por la desobediencia al Emperador, resistencia a la fe católica, por todo lo cual podían ser castigados mediante guerras y hasta despojados de sus bienes y reducidos a esclavitud con sus esposas e hijos.

Otros enarbolaban acuciantes defensas a los habitantes del nuevo mundo. Así Vitoria encontró en Domingo de Soto un sucesor que enseñaba que España ejercía la tutela de Las Indias conforme a un mandato de Alejandro VI, y negaba que Las Indias fueran provincias españolas porque ellas eran soberanas.

Cano apoyaba también a Vitoria y a de Soto y concretaba su pensamiento sosteniendo que el desarrollo político no justificaba la permanencia de España.

Las Universidades de Alcalá, Coimbra, Valladolid y también las de México y Lima concordaban con Vitoria, con quien coincidían Juan de Medina, Martín de Apilicuenta, Martín de Ledesma, Bartolomé de Carranza, analizados por Juan de la Peña.

De Carranza dijo que podía admitirse la ocupación mientras se promovieran y defendieran los derechos de los indios y mientras éstos no degeneren en su antigua barbarie, y si así fuere España debía retirarse.

Por su lado, las Cortes de Valladolid repudiaban los

abusos y crueldades atribuyendo a ellas las causas de mortandad y despoblación. Proclamaban la libertad natural de los indios, debiéndose abolir su esclavitud y a todos ellos debía ponérselos en libertad. Además debía conferírseles libertad de trabajo, libre residencia y libre disposición de sus bienes, sin perjuicio de los tributos a la Corona.

8. De este modo se enfrentaban dos posiciones muy diferentes y violentamente conflictivas porque lo que acontecía en Las Indias era grave y ciertamente despiadado, mientras lo nacido en España era un pensamiento noble, cristiano y civilizador.

Siguiendo la política de liberalización se establecía la libertad de servicio personal y llegó a derogarse el régimen de encomiendas y éstas de cualquier modo debían concluir con la muerte del encomendero.

Bartolomé de las Casas coincidía con Francisco de Vitoria y preconizaba el abandono de Las Indias. Polo de Ondegardo, comentando la crisis de conciencia, manifestaba que Carlos V pensó seriamente en abandonarlas.

Evidentemente imperaba en esos momentos una peligrosa sacudida de conciencia, los religiosos y misioneros objetaban el tratamiento despiadado a los indios mientras los juristas buscaban nuevos modelos para conciliar, porque lo que más preocupaba era la guerra de conquista.

Pizarro en el Perú por su cruento tratamiento a los aborígenes provocó una verdadera crisis de conciencia.

Paulo III dictó una Bula (*Sublimis deus*) ordenando la racionalidad y libertad de los indios; los sacerdotes Vicente de Valverde y Bernardino Mineya apoyaron estas teorías.

Vitoria preconizaba el derecho de libertad de los indios a disponer de sus bienes y territorios; dictaminaba en sus publicaciones "*De Temperantia*", "*De Indis*" y "*De Iure Belis*" que ellos no podían ser esclavos. En todos sus escritos, como preconizador de los institucionalistas del futuro, sostenía la soberanía de las nacionalidades, la autodeterminación.

Vitoria justificaba, sin embargo, la ocupación de España para protección de esos derechos y admitía que Carlos V reinaba sobre pueblos libres con derecho a la buena administración, encomiaba la reivindicación de la dignidad de los indios: libertad natural, integridad personal, inviolabilidad sagrada, igualdad fundamental. Asimismo bregaba por la capacitación de los naturales e integración con los españoles, contra quienes autorizaba a los indios a enfrentarse por sus injusticias.

9. En la otra vereda estaba la realidad en cuanto de materialismo, voracidad y desprecio por los indígenas ponían de manifiesto los conquistadores. De este modo se enfrentaron las dos posiciones tajantes que los historiadores con el tiempo denominaron la "leyenda negra" y la "leyenda blanca".

Un autor, Charles Gibson, doctorado en Yale, ha escrito un libro de sumo interés con amplios datos de los acontecimientos registrados a raíz de la conquista y la dominación española: *España en América*. No podemos hacer un análisis y seguir a este estudioso en detalle. Lo que sí vale la pena es adherir a él en su observación de que ninguna de las dos "leyendas" dice toda la verdad, aunque puntualiza el trabajo de los indios por un lado, ampliamente reglamentado por España, cuando exige un trato humano y un pago puntual y justiciero; y por otro, destaca la insuficiencia de las leyes españolas y en especial la realidad humana y material del trato aplicado. Trata de ser equilibrado cuando por una parte señala la cristianización, el empeño por suprimir tanto los sacrificios humanos como el canibalismo de los aborígenes; y por otra parte es severo cuando castiga a los españoles por los trabajos forzados, el asesinato impune, la creación del peonaje que era un abusivo sistema de trabajo personal en pago de deudas.

Gibson no es justo cuando estima que la legislación española era insuficiente; al contrario, como lo hemos visto, ella estuvo atenta en regular el trato a los naturales. Lo

ocurrido fue que los españoles residentes en las nuevas tierras no eran escrupulosos en su cumplimiento y las autoridades de aplicación en la vastedad del territorio no podían lograr un acatamiento devoto, menos cuando el Rey mítico estaba en la lejanía y con muy pocos recursos para vigilar su inquietud de humanizar el trato a los indios y la entidad política de las tierras descubiertas.

La revista "Faceta", de interesante facundia cultural, alude a que la leyenda negra se exacerba por ciclos: apareció en el siglo xvii, tornó en el xix y con la aparición del marxismo se agitó en el siglo xx habiendo estallado con motivo del Quinto Centenario para inmolar a Occidente.

10. ¿Hay en la Iglesia potestad para coartar a los infieles? De otro lado, ¿puede el Rey compeler a los herejes a abandonar la idolatría y respetar la ley natural? ¿Es posible imponer la ley natural en función de la infidelidad de los indios, de su idolatría, de su blasfemia? ¿Hasta dónde se podría considerar pecado la guerra contra los herejes y los impíos? ¿Cuándo sería ella justa, en qué condiciones? ¿Qué contrapartidas debían respetarse? ¿Las polémicas universitarias, teológicas, doctrinarias y las teorías políticas debían acatarse para llegar a la suspensión de la conquista?

Los alimentadores de la "leyenda negra" responden a estos interrogantes enarbolando hoy la evolucionada elucubración de los derechos humanos, tan traídos y llevados ahora con fines tendenciosos y de definidos designios políticos.

Es exacto que en la conquista y también en la colonia, cada vez menos, existieron sí excesos, abusos, muchas veces crueles, por algunos encomenderos en perjuicio impiadoso de los indios. Pero estos sistemas y procedimientos no fueron únicamente registrados en la América hispana. Es fácil remontarse en la historia para comprobar el predominio de razas conquistadoras sobre razas conquistadas; en la inmensidad de Asia muchos pueblos sojuzgaron violentamente a otros, lo mismo sucedía en Grecia, en Roma y muchos otros países europeos que dominaron África. Como dice Luca de

Tena: "En todas las conquistas hay crueldad, injusticias... el pueblo más fuerte culturalmente ocupa de inmediato el vacío que tenía el otro". Añade Luca de Tena: "Nosotros celtas, iberos, en España fuimos ocupados por los romanos, ¡bendigo la hora! Los romanos recibieron la suya de los griegos. Los griegos con influencias orientales crearon la cultura que parte de Israel, Egipto, Fenicia, Grecia, Roma difunde lo que hoy llamamos la cristiandad".

No ha habido empeño y entusiasmo en exaltar a España en su epopeya de "liberar al hombre salvaje de una vida miserable e intrascendente para otorgarle un lugar en el mundo". Lo ideal hubiese sido que ello se lograra en paz, armonía y caridad, pero esto no es lo común en los impulsos del hombre.

"La gesta americana nos permitió adoptar una lengua y establecer una cultura expresada en instituciones". No puede negarse "la barbarie y la opresión, sea que algunos actos revistan una legítima defensa", pero la evangelización "hizo de América un nuevo mundo que ya no es Europa pero sí es Occidente" (*El encuentro de Dos Mundos*, Jorge E. Milone).

Según sigue Milone la campaña indigenista "no es sino la lucha de la subversión contra las instituciones y de indígenas contra el legado de Europa". Rigoberta Menchú habló de 45.000 desaparecidos pero no dijo de cuántos guerrilleros enfrentados con las fuerzas de seguridad.

Lo interesante es destacar que los agrupados en la crítica al ayer, a la conquista y a la colonia, no usan los derechos humanos ni la libertad diciendo que la culturización occidental les proporciona hoy oportunidad para reclamar "el regreso de los naturales de América a 1491 con sus herejías, idolatrías, canibalismos y oscurantismos de épocas salvajes".

De ahí que a Carlos Luque Colombes, cordobés prolijo y erudito, le preocupe consignar numerosos funcionarios, sistemas y designaciones en el nomenclador de Las Indias, destinados a amparar a los indios.

Así anota que se dieron reales cédulas, provisiones, pragmáticas, cartas, capitulaciones, nombramientos para proteger y civilizar al indígena y convertirlo a la fe católica.

Fue abundante la legislación peninsular; la costumbre, la jurisprudencia y la literatura jurídica reconocían derechos a los aborígenes en especial a los menores, mujeres, incapaces y miserables, para toda Iberoamérica.

Toda ella tendía a conservar la posesión y señorío de sus bienes y a impedir que sean vejados o molestados, propiciar su pacificación, todo generado por el deber de ocupación.

Las leyes españolas se daban como amparo a los indios, propendiendo a su conservación, a su buen trato, auspiciando su libertad, evitando molestias como la de que las señoras de los españoles fuesen llevadas en sillas.

Luque Colombres recuerda la preocupación de nombrar lugartenientes para visitar los pueblos e informar sobre la edad, estado, salud, oficios, viviendas; a quienes los Cabildos, sin embargo, se negaron a aceptarlos en sus funciones y a recibirlos. Los indios por la acción de los lugartenientes se envalentonaban y no querían obedecer a los encomenderos y pobladores.

11. No estamos en el propósito de la controversia ni menos en negar que especialmente durante la conquista hubo actos despiadados contra los aborígenes, lo que condenamos y lamentamos. Los propios españoles —lo hemos puntualizado a lo largo de este trabajo— tuvieron conciencia de sus actos impudicos y hasta inhumanos. Los debates de los teólogos, los juristas, los sacerdotes y los funcionarios, revelan que el examen de las circunstancias como la necesidad de protección a los naturales afinaron numerosas posiciones y disertaciones. Muchos fueron los fundamentos doctrinarios, pero sin duda era muy difícil y muy duro para los españoles devolver lo conquistado.

Entre los fundamentos doctrinarios justificativos de la conquista se pueden enunciar muchos: 1) costumbres anti-

naturales de los indios; 2) sus oposiciones a la predicación; 3) la necesidad de defender a los inocentes; 4) la propia auto-defensa de los españoles; 5) la donación pontificia; 6) la infidelidad de los aborígenes; 7) sus apostasías; 8) el dominio universal del Emperador; 9) el derecho a adquirir territorios desiertos; 10) la recuperación de lo injustamente arrebatado por los indios; 11) venganza de las injurias inferidas arteramente por los salvajes; 12) el derecho de fundar pueblos; 13) necesidad y derecho de predicar el Evangelio; y 14) hasta la propia obligación de salvar a los indios de la crueldad y persecución de las otras tribus.

De cualquier manera —reiteramos— en 1556 se abandonó el sistema de conquista por el de fundación de ciudades; las conquistas bélicas fueron repudiadas porque según lo enunciaban con ellas amenazaba perderse “el buen título de su Majestad por concesión de su Santidad y se tome las tierras contra justicia y conciencia”.

Quienes sostenían el derecho de retención de los indios argüían en su favor dos razones: la prescripción era una y la dificultad de devolver lo conquistado era otra, además porque el mantenimiento de España era en alguna medida en beneficio de los aborígenes.

Fueron abundantes las razones que Juan de la Peña enumera como pareceres del Consejo de Indias sobre la perpetuación de España, entre ellas: los naturales lo tomarían a mal porque eran “libres y vasallos del Rey”, también por el señorío de su Majestad, porque han ocurrido motines cuando se ha intentado desprenderlos del Rey, porque habría más delitos, asimismo por el riesgo del mal trato de los encomenderos y de los pleitos y porque hay muchos minerales de oro y plata, que “esconderían entre amos y indios”.

Y evidentemente desde nuestro escenario argentino el presente trabajo encuentra respaldo, por cuanto aquí el trato a los indios fue más benigno por el mayor cruzamiento e intercambio con los españoles; de Bolivia para arriba el intercalamiento racial no alcanzó el grado de nuestro país.

El corolario lo afianza Graciela Maturo cuando recuerda que no fue la conquista sajona, puritana, la que propulsó la civilización indígena; en cambio fuerza es reconocer que la conquista española tiene otro aspecto fundante: crea una estirpe criolla y mestiza que protagoniza una cultura nueva. La complejidad del proceso histórico cultural latinoamericano, su riqueza, surge justamente de la condición mestiza.

La contradicción, indica Lugones, deviene de la noción de la corona de que la libertad se impone con la ley, pero toda ley es un acto de opresión, sin tener en cuenta que los indios eran incapaces de vivir en civilización.

Los españoles llegados a América se dieron con un escenario social donde el primitivismo de los nativos y la superioridad guerrera de los invasores, les demostraron pronto que la manera de enriquecerse era sojuzgando con violencia a espaldas de la ley; es decir en el hecho, malgrado las leyes liberales, no sabían gobernar sin oprimir, porque el fanatismo ibérico era medieval. Y en ese mundo las Audiencias y los Cabildos no representaban a los autóctonos sino a la autoridad.

No se sabía gobernar sin oprimir y la opresión implanta el exclusivismo, el cual, a la larga, fue nefasto para España.

La lujuriosa literatura de Lugones en su portentoso libro *El Imperio Jesuítico* le permite definir la consecuencia de esa política absorbente: "Si este espíritu dominante no hubiera producido la exclusión del criollo para los puestos públicos, la independencia se retardaba quizá un siglo". La exclusión hizo patriota al criollo, pero sin mejorarle "naturalmente la conciencia; y así, la única virtud que poseía al emanciparse, era el patriotismo de carácter militar".

El paso de los españoles por América —siempre con Lugones— "no merece el desdén de la sociedad venidera porque ésta encuentre espinas en la ruta, porque la otra al dejarlas se las llevó pegadas en los pies".

Y añadía: "Sus pasiones, al igual que las nuestras buscaron el placer sin gozarlo nunca, como rebaños muertos

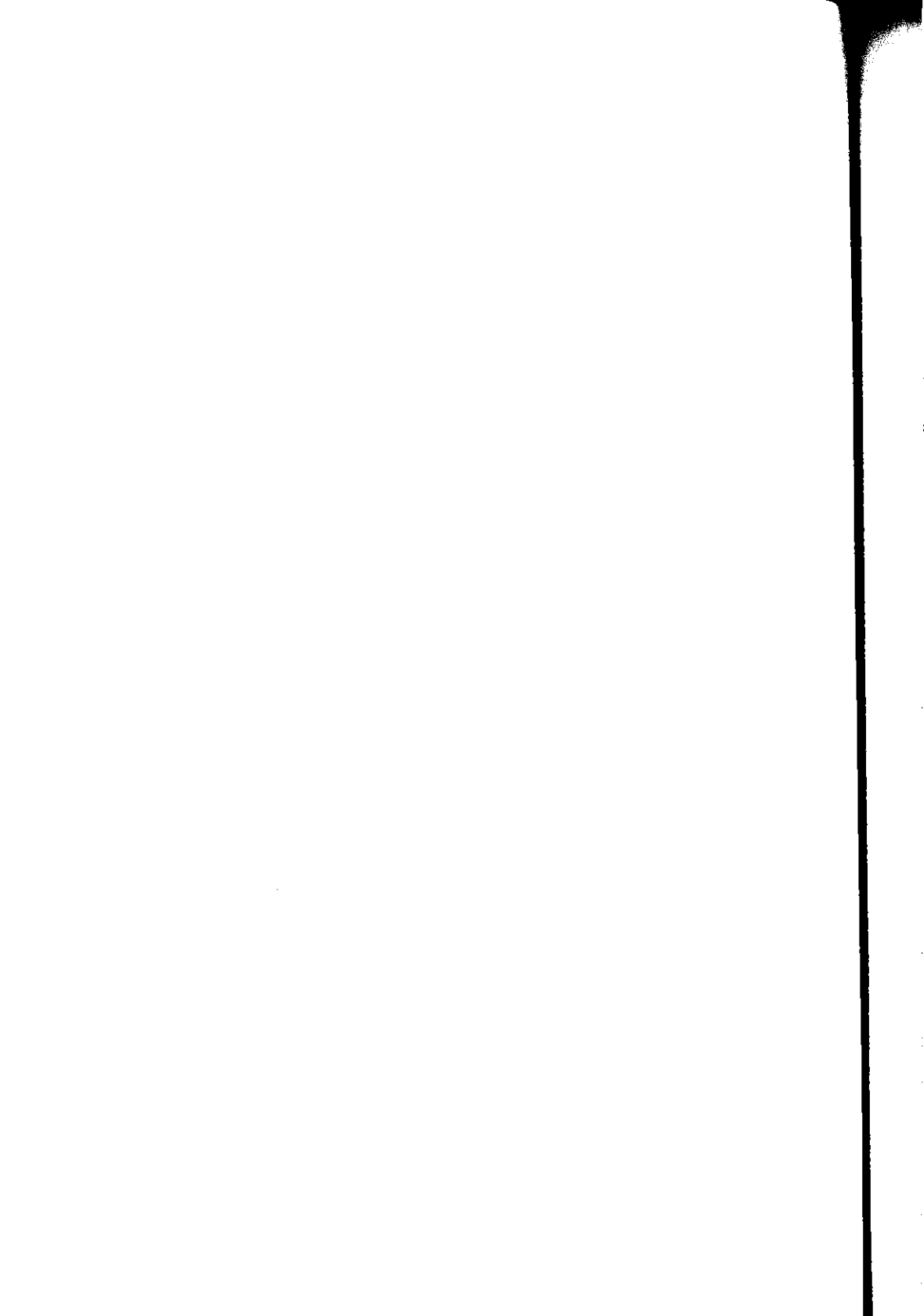
de sed antes de llegar al abrevadero; sin virtudes, gotas de agua en la sombra, estuvieron cavando, llora que te llora, la ardua roca del egoísmo humano donde labra el progreso estalactitas tan bellas y tan frías". Luego por ahí sigue Lugones. "El fiasco reside en el monopolio de la eternidad cuando eterno no hay nada".

Salvo la eternidad de Dios.

Así concluyo con mis excusas por haberme apropiado abusivamente de vuestra generosa atención.

PASADO, PRESENTE Y FUTURO
DEL DERECHO CONCURSAL

*Disertación pronunciada por el académico correspondiente
Dr. Adolfo A. N. Rouillon, en la Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión
pública del 10 de noviembre de 1994*



I. *Introducción*

Pese a lo que anuncia el título, no haré —estrictamente— una exposición histórica (abundante en citas y fechas) sobre el Derecho Concursal. Lo que sigue es, más bien, la interpretación personal (con riesgo de una alta carga de subjetividad, por ende) de la evolución de la concursalidad, poniendo especial acento en los principales problemas del pasado reciente y del presente y con particular referencia a la República Argentina. Téngase en cuenta, asimismo, que mi visión es la de un “observador” que ha estudiado fallos, textos doctrinarios y legales desde el ángulo universitario, pero es también la de un “protagonista” comprometido con la realidad de los concursos, como juez de ellos durante casi dos décadas. Sirva entonces este rápido repaso de ciertos hitos fundamentales de la evolución concursal para proponer a la reflexión los principales aspectos a definir en el sistema concursal argentino del futuro.

II. *La concepción originaria de la quiebra*

En sus orígenes, los procedimientos equivalentes a lo que luego llamaríase “quiebra”, fueron medios de ejecución forzada colectiva. De la persona del deudor, en un principio; de su patrimonio, para distribuirlo entre los acreedores, más adelante.

En esta concepción originaria, que duró muchos siglos, la quiebra era el único procedimiento que hoy llamaríamos “concurso”, con los siguientes rasgos definitorios:

a) Es respuesta para el problema del deudor que ha dejado de pagar; para la “cesación de pagos” entendida en el sentido prístino y gramatical de la expresión.

Problemas; el interés de ellos es el punto de mira central, pro-

b) Es un medio instrumental de defensa de los acreedores —ante la evidencia empírica de la insuficiencia de activo como regla— que la satisfacción de las acreencias sea lo más igualitaria posible: el principio dominante es el de *pars conditio creditorum*.

c) Es un procedimiento de liquidación forzada colectiva de todo el patrimonio del deudor insolvente; la liquidación es su meta, como paso ineludible para la distribución.

d) Es siempre un delito y, por ello, el quebrado es un defraudador a quien se aplican severas penas (castigos corporales y hasta la muerte) e inhabilitaciones de por vida.

III. La ruptura de la ecuación “quiebra = defraudación”

Muchos siglos fueron necesarios para que prendiera una nueva idea que signaría la futura evolución. Esta idea se gesta a partir de la duda sobre la exactitud de la ecuación “quiebra = defraudación”. Puesta en jaque esa equivalencia, y una vez aceptada la posibilidad de que no siempre el quebrado es un defraudador, se concibe un espectro más amplio de alternativas procesales para la insolvencia.

Sólo a veces “quiebra” será igual a “defraudación”. Otras veces, “quiebra” se asociará a un accionar meramente “culposo” y, en algunos casos, a la “casualidad”, a un actuar “de buena fe”.

Esta concepción nacida entre estudiosos del siglo XVI (Benvenuto Stracca, *De Mercatura*, cuya 1ª edición es de 1553, conf. Tullio Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1964, p. 45), obtendrá di-

fusión legislativa después de su adopción por el prestigioso Código de Comercio francés de 1807. Dos consecuencias fundamentales derivanse de ella:

a) La necesidad de analizar caso por caso la conducta del fallido a fin de obtener conclusiones adecuadas sobre el encuadre de su accionar —fraude, culpa, casualidad—, lo cual dio nacimiento a la “calificación de conducta” para determinar la magnitud y extensión temporal de los efectos personales de la quiebra.

b) El nacimiento de la “prevención” concursal en sentido moderno: soluciones no liquidativas para los deudores insolventes de buena fe, tema éste que nos lleva a fines del siglo XIX y al cual paso a referirme seguidamente.

IV. *La prevención decimonónica: el concurso preventivo*

Los primeros atisbos de prevención en la historia concursal pueden ubicarse en el medioevo italiano (siglo XIII). En los estatutos de algunas ciudades peninsulares se conoció el “concordato” como instrumento excepcional para evitar, no la quiebra, sino la liquidación coactiva y las penas corporales, el destierro y la infamia del deudor fallido. Era, en realidad, un medio preventivo de la liquidación y de ciertos efectos personales o, más bien, un remedio solutorio de la quiebra pero que no evitaba a ésta en sí. La instrumentación de una solución estrictamente preventiva de la quiebra hubo de requerir varios siglos más, y fue menester que arraigara la idea de que no todo insolvente debía ser, necesariamente, un delincuente. Sólo a fines del siglo XIX se llegó al convencimiento general de la posibilidad de remontar la cesación de pagos sin declaración de quiebra.

Nació entonces el concurso preventivo como un nuevo procedimiento concursal que destronó a la quiebra de su reinado absoluto. Con igual jerarquía, fue posible distinguir concursos “liquidativos” (quiebra) y “preventivos”. Estos últimos, en su origen, fueron ofrecidos —como excep-

ción— al deudor insolvente pero de buena fe (“onesto ma sventurato”, dirían los italianos); la evolución ulterior señalaría la importancia creciente de los medios preventivos y la creciente desvinculación entre ellos y la conducta del concursado. Empero, en la concepción decimonónica (Bélgica, 1887; Suiza, 1889; Argentina, 1902; Italia, 1903; etc.), el concurso preventivo es el resultado de la suma de dos conceptos hasta entonces incompatibles: “insolvencia” y “buena fe”; por ello, en sus orígenes, la solución preventiva fue una especie de gracia o premio otorgado al deudor de conducta intachable (todavía sobrevive esta idea, bien que poco aplicada por los jueces, en el inc. 5, art. 61, ley 19.551, cuando se manda valorar a los fines de decidir la homologación de un acuerdo preventivo “si el deudor, en relación a las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta, es merecedor de una solución preventiva”).

Otra consecuencia importante de esta evolución fue poner al interés del deudor como posible centro de atención concursal (junto al hasta entonces excluyente interés de los acreedores). También al deudor interesa remontar la insolvencia y reintegrarse a la actividad comercial lo antes posible y con el menor deterioro patrimonial. Contemplar la posibilidad de tutela del deudor fructificó en otro principio que habría de orientar muchas legislaciones sucesivas: el de “salvaguarda de la integridad patrimonial del deudor”.

En resumen: a fines del siglo xix y comienzos del siglo xx, la concursabilidad ha aceptado definitivamente a la “prevención” como meta orientadora de un proceso (concurso preventivo, concordato preventivo, convocatoria de acreedores) que convive con otro proceso (quiebra) cuya finalidad es la “liquidación”. La solución preventiva exige “buena fe” del deudor. El interés del deudor insolvente honesto se considera digno de tutela y origina el principio de “salvaguarda de su integridad patrimonial”. El centro de atención es, mayoritariamente todavía, el comerciante indi-

vidual, lo cual explica la gran atención que se reclama sobre su conducta. La insolvencia o cesación de pagos es el presupuesto objetivo de los concursos (excepto en los países anglosajones donde impera el sistema de los "hechos de quiebra"), aunque está en controversia el verdadero alcance técnico de la expresión —"cesación de pagos"— al no ser ya pacífica la identificación con su originario sentido gramatical. La insolvencia es vista como un problema que atañe, principalmente, a los acreedores y al deudor.

V. *La empresa como centro de atención concursal en el siglo xx*

Contemporáneamente con la Primera Guerra Mundial, y como consecuencia de las grandes transformaciones políticas, económicas y tecnológicas que venían gestándose desde mucho tiempo atrás, hace eclosión el fenómeno empresarial en el campo jurídico. Se reclama centrar la atención del derecho comercial en la empresa y en el empresario más que en el acto de comercio y en el comerciante. Aunque aún con grandes indefiniciones a nivel legislativo y no menos importantes controversias doctrinarias, bien puede afirmarse que el siglo xx vio llegar la empresa al derecho mercantil, y que este arribo fue para quedarse por mucho tiempo todavía.

En la órbita concursal la novedad se manifiesta en el desplazamiento del eje de atención: ahora, la mayor preocupación comienza a ser la suerte de las actividades empresariales en peligro de desaparición por la cesación de pagos. Se advierte que cuanto mayor fuera la empresa comprometida, mayores serían los intereses afectados por su eventual desaparición; de lo cual síguese que en la insolvencia de las empresas —sobre todo de las grandes— no se ve un problema de la exclusividad de su titular y de los acreedores. La empresa es fuente de empleos y de ingresos tributarios, generadora de asientos poblacionales muchas veces, eslabón en-

cadenado a otras empresas en el crédito o en los sistemas de producción y comercialización. Se toma conciencia de que la desaparición por quiebra de una empresa afecta muchos más intereses que los de los acreedores inmediatos.

De esa toma de conciencia sobre las nuevas realidades que trae el siglo xx, derivánse múltiples consecuencias en el campo concursal, algunas de las cuales quiero resaltar:

a) La preocupación por salvaguardar, o rescatar, las empresas en peligro de desaparición por la insolvencia da nacimiento al llamado "principio de conservación de la empresa" el cual es elevado a categoría de principio inspirador de muchas legislaciones concursales de mediados de este siglo. En función de él se procuran facilitar las soluciones preventivas de la quiebra y los medios solutorios no liquidativos de esta misma. La quiebra pasa a ser un proceso "predominantemente" liquidativo y, en algunas expresiones exacerbadas del "conservacionismo" empresarial, se procura continuar la actividad de la empresa aun después de la quiebra sin límites temporales muy precisos para la liquidación.

b) Comienza el desprestigio de la idea que asocia las soluciones preventivas concursales a la buena fe del deudor. Un nuevo y revolucionario criterio empieza a afirmarse (especialmente, después de Francia 1967): los procedimientos preventivos deben ser soluciones alcanzables cuando se está en presencia de actividades empresariales útiles, pese a que la conducta de los dirigentes hubiera sido reprochable. Se rompe la ecuación "solución preventiva = cesación de pagos + buena fe" y se consagra la separación entre la suerte de la empresa y la conducta de los empresarios. Posibilitase, a la vez, salvaguardar una empresa útil y eliminar a los dirigentes de la conducción empresarial e inclusive de la titularidad del capital social, obligándoles a ceder sus participaciones sociales, y con una eventual sanción penal adicional en caso de bancarrota fraudulenta.

c) La ampliación de los intereses comprometidos por la insolvencia empresarial, la asignación de una "función social" a la empresa aún después de su quiebra, la aplica-

ción de teorías económicas intervencionistas a partir de la década del '30 en numerosos países occidentales más el autoritarismo político adoptado en varios de ellos, repercutieron —bien que de manera diferente y con distintos grados de intensidad— en las legislaciones concursales de los años '30 y el medio siglo siguiente, incrementando las nociones de “orden público” en las reglas concursales, “inquisitorialidad” en el procedimiento, preeminencia del “conservacionismo” empresarial por sobre los fines tradicionales de la concursalidad. Fue común oír, en los momentos culminantes de esta tendencia (hacia mediados de los '70), expresiones tales como “la quiebra de la quiebra” o el reemplazo del “derecho concursal” por el “derecho de las empresas en dificultades”; fue común buscar, afanosa e infructuosamente, fórmulas jurídicas para plasmar en textos legales que hicieran “imposible” la desaparición de las empresas en crisis. El punto máximo de la tendencia —más en los propósitos que, quizás, en los resultados— se alcanza en la legislación concursal francesa de 1985 donde se expresa que sus principales finalidades son la salvaguarda de la empresa y el mantenimiento de la actividad y el empleo, mencionándose sólo en tercer lugar a la depuración del pasivo.

VI. *La aplicación concursal en la Argentina del principio de conservación empresarial*

Entre los principios generales orientadores de la ley 19.551 (1972), la Exposición de Motivos señalaba a “la conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad...” (Consideraciones generales, 4º, b). La máxima expresión donde se concretó ese principio fue, posiblemente, en la Sección II, art. 182 y ss., originariamente denominada “Continuación de la empresa”. La misma Exposición de Motivos asignaba a la institución mentada el constituir “otra de las novedades fundamentales del proyecto”, destacando que “ha sido fundamental preocupación de la Comisión hacer efectiva la conservación de la empre-

sa, no solamente por las finalidades ya expuestas, sino también como fuente de trabajo para los dependientes. En ese sentido, pues, esa continuidad tiende a favorecer las relaciones laborales y a la estabilidad del empleado u obrero y conciliarlos con los otros intereses" (pto. 96).

La regulación legal concursal de 1972 distinguía —para después de declarada la quiebra— entre una continuación "provisoria" y otra continuación "definitiva" de la empresa. Esta última la decidía el juez sin que estuvieran muy claros los parámetros para resolverla; tampoco había mención expresa a un plazo máximo de continuación de la empresa fallida. La euforia "conservacionista" de la década de 1970 (época de grandes conflictos sociales en el país, con intentos de resolución violenta de ellos muchas veces), determinó que se hicieran interpretaciones extensivas del instituto de la continuación de la empresa en quiebra, al punto de querer ver en él una alternativa de la liquidación falencial. Presenciamos entonces ciertos casos de quiebras con síndicos y/o jueces enrolados en el papel de empresarios, "enamorados" de "sus" empresas respecto de las cuales creían tener el rol de "salvadores", a ultranza y a cualquier costo. Dilatáronse así muchas liquidaciones por tiempos inverosímiles, con el consiguiente perjuicio para los acreedores de la fallida que veían crecer el número y la cuantía de los acreedores del concurso, disminuir la garantía común y ninguna mejora efectiva de las posibilidades de salvataje.

Paralelamente a la legislación concursal común, existieron intentos legislativos asistemáticos de salvataje de empresas en quiebra, invocando razones excepcionales como el "interés general" o la "paz social" (ley 18.832, como ejemplo paradigmático), e inclusive algunas leyes "a medida" para un grupo empresario determinado. De éstas, las más recordadas son las leyes 22.229 y 22.334 para el "Grupo Greco", caso en el cual se llegó al extremo de pretender mantener en funcionamiento algunos establecimientos que no pagaban impuestos ni cargas sociales, tampoco los servicios públicos a raíz de medidas "cautelares" dispuestas por

el juez concursal, recibían subsidios estatales y ni siquiera así se alcanzaba a pagar la totalidad de los sueldos de la "empresa en marcha" (ver: "E.D.", 127-424). El costo de estos intentos "especiales" de conservacionismo empresarial, para los acreedores y/o para la comunidad toda cuando se echó mano a subsidios estatales financiados, obviamente, con inflación, fue muy elevado y los resultados perseguidos, exigüos.

En general, los sistemas de salvataje especial fueron piadosamente enterrados por leyes posteriores (ley 21.606, por caso).

La reforma concursal de 1983 (ley 22.917) introdujo algunos retoques en la Sección a la que me refiero, por razones de "mayor precisión" (Exposición de Motivos, pto. 29). La Sección pasó a llamarse "Continuación de la explotación de la empresa", con lo que se procuró dejar en claro la imposibilidad de usar el instituto para "reactivar" o "rehabilitar" después de la quiebra a empresas que habían cesado en su actividad. Se eliminó la terminología "continuación provisoria" y "definitiva", para evitar que esta última favoreciera las interpretaciones extensivas de la jurisprudencia. Se introdujeron modificaciones en el art. 183 LC sobre las facultades judiciales —plazo de la continuación empresarial, posibilidad de oír a los acreedores— y la concreta referencia a la conveniencia de enajenar los establecimientos "en marcha" y a no exceder la continuación dispuesta del "tiempo necesario para la debida realización del activo". Se afirmó así la idea de que la continuación de la empresa en quiebra no aspira a evitar la liquidación sino a procurar que ésta se lleve a cabo enajenando los establecimientos en funcionamiento. Se relativizó la llamada "función social" de las empresas quebradas para poner coto al "conservacionismo" exacerbado, manteniéndose el instituto —redefinido— en razón del (presunto) "valor empresa en marcha" cuya preservación permitiría obtener mejor precio en la liquidación con miras a satisfacer el interés de los acreedores de la concursada.

Algunos fallos judiciales señeros de la década pasada llamaron la atención sobre el “problema de los costos” de la continuación de la explotación de la empresa en quiebra, sobre el cual cierto pensamiento mágico de las décadas anteriores no había reparado. Así, se puso límite a la disponibilidad de bienes durante la etapa de continuación post-quiebra, en cuanto ello pudiera afectar la integridad del patrimonio y la garantía de los acreedores de la fallida (“disminución del activo”: “E.D.”, 101-236); y se interpretó el inc. 2, art. 184, última frase, L.C., en el sentido de prohibir la prosecución de una explotación no autosostenible o deficitaria (“incremento del pasivo”: “E.D.”, 127-424).

La experiencia señalaba que el instituto tenía sus costos, y que proteger —a la vez por igual— los intereses de acreedores, trabajadores, deudor y comunidad toda, no era tan fácil como predicaba la “euforia conservacionista” de los '70. La realidad suele ser más dura que las buenas intenciones de los juristas sustentadas en su puro voluntarismo. Esto quedó claro en los últimos años de la pasada década, cuando además se puso en evidencia que, muchas veces, enarbolando la bandera de la conservación empresarial en realidad buscaban auxilio estatal o preservación del empleo los propios empresarios responsables del desastre. Anaya marcó la inflexión definitiva de la curva ascendente del “conservacionismo” a ultranza, en su memorable trabajo *El mito de la empresa inmortal* (“E.D.”, 127-424) donde demostró que es imposible realizar el prodigio de una empresa sin mercado, que los regímenes de salvataje mediante subsidios distorsionan la competencia, que el mantenimiento de la actividad de una empresa cuya producción ya no es requerida provoca gran costo social, que, en definitiva, la empresa “inmortal” fue un mito jurídico.

VII. *La última década del siglo xx*

1. Los años noventa nos enfrentan con la necesidad de replantear algunos temas concursales, no solamente a raíz

del fracaso de ciertos mitos o de la insuficiencia o envejecimiento de algunos institutos, sino —principalmente— porque la Argentina experimenta un cambio profundo en lo económico que no admitiría, claro está, una legislación concursal incongruente con el nuevo orden.

Estabilidad, orden en la administración tributaria, privatizaciones, desregulaciones, apertura al exterior, libertad de precios, libertad de mercados, competencia, son las características (o las aspiraciones) del escenario económico actual, por oposición a la economía del pasado aún reciente, signada por su carácter cerrado, muy inestable, con alta participación del estado empresario, proliferación de regulaciones legales y reglamentarias, precios distorsionados por controles y por alta inflación, escasa competencia. Estas últimas características asumían especial importancia en lo concursal, ya que al haber estado fuertemente debilitada la competencia entre los operadores económicos, “el proceso de seleccionar ganadores y perdedores a través de la acción de la fuerza de la competencia ha resultado poco relevante. El proceso schumpeteriano de destrucción creadora resultó débil, y ello permitió la sobrevivencia de unidades económicas de baja eficiencia. Dicho en otras palabras, las fuerzas de la competencia, por su debilidad, no fueron capaces de dar de baja a una proporción importante de los operadores ineficientes” (“Informe del equipo de consultores sobre la política de defensa de la competencia y protección de los consumidores de la Argentina”, integrado por Bruce M. Owen, David A. Halperin, Julio A. Kelly, Joaquín Martín Canivell, David Smith y Adolfo C. Sturzenegger; 10 de agosto de 1992). Con lo cual, se advierte, la vigorización del funcionamiento competitivo de los mercados “significará que la probabilidad de quedar fuera del mercado y quebrar, se elevará sustancialmente”, y que así como las empresas más eficientes tendrán mayores posibilidades de crecer, la fuerza implacable de la competencia efectiva determinará que “aquellas que no sirvan en forma efectiva a las necesidades del país se reducirán y desaparecerán” (idem).

¿Con qué legislación concursal, entonces, habrán de ser tratadas las crisis empresariales y la insolvencia, en una economía que predica reglas de juego diferentes, que calcula al incremento de las dificultades empresarias como un costo previsible de la transición, y donde la “competencia” es un objetivo más apetecible que la “conservación de las empresas”?

El “conservacionismo” extremo, además de fracasado en el orden económico anterior, es manifiestamente incompatible con la economía actual. Hasta aquí la respuesta es fácil.

Ahora bien, ¿la aplicación a ultranza de los criterios de eficiencia económica, llevará lisa y llanamente al abandono de los procedimientos preventivos para volver a la concursabilidad exclusivamente liquidativa?

Este debate no está todavía instalado en el país, pero es previsible que lo veamos en los años próximos. La irrupción norteamericana en la concursabilidad argentina, que se insinúa a través de ciertas reformas proyectadas a la legislación concursal —actualmente en el Congreso de la Nación— hace probable el traslado de debates como el anunciado, ya presente en los Estados Unidos mediante el embate de ciertos académicos que proponen la abolición del sistema norteamericano de reorganización del actual Capítulo 11 de la ley de 1978 (ver: T. Eisenberg y T. Shoichi, *Should we abolish Chapter 11? The evidence from Japan*, *The Journal of Legal Studies*, January 1994, volume XXIII (1) (PT. 1), p. 112, nota 7).

Empero, por el momento, parece cierto y más o menos pacífico en la Argentina que la prevención concursal perdurará todavía en los noventa asumiendo el nuevo signo, ropaje y nombre de la “reorganización” empresarial, con las siguientes características:

a) Revalorización acentuada de los mecanismos no judiciales —acuerdos preconcursales— para la solución temprana, rápida y barata de las crisis económicas o financieras;

b) Un procedimiento judicial de reorganización de la empresa en crisis de acceso facilitado, sin trabas al estilo inc. 8, art. 11 L.C. y posible de intentar aun en caso de quie-

bra declarada (por conversión de ésta) o un solo proceso concursal de único acceso, luego derivable por el juez a la reorganización o a la liquidación.

c) Mayor elasticidad para proponer y concertar acuerdos: posibilidad de categorizar a los acreedores para propuestas diferenciadas, reconsideración de los sistemas de mayorías, roles más protagónicos de los acreedores y de los trabajadores de la concursada.

d) Apertura de los mecanismos de reorganización a los propios acreedores y a terceros interesados, haciendo posible el desplazamiento de los viejos empresarios de la conducción empresarial y de la participación en el capital social en ciertos supuestos de “salvataje”.

e) Abandono de la concepción del “juez empresario” y definitiva desvinculación entre conducta de los dirigentes empresarios y aprobación u homologación judicial del acuerdo.

f) Abandono del “horror a la quiebra” y aceptación de que ésta, concebida otra vez como lo fue en sus orígenes —un procedimiento de liquidación con aspiraciones de eficiencia—, es muchas veces inevitable y cumple con una función de “selección natural” beneficiosa para el buen funcionamiento de una economía estable, con reglas claras y competitiva.

g) Revalorización de los criterios de eficiencia en los procedimientos concursales: para que la reorganización sea factible en tiempo corto y a bajo costo, y para que la liquidación sea igualmente económica y rápida permitiendo mejorar la performance distributiva, pésima en la actualidad si se miran los ínfimos porcentajes promedio de cobro de las acreencias quirografarias en las quiebras liquidativas.

2. El siglo xx vio afirmarse al estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo concursal. Ello fue unánime en nuestro país después de la década del '30, a raíz de la prédica de Yadarola y de Fernández, quienes le asig-

naron el sentido muy unívoco —receptado legislativamente— de los que entonces defendían la llamada “teoría amplia” de la insolvencia.

La década pasada alumbró un debate sobre la posibilidad, la conveniencia o la necesidad de reemplazar el presupuesto objetivo concursal clásico, por la noción de “estado de crisis” de la empresa. La inquietud tuvo recepción legislativa en el país en 1983 al mencionársela como presupuesto de los acuerdos preconcursales (arts. 125-1 y 125-2 L.C., incorporados por ley 22.917). Para los procedimientos judicial-concursales (quiebra y concurso preventivo) permanece la exclusividad del presupuesto objetivo tradicional “estado de cesación de pagos”. La polémica sobre su reemplazo permanece abierta, aunque pareciera haber perdido algo de intensidad a partir del dato empírico de la escasa aceptación que el “estado de crisis” ha tenido en la legislación comparada. Empero, la atención hacia los estados de preinsolvencia, la conceptualización de éstos y el análisis de los mecanismos idóneos para su tratamiento, seguramente permanecerán mucho tiempo aún en la mira de los concursualistas.

3. Los aspectos represivos de la concursalidad también han experimentado una significativa evolución en los últimos años.

Ha disminuido la importancia de la calificación de conducta de los quebrados. La reforma de 1983 redujo la calificación de conducta al caso de quiebra liquidativa sin pago total, eliminando el instituto para las demás quiebras donde el interés de los acreedores fue satisfecho, por pago total, por avenimiento o por acuerdo resolutorio. El criterio de valoración introducido por el art. 237 L.C., reformado por la ley 22.917, también circunscribió los límites de la calificación. La sociología judicial muestra, a la vez, decisiones judiciales sobre el tema que no guardan relación con el número de quiebras donde serían menester estos pronunciamientos. La tendencia a la desaparición de la calificación

concurzal de la conducta ha ganado muchos adeptos en la doctrina argentina —pese a no ser unánime tal opinión— y ha echado baza en los proyectos de reforma legislativa de los años recientes.

Es previsible, así, que el debate se traslade al campo penal. Pues salvo que se logre un consenso —aún no avizorado— sobre la intrascendencia valorativa de la provocación de la insolvencia, habrá que repensar los delitos de quiebra y la necesidad de reformular la legislación penal en lo que a ellos concierne.

4. Paradójicamente, a la par del logro legislativo de la unificación subjetiva completa en materia concursal en 1972 y 1983, vemos renacer la preocupación por un régimen diferenciado —inexistente hoy— para los “pequeños concursos”.

La preocupación por la gran empresa llevó —obsesivamente— a imaginar mecanismos concursales exclusivos para ella, postergando el análisis de la problemática de las pequeñas y medianas empresas y de la insolvencia de los consumidores. La realidad ha mostrado, sin embargo, que los pequeños concursados, cuya insolvencia sólo afecta el interés de sus acreedores, han hecho un uso inadecuado de las herramientas concursales, han perturbado la labor tribunalaria y alargado, a veces, increíblemente, el cobro de las acreencias (o, lisa y llanamente, han frustrado su pago).

También este debate está instalado en la década en curso. No hay definiciones sobre qué debiera considerarse “pequeño concurso” ni acerca de cuál sería el tratamiento concursal diferenciado. Tengo claro que al menos se ganaría bastante eliminando a las personas físicas no comerciantes o no empresarias —los hoy llamados “consumidores”— de la legislación concursal común, estableciéndose para ellas un proceso concursal único y liquidativo. La prevención de la liquidación, para estos sujetos, debiera ser extrajudicial o, en caso de quiebra declarada, vía avenimiento o pago total. Ni concurso preventivo, ni acuerdo reso-

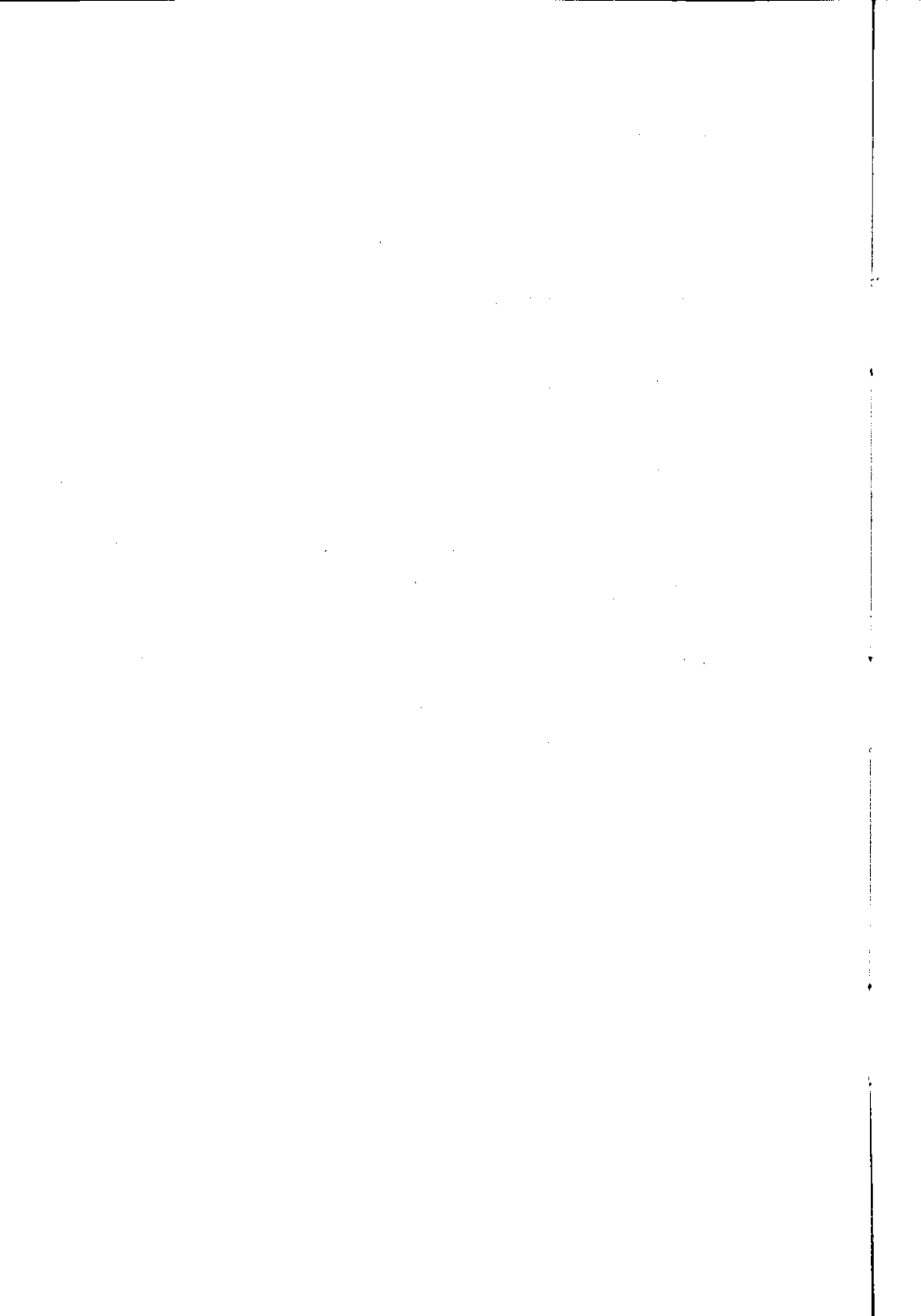
lutorio, ni juntas de acreedores; tampoco extensión de quiebra ni responsabilidad de terceros, calificación de conducta ni inhabilitaciones personales. La recomposición patrimonial debería ser la clásica, mediante ineficacias falenciales tradicionales y con período de sospecha fijo, sin necesidad de dictamen sindical. En síntesis, un proceso liquidativo-distributivo orientado por una regla de reparto a prorrata, con simplificación de los privilegios y la mira puesta, primero en la satisfacción de los acreedores, y luego en la rehabilitación del deudor desde el punto de vista patrimonial.

5. La última gran preocupación que enfrentamos es la relacionada con las personas responsables de los concursos: los órganos concursales y las magistraturas respectivas. Los ejes del debate en este tópico parecen ser: quiénes desempeñarán las tareas hasta hoy asignadas al síndico, qué profesión o profesiones habilitarán para ello, qué otros órganos o funcionarios serán convenientes o necesarios (en especial en concursos de cierta magnitud o complejidad), y por fin, las ventajas o desventajas de la competencia judicial especializada en la materia. Los mejores diseños legales fracasan cuando no se prevén estructuras y hombres adecuados para ponerlos en práctica.

VIII. *Conclusión*

Seguramente han quedado sin tratar, o han sido inadecuadamente tratados, algunos temas concursales de relevancia. El panorama expuesto, sin embargo, nos permite apreciar que nada es definitivo en nuestra materia, que mucho hay por debatir y por hacer para construir una concursabilidad adecuada a los tiempos que corren, en un país que ha recuperado la libertad y la racionalidad, en su organización institucional y en su economía. En todo caso, me parece cierto que hemos abandonado la ingenuidad de creer que las leyes concursales podrían remediar todos los males, que podrían hallarse fórmulas jurídicas capaces de hacer

sobrevivir *sine die* a empresas condenadas a muerte por el mercado, que la supervivencia podría forzarse sin costo, que debería encontrarse algún mecanismo judicial para evitar la desaparición de empresas independientemente de los criterios de eficiencia y competitividad. También en el derecho concursal se baten en retroceso las fantasías, las ingenuidades o pseudoingenuidades, el pensamiento mágico, con lo cual hemos abandonado posiciones extremas al estilo “nadie debe quebrar”, o “la quiebra ya no sirve”, o “es menester reducir el contenido del nuevo derecho concursal sólo al tratamiento de las dificultades de las grandes empresas”. Veo en este fin de siglo una mayor humildad, fruto del reconocimiento de los propios límites, mayor sensatez en el pensamiento concursal y menos extremismos en los debates concursales corrientes, así como convergencias de opiniones hasta hace poco inimaginables. Y aunque la racionalidad no parece ser el rasgo de la posmodernidad, afortunadamente —para quienes todavía creemos en el pensamiento racional más que en la magia— contemplamos esperanzados en la Argentina de hoy una mayor racionalidad en el derecho concursal, paralela a la que quiere afianzarse en el orden institucional de la última década y en el orden económico de los años recientes. Es buena noticia. Hago votos para que la tendencia se consolide y signe al sistema concursal del porvenir.

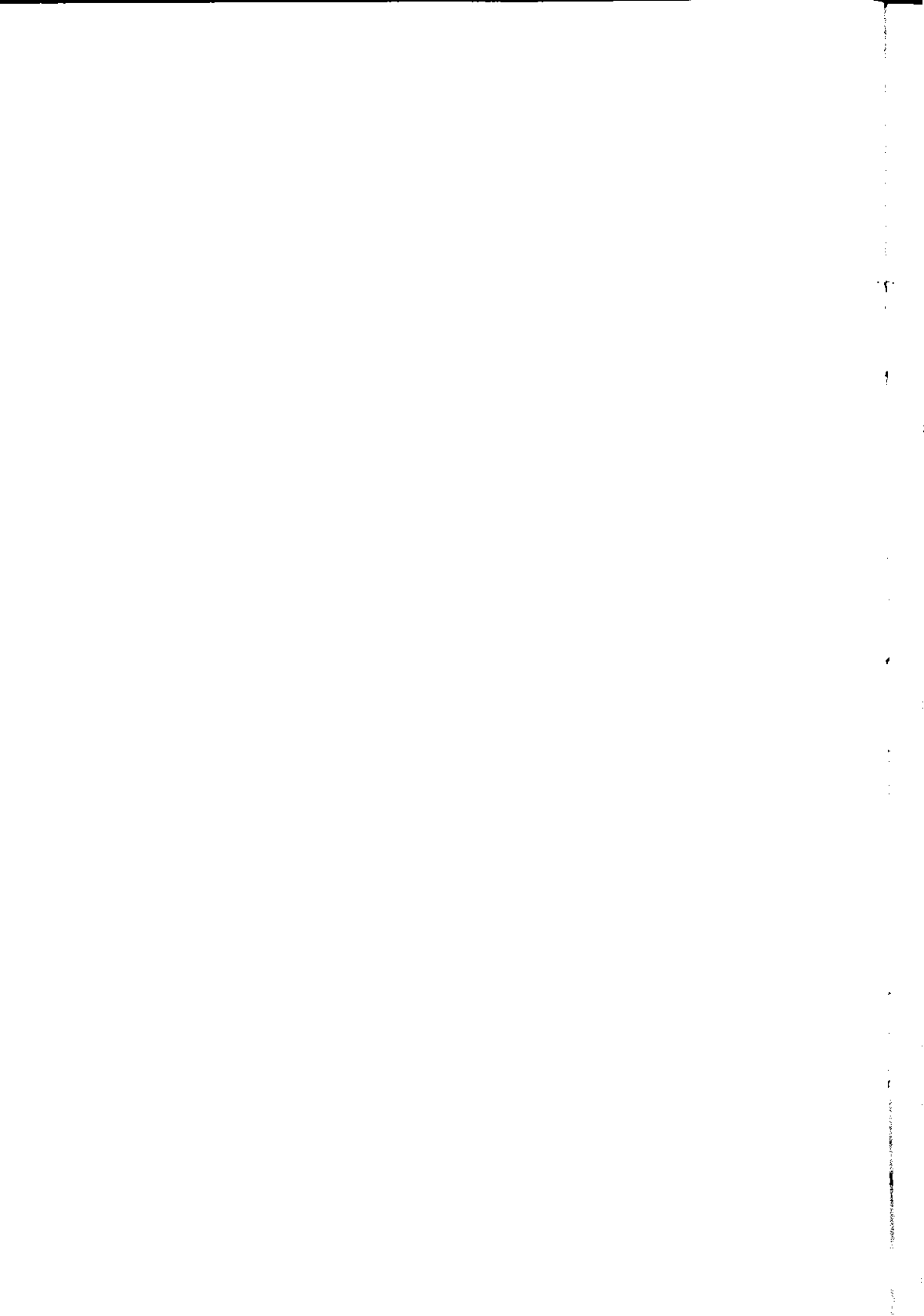


II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

**LOS LLAMADOS “DAÑOS PUNITIVOS”
SON EXTRAÑOS A NUESTRO SISTEMA
DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

*Comunicación efectuada por el académico Dr. Jorge
Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada
del 28 de julio de 1994*



Palabras preliminares

Previamente al tratamiento del tema de los llamados "daños punitivos" deseo hacer una breve reflexión preliminar, que me ha sido inspirada por una tendencia doctrinaria, manifestada en los últimos tiempos, a implantarlos en nuestro ordenamiento civil y, a la vez, por la reforma que la ley 24.316 ha introducido al Código Penal al incorporar los artículos 27 bis y 76 bis.

El artículo 27 bis establece entre las condiciones a cumplir por el condenado a ciertas penas, un régimen particular a observar por el condenado en caso de suspensión condicional de la ejecución de la pena y, entre otras reglas, debe "realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo" (art. 27 bis, punto 8).

El artículo 76 bis en relación al imputado de un delito con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, dice que "éste podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba y deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño al damnificado".

Estas disposiciones tienen un parentesco muy cercano con la "diversion" y la "probation" del derecho norteamericano que tienen por fin desviar los delitos de las instancias penales para evitar a los procesados o condenados el estigma del procesamiento y la cárcel.

Estas instituciones extrañas a nuestro sistema legal se originan en el "common law" y conducen a confundir los ámbitos del derecho privado y del derecho público en cuanto a la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

Con el "daño punitivo" de carácter ejemplar se impone al responsable de un ilícito civil, una sanción represiva o pena propia del derecho criminal y, con el requisito de ofrecer el pago de la indemnización al damnificado y de compensar a la comunidad con trabajos no remunerados, se impone al responsable de un ilícito criminal una sanción compensatoria propia del derecho civil.

Estas palabras preliminares contienen sintéticamente el epílogo de esta comunicación: en los países de tradición jurídica romana a través del derecho continental europeo no tienen cabida instituciones de ese tipo, elaboradas durante siglos de aplicación del "common law" a través de los precedentes jurisprudenciales, que son las fuentes formales del derecho en aquellos sistemas jurídicos.

Desarrollo de la comunicación

I. Introducción

En un excelente trabajo elaborado por el Dr. Ramón Daniel Pizarro¹ expresa que los "daños punitivos" constituyen una institución de gran predicamento en el sistema del common law, principalmente en los Estados Unidos de Norte América. Sin embargo, agrega, entre nosotros y en la mayor parte de Europa continental y de Latinoamérica, no han alcanzado mayor repercusión.

A esta publicación ha seguido una brillante disertación de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci pronunciada en su condición de miembro correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

¹ Homenaje al Prof. Dr. FÉLIX A TRIGO REPRESAS publicado en "Derecho de Daños" (Segunda parte), p. 287, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1993.

en la sesión pública del 26 de agosto de 1993². En esta exposición la distinguida disertante ha expresado que no obstante su importancia el tema había despertado hasta 1993 muy escasa atención en la doctrina nacional y destaca que a su entender el Dr. Pizarro fue el primer civilista argentino que transmitió en nuestro país la experiencia jurisprudencial y doctrinal del common law en la materia.

Adelantamos que el Dr. Pizarro efectuó finalmente algunas reflexiones de "lege ferenda" en torno a la punición del ilícito en el derecho privado argentino y a sus proyecciones futuras. Por su parte la Dra. Carlucci cree inconveniente la implantación de los daños punitivos por los varios motivos que expone, y expresa seguidamente las razones que, a su juicio, hacen preferible el sistema que atiende a las ganancias o ventajas obtenidas por el dañador por sobre el de los llamados daños punitivos.

Por mi parte reservo para más adelante los argumentos que me convencen de que la cuestión de los daños punitivos es extraña a nuestro sistema de responsabilidad civil, y que la restauración de la pena privada importa un retroceso en la evaluación del régimen sancionatorio de los ilícitos, sean estos civiles o penales, y quiebra la coherencia de los ámbitos jurídicos en los cuales se producen, a la vez que confunden y desvirtúan los fines éticos y sociales que dan fundamentos y justificación al poder del Estado de juzgar y sancionar diversamente las conductas antijurídicas, según la trascendencia y gravedad con que ellas agravan a una sociedad justa dentro del estado de derecho, que reserva a una de sus ramas el monopolio de la administración de justicia.

II. *Distinción entre "Damage" (Daño) y "Damages" (Compensación o indemnización)*

Una aclaración terminológica se impone previamente al tratamiento de la cuestión, pues, como bien lo dice la

² Anticipo de "Anales", Año XXXVIII, Segunda época, N° 31.

Dra. Carlucci, la expresión "daños punitivos", traducción literal de la inglesa "punitive damages", no tiene tradición en nuestro derecho.

Para un jurista que estudia y cultiva el derecho civil de tradición continental europea heredera del derecho romano escrito, es difícil de comprender la expresión "punitive damages" que comprende, por una parte, el concepto del daño que afecta al damnificado y, por otro lado, la idea de castigo o punición que debe dirigirse al dañador.

Tratando de entender el significado de la expresión "punitive damages", debemos comenzar por diferenciar el significado de "damage" (singular) de "damages" (plural). Del importante diccionario jurídico anglo-americano de uso frecuente en los países del "Common Law"³ rescatamos las siguientes observaciones:

a) En primer lugar "damage" significa pérdida, daño o deterioro causados por la negligencia, intención o accidente de una persona respecto de otra en su persona o en sus bienes. Esta palabra debe distinguirse del plural "damages" que significa una compensación en dinero por una pérdida o daño. "Esta injuria da derecho a quien ha sufrido un daño a demandar la reparación del mismo contra quien ha sido el autor. Por daño entendemos toda pérdida o disminución ocasionada a una persona, a sí misma o a sus bienes por la culpa de otra".

b) En segundo lugar "damages" significa "una compensación pecuniaria o indemnización que le permita obtener en justicia una reparación a toda persona que hubiese sufrido lesión, detrimento o injuria sea en su persona, propiedad o derechos por un acto ilegal, omisión o negligencia de otro".

c) En tercer lugar, de las más de treinta expresiones que en el diccionario citado definen y califican otras tantas particularidades de "damages" con el significado de com-

³ *Black's Law Dictionary* by HENRI CAMPBELL BLACK M.A., St. Paul Minn., West Publishing Co., 1968.

pensación pecuniaria o indemnización, conciernen solamente al tema que estamos tratando, las siguientes dos clases:

1) "*Compensatory damages*": "Son aquellos que compensan al damnificado por los daños sufridos y nada más; por ejemplo, reparar o reemplazar el bien dañado por la conducta ilícita".

2) "*Exemplary damages*": "Es una indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida de sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición, por cuya razón son también llamados "punitive" o "punitive damages" o "vindictive damages" o vulgarmente "smart money". "Se dice por otra parte, que la idea de castigo no debe entrar en esta definición. El término debe emplearse para significar el incremento de indemnización considerando que el daño fue agravado por el daño moral ('injury to the feelings') del actor debido a la conducta del demandado"

d) Dentro de las más variadas calificaciones de "damages" que contiene el diccionario, no existe mencionada la que usualmente se emplea como "punitive damages"; por lo cual debemos entender que esta última expresión se identifica con "exemplary damages" que sí ha sido definida.

Este análisis del significado de las expresiones "damage" (en singular) y "damages" (en plural) nos lleva a la conclusión de que son conceptos diferentes aunque se hallen vinculados legalmente al mismo fenómeno de responder por el daño causado a otro. Así "damage" es el daño o perjuicio material o moral sufrido por la víctima o damnificado como

resultado de la acción del responsable. A su vez "damages" es la reparación o indemnización debida a aquel por el autor de la conducta ilícita de acción u omisión.

La primera expresión ("damage") queda fuera del ámbito del específico tema que estamos considerando o sea la reparación o indemnización del daño ("damages"). En este último sentido tienen relevancia los conceptos que aparecen como subespecies: "compensatory damages" y "exemplary damages", el primero, como una pura y simple reparación del daño y nada más; el segundo, como una sanción que incrementa el resarcimiento con la principal finalidad de castigar. Hecha esta aclaración nuestro comentario versará no sobre el daño ("damage") sino sobre la sanción del mismo o sea la reparación ("damages"), aunque el título que encabeza este trabajo alude a los llamados "daños punitivos" porque así se menciona al tema en nuestra doctrina civilista, lo que ha merecido la crítica de Pizarro para quien "resulta objetable pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no por el daño en sí mismo" ^{3b1a}.

III. *La doctrina y jurisprudencia norteamericana en la aplicación de los "exemplary damages"*

Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos, no resulta claro ni definitivo que la finalidad de los "exemplary damages" o "punitive damages" persiga únicamente el castigo o represión de la conducta maliciosa o abusiva del autor y también la prevención ejemplar que le inhiba de otros comportamientos igualmente indeseables. En algunos casos, se pretende también que ese plus que admiten las Cortes de Justicia por encima de la compensación de los daños tienen la función de dar satisfacción a los presuntos padecimientos o angustias o lesión a los sentimientos de la víctima. Además, atribuyéndole un sentido vulgar ("smart money") se supone que para quien tenga que

^{3b1a} Op. cit., p. 291, nota 7.

pagarlas le provocará una molestia o amargura, a la vez que para quien la reciba ("sweet money") será la plata dulce que excede el monto de la reparación ⁴.

Orientados hacia el análisis económico de la responsabilidad civil ⁵, otros autores ⁶ refiriéndose a los "punitive damages" los definen diciendo que son la indemnización que se reconoce al demandante como un modo de castigar al demandado. El análisis económico lo realizan los autores citados, comenzando por responder a dos preguntas:

1. ¿En qué situaciones se reconocen "punitive damages"?

2. ¿Cómo se determina el monto?

En la mayor parte de los Estados existen leyes que determinan las condiciones para reconocer los "punitive damages". En general, son intentos legislativos de plasmar la jurisprudencia que en la práctica adoptan los tribunales. De acuerdo con las normas más comunes, los "punitive damages" se otorgan cuando la conducta del demandado ha sido maliciosa, opresiva, intencional o fraudulenta. Estas normas solamente proveen guías para reconocer "punitive damages". Como no se trata de normas precisas, subsiste mucha incertidumbre acerca de cuándo deben reconocerse.

Hay mucha mayor indefinición en cuanto al monto que debe fijarse en base a este concepto. Las leyes no contienen instrucciones para fijar el monto de los "punitive damages".

Se supone que los "punitive damages" deberían tener una relación razonable con los "compensatory damages" y con la capacidad de pago del demandado, pero los tribunales no han especificado en detalle qué significa "razonable"

⁴ *Casualty claim practice* by JAMES H. DONALDSON, LLB, LLM of New York and New Jersey Bar, p. 55, Ed. Richard D. Irwin Inc., Illinois, 1964.

⁵ JORGE EDUARDO BUSTAMANTE, *Responsabilidad por Daños*, en Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Ed. Abeledo-Perrot, 1990. Su trabajo *Análisis Económico de la Responsabilidad Civil*, T. I, p. 159. El autor cita en el apéndice una abundante bibliografía extranjera sobre el tema.

⁶ *Law and Economics* by ROBERT COOTER, de la Universidad de California, y THOMAS ULEN, de la Universidad de Illinois, Ed. Scott, Foresman and Company, 1990.

o "capacidad de pago". Por ejemplo, no hay forma de determinar si los "punitive damages" deberían limitarse a duplicar los "compensatory damages" o si pueden deduplicarlos. Los jueces determinan esto conforme a su criterio y en muchos casos han reducido los montos fijados por los jurados.

Siendo las normas tan vagas, los jurados tienen mucho margen para utilizar su discreción. En un caso típico que involucra "punitive damages", se solicitó al jurado que decidiera si deben reconocerse "punitive damages" y, en caso afirmativo, cuál debe ser el monto. Pero el jurado no recibe pautas para fijarlo. Cuando no existen pautas, el jurado resuelve por intuición y este procedimiento parece demasiado incierto e inestable para basar un elemento tan importante del derecho de daños ("tort law"). Hay, por tanto, una necesidad imperiosa en esta materia para dictar más legislación que controle los "punitive damages" y el análisis económico puede dar guías para su desarrollo.

En el texto que citamos se aclara que los "punitive damages" tienen por objeto "sancionar" a quien actúa en forma irresponsable para su provecho individual. De este modo se exige siempre la prueba del dolo o la culpa grave. Esta prueba se exige también en los casos de productos elaborados, aunque exista responsabilidad objetiva: ésta cubre el daño compensatorio, pero no los "punitive damages" que son aplicables si el fabricante actúa con dolo, culpa grave o fraude.

El análisis económico parte de la premisa de que toda persona que realiza una actividad que puede causar riesgos hace un cálculo de costo beneficio respecto de lo que debe gastar en prevención frente al riesgo de tener que responder por daños. Si los jueces sistemáticamente fijan indemnizaciones bajas o si el público no demanda cuando sufre daños, los agentes estimarán que el riesgo de sufrir una condena es bajo y por ende, disminuirán sus gastos en prevención.

Por ejemplo, un industrial reducirá a la mitad costosos

controles de calidad ahorrando así \$ 1.000 si sabe que el riesgo de una sentencia adversa es de \$ 900.

Los autores proponen mantener el instituto de los "punitive damages", pero buscando una fórmula donde los "punitive damages" sean el "ajuste" indemnizatorio necesario para que, quienes realizan actividades susceptibles de causar riesgos, reciban una condena "superior" al monto de los daños efectivamente causados en el caso concreto ("compensatory damages") pero que los "castigue" por todos los otros casos en que no fueron demandados o por las sentencias fijando indemnizaciones insuficientes. De ese modo, al elevarse el nivel de indemnizaciones en una proporción semejante a los casos no indemnizados, los agentes mejorarán su esfuerzo de prevención.

En el otro extremo, cuando las sumas fijadas como "punitive damages" son muy elevadas, los agentes exageran los esfuerzos de prevención aumentando el precio de los productos o servicios e impidiendo que sean accesibles a los sectores de menores recursos. Los productos y servicios se encarecen también por el costo de los seguros. Esto ha provocado una crisis de la industria del seguro y el abandono de ciertas actividades productivas.

Desde el punto de vista económico, también el exceso de prevención es ineficiente, pues se consume riqueza en un bien por encima de lo necesario. Es decir, se sustraen recursos a otras actividades para dedicarlos a la prevención. El mayor precio final refleja ese fenómeno.

Para tener idea de los montos fijados por los tribunales, se suele citar que en 1986, la empresa petrolera Texaco fue condenada a pagar la suma de U\$S 11.120.000.000 en daños y perjuicios a otra petrolera, Pennzoil, por interferir en negociaciones de esta última destinadas a comprar Getty Oil. Del monto citado U\$S 1.000.000.000 eran "punitive damages".

Desde el ángulo de los "punitive damages" existe en EE.UU. una honda preocupación por los montos exagerados con los cuales los jurados incrementan la aplicación de los "compensatory damages". Un reciente fallo de la Suprema

Corte Federal de ese país ha demostrado la trascendencia institucional que se le atribuye a este tipo de decisiones de la mayoría de las Cortes estatales.

El 24 de junio de 1994 la Suprema Corte Federal de los EE.UU. dictó un pronunciamiento "prior history" ejerciendo el "writ of certiorari", el Alto Tribunal expidió un auto de avocación para cerciorarse de la causa "Honda Motors Corp. c/Karl Oberg" que fue sentenciada por la Corte del Estado de Oregon, la cual fijó en concepto de indemnización la suma de U\$S 1.000.000 por "compensatory damages" incrementada en 5 veces más por "punitive damages".

El caso ha sido un precedente histórico⁷ al revocar la Corte Federal el fallo estatal. Por primera vez en la historia el Tribunal invocó la cláusula del debido proceso de la Enmienda IV para condenar el sistema de "punitive damages" de un Estado, por violación o ataque a la garantía constitucional del derecho de propiedad (property).

En un fallo dividido (7-2) la Corte resolvió que el sistema de daños punitivos del Estado de Oregon viola el debido proceso legal y revocó el fallo del jurado en un caso de responsabilidad por productos elaborados. El punto muy preciso sobre el cual debió expedirse la Corte era "si el Estado de Oregon podía prohibir que los jueces redujeran los veredictos emitidos por los jurados en casos de daños punitivos, cuando los considerasen excesivos". La Corte aprovechó la oportunidad para afirmar que "los punitive damages" son una forma peligrosa de castigo establecida por los Estados y que debe ser controlada por los Tribunales.

El fallo de la Corte Suprema Federal en el caso "Honda" debe constituir un mensaje audible a los gobiernos federal, estatales y locales para que los derechos de propiedad sean respetados. Luego de años de dudas, la Corte ha declarado que la Constitución prohíbe actos de gobierno irrazonables que infrinjan los derechos de propiedad, ya fuere bajo la forma de procesos judiciales cuando los jurados reciben autoridad ilimitada de redistribuir sumas im-

⁷ THEODORE J. BOUTROUS Jr., en "Wall Street Journal", del 29 de junio de 1994.

portantes de dinero de unos ciudadanos a otros (de los condenados a los demandantes).

La Corte también afirmó que la Constitución impone límites sustantivos al monto de los veredictos por "punitive damages" y anticipó que debía definirse el criterio que permita identificar los veredictos constitucionalmente excesivos. Asimismo enfatizó que los Estados deben establecer procedimientos para proteger a los demandados contra veredictos de los jurados que pudiesen ser ilegales, parciales o arbitrarios.

En el comentario del importante periódico de Nueva York al que nos estamos refiriendo se destaca que la Suprema Corte Federal ha tratado el tema de los "punitive damages" con bastante frecuencia dictando sentencias cautelosas, a veces con opiniones contradictorias y aun incomprendibles. Estas opiniones generalmente expresaban gran preocupación acerca de intrusiones gubernamentales inconstitucionales que afectan los derechos de propiedad, pero poco han hecho antes de ahora para hacer frente al problema y darle solución.

En cinco decisiones dictadas en siete años la Corte eludió o rechazó los argumentos fundados en la violación del debido proceso en materia de "punitive damages", pero, sin embargo, daba razones para que futuros litigantes recurrieran a dicho argumento legal.

En el fallo citado la Corte Suprema norteamericana ha destacado que los derechos de propiedad tienen más que una protección constitucional secundaria y, por primera vez en más de 50 años, el máximo Tribunal ha puesto los derechos de propiedad a la par con los derechos individuales protegidos por la Primera Enmienda (libertad de expresión, prensa y religión) y por la Cuarta Enmienda (violación ilegal de domicilio).

Esta decisión en el caso "Honda Motor Corporation", habrá de generar sin duda muchos litigios en materia de derecho de propiedad y, en última instancia, conducirán a reiterados pronunciamientos del Alto Tribunal en el mismo sentido.

Aunque en el caso que comentamos se sostuvo por la mayoría de los miembros que suscribieron el fallo, que los Estados deben requerir a los Tribunales estatales que revisen los veredictos emitidos por los jurados en casos de "punitive damages", no se aclaró en qué forma la revisión judicial cumplirá con la exigencia constitucional del debido proceso, ni tampoco fijó pautas para que los Tribunales decidan cuándo un veredicto debe ser considerado excesivo. A medida que los veredictos en esta materia continúen creciendo en dimensión y frecuencia por la cada vez más reiterativa costumbre de aplicar los "punitive damages", la cuestión puede llegar a convertirse en grave problema institucional.

En el caso "Honda" la Corte reconoció expresamente que permitir a los jurados calcular los montos de incremento de los "compensatory damages" a título de "exemplary damages" basándose en la prueba de la solvencia económica de los demandados, crea un peligroso riesgo de fallos abusivos y parciales en perjuicio de partes solventes domiciliadas en otros Estados.

Creemos que la referencia a este trascendente fallo de la Corte Federal de los EE.UU. sirve para alertar sobre el peligro que puede significar la adopción, en nuestro sistema legal, de la aplicación de la punición de ilícitos por el derecho privado con un sentido eminentemente pragmático y discrecional, implementándose de "lege ferenda" penas civiles a favor de las propias víctimas o de terceros.

IV. *Origen histórico de los "exemplary damages"*

Aunque algunos autores creen encontrar remotos orígenes a esta doctrina en las primitivas comunidades tribales, nos parece exagerado hallar su antecedente en la venganza privada, en la composición voluntaria y en la composición legal que no era otra que la pena privada. Mientras no se han diferenciado las sanciones (represión del delito y reparación del daño) y el Estado no ha asumido la función de

aplicarlas, las comunidades se hallaban muy lejos de formar un Estado en el concepto moderno de organización político social⁸. Desde entonces el concepto de pena privada se ha convertido en reparación del daño dentro del marco jurídico de la responsabilidad civil.

Puede sí afirmarse la convicción de que los "punitive damages" tendrían un antecedente en los "aggravated damages", introducidos en la jurisprudencia de Inglaterra en el siglo XVIII, originariamente concebidos como clave resarcitoria para ilícitos de especial gravedad, a los cuales no les corresponde una acción autónoma a 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.⁹. La ambigüedad de estas categorías o conceptos ha conducido a ciertos autores¹⁰, a sostener que hay pocas o ninguna sentencia sobre "los daños punitivos" o "dommages intérêts punitifs" que no puedan ser explicados como ejemplos de "dommages intérêts" agravados.

Sin embargo, no es dudoso desde el fallo "Rookes v. Barnard" dictado en Inglaterra por la Cámara de los Lores en 1964, que los "dommages intérêts punitifs" forman una categoría aparte. La sentencia se dictó en un caso de intimidación durante un litigio comercial. Lord Devlin consagró en su opinión algunos desarrollos de "dommages intérêts punitifs". Reconoció así que la función primera de los daños y perjuicios es de reparar el perjuicio sufrido por la víctima, mientras que los "dommages intérêts punitifs" tienen por objeto castigar y disuadir al culpable, lo que constituye una institución intermedia entre el derecho penal y el derecho civil. Lord Devlin creyó conveniente por lo tanto limitarlos a tres tipos de situaciones¹¹.

⁸ P. F. GIRARD, *Droit Romain*, París, 1918, p. 403.

MAZEAUD-TUNC, *Tratado de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*, Buenos Aires, 1961, Tomo I, p. 37.

⁹ AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Op. cit.*, p. 21.

¹⁰ G. VINEY y B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel; essai de comparaison des droits Anglais et Français*, París, 1990, p. 57.

¹¹ GENEVIEVE VINEY, *Les obligations. La responsabilité: effets*, París, 1988, p. 7.

La primera comprende el comportamiento opresivo, arbitrario o inconstitucional de los funcionarios. La fuente y el origen de esta categoría fue el famoso caso "Wilkes v. Wood". Lord Devlin se preocupó de no extender esta categoría a los actos coercitivos de personas privadas, físicas o morales. Ella se aplica por lo tanto al gobierno y a sus funcionarios, pues el uso de sus poderes debe ser siempre subordinado al deber de servicio.

La segunda comprende los casos en los cuales el demandado ha actuado conscientemente de modo de obtener un provecho superior a la reparación susceptible de ser atribuida al accionante. Esta situación es frecuente en las cuestiones de difamación o de atentados a la vida privada.

La tercera comprende los casos en que los "dommages intéréts exemplaires" son expresamente previstos por la ley (especialmente en casos de falsificación: "copyright acts").

La doctrina señalada ha sido adoptada en Canadá, Australia, Filipinas, Nueva Zelanda y África del Sur. En Estados Unidos se aplica en la generalidad de los Estados Federales, en algunos ampliamente y en otros con cautela, aunque resisten su aplicación salvo que los admita una disposición legal expresa: Lousiana, Massachussets, Nebraska y Washington. Por su parte en Connecticut, Michigan, New Hampshire y Georgia les dan solamente carácter compensatorio.

Los daños punitivos no se aplican en materia contractual desde que no constituyen "tort right", pues la libre voluntad de las partes expresada en el consentimiento las preservan en principio de las conductas violentas, opresivas, maliciosas, fraudulentas o dolosas con el fin de obtener beneficios más allá de un mero incumplimiento contractual.

V. *La cuestión en los países del continente europeo y de América Latina*

Las naciones continentales de Europa cuyo derecho enraza en el derecho escrito de la tradición romana preva-
leciente sobre el derecho de las costumbres propias de los

países que durante siglos la invadieron, no recibieron la influencia del "common law" desarrollado en las islas británicas y en sus colonias, dominios y comunidades. De allí que poco haya que decirse sobre los llamados "daños punitivos".

En relación con nuestro principal referente en materia legislativa de derecho privado, es decir la república francesa que tanta influencia ejerció como fuente de nuestro Código Civil a través del Código Napoleón y sus comentaristas, así como la orientación que dio a nuestra jurisprudencia durante tanto tiempo la inteligente doctrina de sus tribunales encabezados por los fallos luminosos de su Corte de Casación, podemos afirmar que los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil.

La Corte de Casación ha permanecido hasta el presente opuesta a esta tendencia. En sus fallos recuerda siempre que la responsabilidad civil no tiene función penal, y que la gravedad de la falta no puede justificar una condena superior al valor del daño, lo cual procuraría a la víctima un enriquecimiento, así como, por otra parte, la ausencia de culpa o la levedad de ella no puede ser tomada en cuenta para reducir la indemnización "*le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage*"¹².

Siguiendo la cita de la Dra. Carlucci¹³, 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.

Es sintomático constatar que el art. 1149 —Code Civil— que formula el principio de la equivalencia de los daños a la "perte faite" y al "gain manqué", haya reservado explícitamente las excepciones y modificaciones a las que se

¹² Ver jurisprudencia citada por G. VINEY en la obra citada, p. 8 y en particular la nota 37 que se refiere al fallo del 26 de abril de 1983 (D 1983, p. 37) con nota de R. Lindon, "Los daños e intereses son destinados a reparar el perjuicio sufrido y no deben variar en función de la culpa cometida".

¹³ AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, Op. cit., p. 7.

refiere a continuación de ese texto, señalando con ello que nada más cabe en el concepto de daño y nada más debe ser reparado¹⁴. Está demás aclarar que “dommages” son los daños efectivamente sufridos y que “intérêts” son las utilidades dejadas de percibir. En otros términos, son el daño emergente y el lucro cesante, respectivamente, a que alude el art. 519 de nuestro Código Civil al legislar sobre los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero y que luego se reitera en el art. 1069 al mencionar qué es lo que el daño comprende cuando se trata de los actos ilícitos¹⁵.

Con respecto a los demás países de Europa continental y Latinoamérica, como lo señala Pizarro en el trabajo citado¹⁶, los “daños punitivos” no han alcanzado allí mayor repercusión aludiendo a España, Italia, Suiza y Alemania.

VI. *Los “daños punitivos” no constituyen la sanción apropiada a los ilícitos civiles*

La sanción, que no es sino la consecuencia determinada en la norma para el caso de incumplimiento del deber jurídico impuesto en ella (presupuesto, “tatbestand” o “fatispecie”), tiende en primer término a producir el efecto que el precepto quiere al mandar o prohibir alguna acción. Si la voluntad preventiva de la ley no se cumple mediante el acomodamiento a la conducta prevista en ella, entra a funcionar la sanción resarcitoria o reparadora como el medio de restablecer el derecho violado volviendo las cosas al mismo o igual estado en el que se hallaban antes del acto antijurídico. El primer efecto de la sanción es, entonces, el restablecimiento de la situación conforme a derecho o, en otros términos, el desmantelamiento de la obra ilícita (statu quo ante).

¹⁴ G. VINEY y B. MARKESINIS, Op. cit. p. 56.

¹⁵ JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8ª edic., 1993, p. 167, N° 321 y 322.

¹⁶ R. D. PIZARRO, en op. cit. en nuestra nota 1, p. 295.

Si bien este aspecto es el que reviste típicamente la sanción de cualquier ilicitud, no satisface al sentimiento de justicia que se restablezca el derecho solamente. Para que imperen los valores que aquella debe realizar es necesario evitar que se reiteren las conductas antijurídicas y, por ello, el ordenamiento impone otras sanciones que no consisten ya en reparar el mal que se ha hecho, sino en hacer sufrir al infractor un mal sobre sí mismo en su persona o en sus bienes. Es ésta la sanción represiva o retributiva que constituye la pena (punición o castigo) y que por su carácter excepcional no siempre sigue a toda violación del orden jurídico. No cualquier ilicitud determina esta sanción. La pena conlleva un elemento de compensación ideal de una lesión causada al derecho en general. En la medida en que la acción ilícita lesiona el interés social, ella es acogida por el ordenamiento penal para asignarle una sanción específica de este tipo. El derecho penal aparece así como un sistema discontinuo de ilicitudes o sea un conjunto limitado de figuras jurídicas cerradas y a las cuales debe adecuarse la conducta antijurídica culpable para merecer la sanción retributiva que constituye la pena¹⁷. Esta concepción del derecho penal responde al principio liminar enunciado en el precepto latino "nullum crimen nulla poena sine lege".

Las sanciones de tipo retributivo o ejemplar se hallan también en el derecho civil, si bien las ilicitudes a que corresponden no integran el sistema dogmático del derecho típicamente represivo. Pueden hallarse sanciones de esta clase en ilicitudes civiles que lesionan un interés general, como en el caso de menores que se casan sin la autorización legal, en que la sanción consiste en privarles de la posesión y administración de sus bienes hasta la mayoría de edad (art. 13 Ley de Matrimonio Civil), o en el supuesto de violación de los deberes que impone la patria potestad que se sanciona con la pérdida de la misma o su ejercicio (arts. 307

¹⁷ Sobre el tema nos remitimos a ALFREDO ORGAZ, *El daño resarcible*, p. 17; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, T. 1, p. 34 y siguientes; JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *La sanción resarcitoria*, monografía jurídica 103, Ed. Abeledo-Perrot, 1966.

y 308 del Cód. Civil) y en tantos otros ejemplos del derecho de familia y sucesiones, en los cuales aquella sanción no se propone reparar el entuerto, sino que por su carácter ejemplar persigue el fortalecimiento de aquellas instituciones de orden público en las cuales se sustenta la familia y el orden sucesorio como base de la organización social.

De las dos sanciones que hemos tratado, la primera lleva siempre implícita la idea de reposición y apunta al objeto de la violación (al bien jurídico lesionado) para restablecerlo en su integridad. La segunda lleva en sí la idea de castigo y de ejemplo; es represiva y preventiva y se dirige al sujeto que cometió la ilicitud para hacerle sufrir la disminución de un bien jurídico, llámese castigo o punición.

Sólo por mantener una terminología difundida en la doctrina civilista a pesar de su equívoco significado, nos referimos aquí a los "daños punitivos" que no constituyen la sanción apropiada a los ilícitos civiles. Como lo hemos anticipado, lo que realmente ocupa nuestro interés es la reparación, compensación o indemnización ("compensatory damages") de los daños sufridos por una persona con motivo de un acto ilícito cometido por otra. La cuestión del resarcimiento del daño nos introduce en la doctrina de la responsabilidad civil, que busca una sanción en el derecho privado para que quien deba dar respuesta de su conducta antijurídica cumpla la carga de reparar el daño sufrido por la víctima y nada más que ello. Si su conducta tipifica un delito previsto y penado por la ley penal, habrá cometido por el mismo hecho otro ilícito que, al comprometer el orden público y la organización social, será sometido a la jurisdicción penal y con las garantías del debido y específico procedimiento criminal tendrá que recibir una condena, que llevará a la aplicación de la condigna sanción represiva o castigo, que será la pena pública prevista por la ley para el específico delito cometido.

VII. *En nuestro sistema legal no existen penas privadas*

1. El eje de nuestro sistema de responsabilidad civil está en el art. 1109 que tiene su fuente en los arts. 1382 y 1383 del Código Napoleón: "Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio". El autor culpable del daño sólo está obligado a la reparación del mismo, pero en modo alguno a sufrir una pena o castigo. Si hubiere actuado con dolo o sea a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro habrá cometido un delito civil (art. 1072 Cód. Civil). En este supuesto intencional tampoco está sujeto a otra sanción que no sea la reparación del daño, aunque la extensión del resarcimiento debido alcanza hasta las consecuencias puramente casuales cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (art. 905 Cód. Civil).

2. Esto sucede si el factor de atribución es subjetivo pero el resultado no varía si el factor fuere objetivo. En el caso de riesgo las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1979 aprobaron una recomendación de "lege lata" estableciendo que la extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva, con excepción de los casos específicamente legislados en leyes especiales, se rige por las mismas disposiciones legales que regulan los cuasidelitos. Son indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas. No son reparables las consecuencias casuales emergentes del hecho de la cosa. La atenuación de la responsabilidad prevista en el art. 1069 del Código Civil es aplicable a la responsabilidad objetiva. Son reparables los daños morales originados en el riesgo de la cosa¹⁸.

3. Si el factor de atribución objetiva es la equidad (art. 907 Cód. Civil) los jueces podrán disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño teniendo en cuenta

¹⁸ Publicación de "La Ley", Barcelona, 1981, p. 191.

la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima. Desde luego que se excluye la idea de pena atendiendo a que el autor del daño carece de discernimiento.

4. La cláusula penal se halla fuera de cuestión porque ella resulta de la estipulación contractual y por lo tanto ajena al régimen legal de los delitos y cuasidelitos. Pero se impone aclarar que no constituye una pena privada o castigo al deudor que no cumple, sino que constituye una liquidación anticipada de la indemnización que corresponderá al acreedor por inejecución o retardo, calculada sobre la base de una representación de los daños que las partes tienen en cuenta al contratar ¹⁹.

5. El art. 666 bis de nuestro Código Civil dispone: "Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieran deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial". Las "astreintes" no son una pena civil por el incumplimiento, sino un procedimiento de intimidación para obligar a cumplir las decisiones judiciales. Cumplida la condena, el juez puede dejar sin efecto total o parcialmente las astreintes, lo que no se concibe en la pena civil derivada de su incumplimiento ²⁰. Sin embargo, una vez liquidada, la astreinte cambia de naturaleza. Ella no constituye más una simple amenaza, se convierte, desde entonces, en una sanción pecuniaria ²¹ y es excepcionalmente una pena privada cuyo monto es atribuido al acreedor y no al Estado, independientemente de la reparación de los daños y perjuicios.

6. Tratándose del daño moral, la mayoría de la doctrina afirma que la reparación del daño extrapatrimonial no

¹⁹ E. B. BUSSO, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1958, Tomo IV, p. 461.

JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8ª edic., 1993, p. 185.

²⁰ G. A. BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, 1971

²¹ YVES CHARTIER, *La réparation du préjudice*, París, 1983, p. 898.

difiere de la reparación del daño material y que aquél como éste no son sino especies del daño. La sanción en ambos casos cumple una función resarcitoria y no constituye una sanción ejemplar o represiva. Reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones o compensaciones equivalentes a las que ella ha perdido. El dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función de equivalencia que en los daños materiales, pero en modo alguno es una pena privada ²².

Es oportuno destacar que los "exemplary damages" cuya definición anticipamos, aunque aparecen como una indemnización incrementada reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial y cuyo objeto sería compensar al actor por la angustia sufrida y agravio a sus sentimientos, no tiene relación alguna con el daño moral cuya reparación admite la doctrina y la legislación en los países de tradición continental europea.

La finalidad de aquella sanción es agravar la pena que debe imponerse al demandado a causa de la violencia, el dolo o el fraude de su conducta ilícita, pero ese incremento de la reparación no contempla la hondura de los sentimientos lesionados de la víctima, sino solamente la mayor afectación que deberá soportar el patrimonio del demandado. Ese plus punitivo no se necesita que lo pida el demandante pues la Corte lo aplicará en ejercicio de la función que le incumbe en la represión del ilícito perverso, con total independencia de lo que podría constituir la valuación de ese daño no mensurable ²³.

²² JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Opus cit.* p. 239 y siguientes donde cita abundante doctrina nacional y extranjera.

²³ JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Equitativa valuación del daño no mensurable*, "L.L.", 1990, "A", p. 564.

Conclusiones

Quienes han realizado en nuestro país los estudios más serios sobre los llamados daños punitivos, discrepan sobre la traslación —de lege ferenda— de la experiencia estadounidense en materia de punición del ilícito en el derecho privado argentino.

El tema es opinable afirma Pizarro ²⁴ y requiere dejar de lado ciertos prejuicios y preconceptos, en los que frecuentemente incurren inclusive autores que profesan las ideas más modernas y progresistas en materia de derecho de daños. El autor citado parte de la premisa básica de que la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente cuando quien contraría el ordenamiento jurídico, causando un daño a otro, actúa deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad o con grave menosprecio de los derechos de terceros. La idea de que en tales supuestos, dice el autor citado, es necesario pagar algo más que la mera reparación del daño, fluye como un sentimiento de justicia, no disociado en modo alguno de los valores seguridad y equidad. Finaliza expresando que la futura política legislativa en materia de punición de ilícitos por el derecho privado, debe ser eminentemente pragmática y nada impide que, según los casos, se implementen penas civiles a favor de las propias víctimas o de ciertos terceros.

Por su parte Kemelmajer de Carlucci ²⁵ cree inconveniente la implantación de los daños punitivos por las varias razones que allí expone, pero agrega que ello no significa que el ordenamiento jurídico deba contemplar de brazos cruzados que una persona cometa ilícitos al amparo del cálculo de que los daños reparables serán inferiores a las ganancias obtenidas. Sin necesidad de acudir a la categoría discutida de los “daños punitivos” la distinguida jurista y

²⁴ R. M. PIZARRO, *Opus cit.* p. 333.

²⁵ AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Opus cit.* p. 37.

magistrada de prestigio, expresa que el remedio a esta anormalidad del sistema predominantemente resarcitorio que nos domina, puede encontrarse en otras figuras jurídicas.

Resumiendo su pensamiento, concluye Kemelmajer de Carlucci que en supuestos como los que ha mencionado en su trabajo (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. Afirma así las razones que a su juicio hacen preferible el sistema que atiende a las ganancias o ventajas obtenidas por el dañador por sobre el de los llamados daños punitivos. A la instrumentación de este sistema se pretende fundarla en la teoría desarrollada en Alemania en relación a supuestos de intervención o infracción del derecho ajeno, que encuentra sus raíces en la "condictio por intromisión" o "condictio por enriquecimiento" cuyo fundamento estaría en el ejercicio de los derechos reales.

Por nuestra parte pensamos que no son de aplicación en nuestro sistema de responsabilidad civil ni puede propiciarse de "lege ferenda", ninguno de los principios jurídicos que en otras legislaciones foráneas pueden dar sustento a penas civiles o sanciones represivas, retributivas o ejemplares en el ámbito del derecho privado. Las legislaciones de todos los países que tienen origen en la tradición escrita del derecho romano a través del derecho continental europeo, no toleran la aplicación de este tipo de sanciones en el derecho privado y las reservan exclusivamente a los ilícitos penales que por su carácter público tienen un régimen particular de estrictas garantías en la administración de la justicia represiva.

Dentro de la definición de delito que formula el maestro Sebastián Soler²⁶ como una acción típicamente antiju-

²⁶ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1963, Tomo I, p. 222.

rídica, culpable y adecuada a una figura penal, se destaca como elemento que la adecuación a una figura penal es un requisito de la definición del delito para todo sistema jurídico en el que rija, como ocurre con el nuestro, el principio "nullum crimen sine lege" (art. 18 de la Constitución Nacional) o sea que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...".

La exigencia de que la punibilidad de un hecho sólo pueda ser establecida por una ley anterior a su comisión, obedece a la idea política de reservarles a los individuos, como zona exenta de castigo, la de aquellos hechos que por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer²⁷.

Tratándose de una garantía individual, esa zona de reserva debe estar claramente trazada, lo que se logra fundamentalmente mediante la enumeración taxativa por la ley de los hechos punibles y de las penas pertinentes, de manera que aquéllos y éstas representen un "numerus clausus" en recíproca e inalterable correspondencia.

Como lo señala Núñez en su obra citada, el principio de legalidad mencionado se aplicó en el Derecho romano y adquirió la categoría de una garantía política superior, limitadora y rectora de la legislación penal positiva en el Derecho Constitucional Norteamericano y en el Derecho Constitucional de la República Francesa que lo recibió de aquél.

Exponiendo una visión crítica de los daños punitivos en el derecho norteamericano²⁸, se puede observar que a pesar de la flexibilidad del "Common Law" en la aplicación del principio cardinal que enuncia el "stare decisis" dentro del gran ámbito de libertad que suministra al juez²⁹, se señala que "los daños punitivos son una suerte de anomalía:

²⁷ RICARDO NUÑEZ, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1959, Tomo I, p. 105.

²⁸ AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Op. cit.*, p. 32 y siguientes.

²⁹ JULIO CUETO RUA, *El Common Law*, Buenos Aires, 1957, p. 121 y siguientes.

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". También se dice en la crítica que el sujeto corre el riesgo de estar sometido a una doble condenación, violándose el principio constitucional del "non bis in idem", y al no quedar vinculados los daños punitivos a ningún elemento objetivo verificable, se violaría el debido proceso legal (due process of law).

La iniciativa de promover en nuestro país la sanción de las leyes penales adecuadas a la realidad de hoy, tal como lo proponemos más adelante, no solamente servirá para mantener la coherencia de nuestro ordenamiento legal dentro de su tradición histórica y respetando las garantías constitucionales, sino que evitará las críticas que se formulan al régimen de aplicación de los llamados "daños punitivos" en el Derecho norteamericano.

Finalmente estamos convencidos de que a todos quienes estudian el derecho y se preocupan por su evolución de acuerdo con las transformaciones sociales que se operan en el mundo con el transcurso del tiempo, no puede dejar de inquietar el avance de la ciencia, el progreso de la técnica, el incremento demográfico y el desarrollo de las comunicaciones que conducen a una globalización de las costumbres, de las pautas culturales y de los hábitos de vida con sus virtudes y defectos.

En nuestro país, como en otros más desarrollados, se asoman ya problemas sociales como los que enuncian los autores que propugnan soluciones inmediatas de "lege ferenda", entre ellos los más acuciantes como las invasiones a la intimidad privada y ataques al honor y la reputación por abusos en el ejercicio de la libertad de prensa, la llamada "piratería" contra la propiedad industrial y los derechos intelectuales: los daños al medio ambiente por la contaminación del aire, del agua y sonora por ruidos excesivos, también del afán de lucro desmedido que mueve en muchos

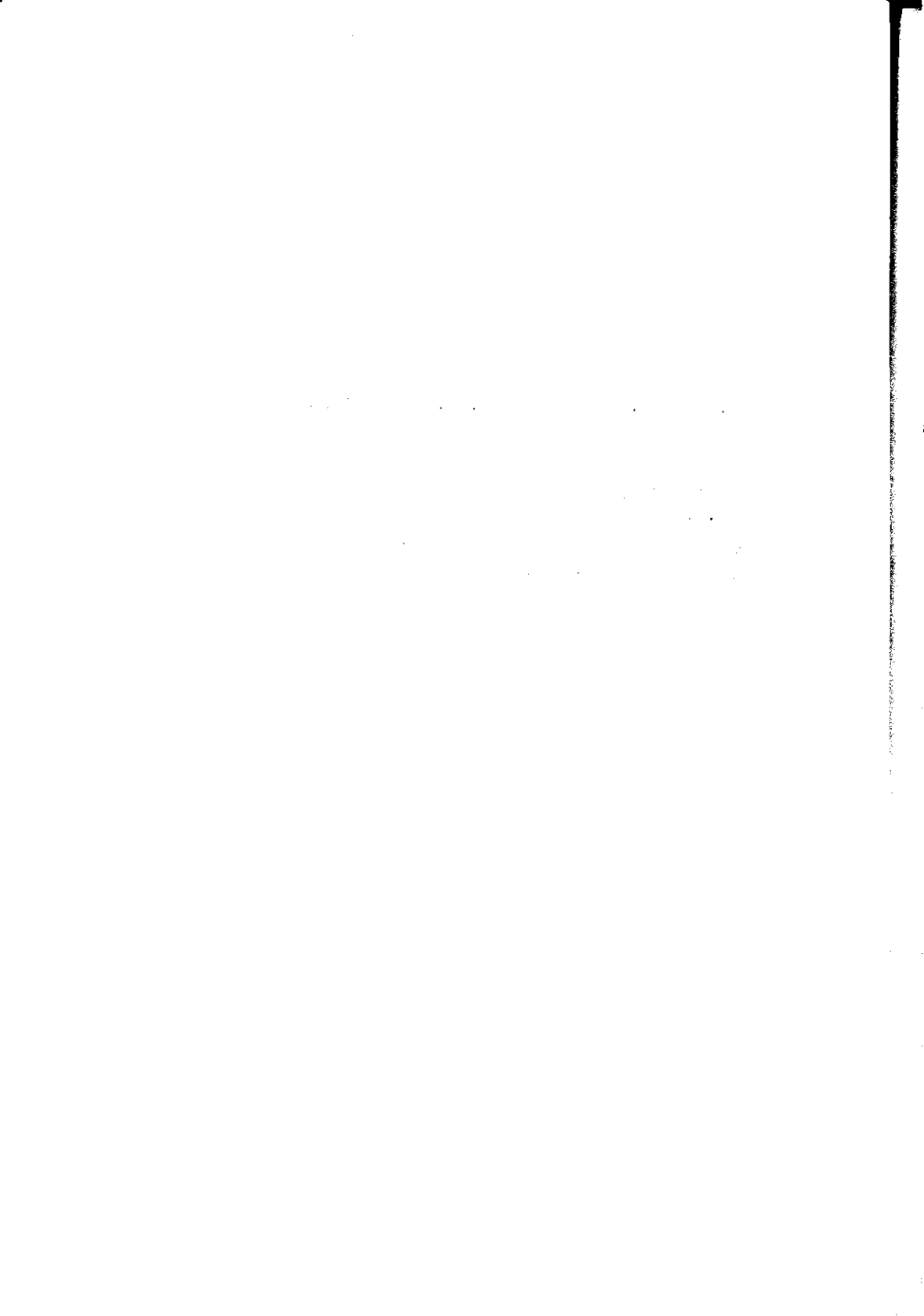
casos la actividad económica en la producción de bienes, sobre todo de consumos superfluos incentivados por una publicidad perversa; la elaboración de productos defectuosos que atentan contra la salud y la vida de los usuarios y consumidores, lanzados a la circulación sin el debido control de calidad y sin la observancia de los debidos métodos de conservación y suministro.

Creemos que todas estas actividades antisociales deben ser reprimidas mediante castigos ejemplares a sus autores y la consiguiente reparación del daño privado que ellos causaren a los particulares damnificados. Sin embargo, no es necesario dejar de lado principios fundamentales de la organización jurídica en los Estados, aun los más avanzados, que se sustentan en tradiciones históricas que buscan el perfeccionamiento social respetando los derechos individuales. Esa preocupación de los juristas no son prejuicios o preconceptos que deban dejarse de lado, sino la expresión del sentido de la responsabilidad en la función que cumplen de preservar la justicia y el orden social en la formulación de la doctrina.

Lo que parece impostergable es promover iniciativas legislativas que incorporen al sistema vigente del derecho penal, todas las reformas necesarias para incriminar aquellas conductas mediante la precisa tipificación de las correspondientes figuras delictivas y castigarlas con las penas adecuadas para reprimir y prevenir en el futuro ilícitos semejantes. Esas sanciones que los jueces deben aplicar dentro del marco normativo de la ley tendrán que ser adecuadas a la gravedad del delito e incluir la pena de multa cuyo monto sea suficiente para privar al condenado de las ganancias o ventajas obtenidas y efectivamente probadas o razonablemente valuadas por el juez. No existe ninguna razón para justificar que el destino de esos montos espurios vaya a enriquecer el patrimonio privado de la víctima cuya legítima pretensión de justicia no debe ir más allá de la reparación o compensación del daño patrimonial y moral que hubiese sufrido.

EN TORNO AL JEFE DE GABINETE

Trabajo basado en la comunicación efectuada por el académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8 de setiembre de 1994



1. *Antecedentes y fundamentación de la nueva figura constitucional*

En el proceso de reforma parcial de la Constitución han pasado escasamente advertidos algunos temas de gran trascendencia institucional. Uno de ellos es el que concierne a la creación de la figura del Jefe de Gabinete.

La idea de incorporar este órgano a la Constitución ha partido de sectores afines al sistema parlamentario que piensan que así se van a superar las crisis políticas que hemos padecido. Se procura, de esta manera, inclinar la balanza de los poderes a favor del Congreso, mediante una fórmula que nos aproxima a los sistemas que adjudican la función de gobernar y de administrar a un Primer Ministro y que, correlativamente, reservan la Jefatura del Estado al Presidente o al Monarca, según los casos ¹.

En estos sistemas, si bien el Jefe del Gobierno resulta elegido por el parlamento y puede ser removido por éste a través de una moción de censura, existe la posibilidad correlativa de disponer la disolución del órgano legislativo, con lo que se equilibra el poder del parlamento. Va de suyo que en estas concepciones el Jefe de Gobierno es también Jefe de la Administración.

En los antecedentes de la reforma se parte, en rigor, de tres presupuestos causales en los que se pretende justificar

¹ La idea plasmada en la Constitución Nacional (art. 100) reconoce como antecedentes los trabajos producidos por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, creado por Decreto N° 2446/85.

el abandono del presidencialismo o, al menos, atenuarlo. El primero concierne a razones típicas de la teoría de la organización y reposa en la idea de que una descarga de la labor presidencial en un órgano inferior introduce un factor de mayor eficacia². Y mientras el segundo de los argumentos versa sobre la conveniencia de establecer un mayor control del Parlamento sobre la Administración Pública, el tercero apunta a la necesidad de hacer más flexibles las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento³.

Gran parte de las desventajas que genera el hecho de injertar en un sistema presidencialista la figura de un Primer Ministro o de un Jefe de Gabinete, con similares atribuciones, se relacionan con aquel principio que hace al buen gobierno del Estado: la unidad del Poder Ejecutivo en el régimen presidencialista. En efecto, en un sistema semi-parlamentario o mixto (que algunos califican como presidencialista atenuado) —a diferencia de los sistemas más puros (sean presidencialistas o parlamentarios)— se coloca en el vértice del poder constitucional-administrativo a dos magistrados, generándose, en algunas circunstancias, una fragmentación en el poder político que gobierna la Administración Pública.

La historia de las instituciones políticas demuestra la absoluta ineficacia de los gobiernos de dos o tres cabezas, porque toda diarquía o triunvirato suele terminar en un conflicto político prácticamente insoluble. Y aunque los poderes del Presidente y del Primer Ministro pudieran dividirse lo más probable es que surjan conflictos de competencia difíciles de evitar, en la práctica, por los problemas que siempre se plantean para deslindar con precisión las competencias de ambos órganos. Pero las mayores di-

² Sobre la distinción entre eficacia y eficiencia véase: JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, pp. 161-165, Madrid, 1993.

³ Cfr. *Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, pp. 49-57, Buenos Aires, 1986; ver también RAÚL ALFONSÍN, *Núcleo de coincidencias básicas*, en "La Ley" del 26 de agosto de 1994.

facultades que generan estos sistemas mixtos consisten en: a) determinar el tipo de relación que vincula a las dos cabezas del Ejecutivo; b) cuál será el órgano prevaleciente en caso de conflicto de poderes; c) la articulación entre el poder del Ejecutivo y el que se le asigne al Congreso para remover al Primer Ministro. Más adelante nos hacemos cargo de esta problemática a la luz de los preceptos de la Constitución reformada.

Sobre los argumentos en que se funda la conveniencia de conservar o abandonar el presidencialismo —como para su atenuación— se pueden volcar ríos de tinta, tanto para justificar el sistema que nos rige desde 1853 como para propiciar su sustitución por uno de tipo parlamentario.

No es nuestro propósito efectuar dicho análisis ni tampoco propiciar interpretaciones ideológicas que desplacen la realidad constitucional.

En lo que sigue nos vamos a ceñir a la interpretación de las normas y del sistema constitucional presidencialista que ha quedado estructurado a partir de la reforma de este año y tan solo incidentalmente nos referiremos a los sistemas parlamentarios (tanto puros como mixtos).

Hay que advertir, finalmente, que mientras el sistema parlamentario admite fórmulas mixtas que se combinan con la adjudicación de poderes jurídico-constitucionales al Presidente de la República (v.gr. en la Constitución francesa de 1958) con las competencias atribuidas al Primer Ministro, el modelo presidencialista reposa en la unidad del poder de gobernar o administrar que se asigna a un solo órgano: el Ejecutivo ⁴.

⁴ En Francia, donde se atribuye la jefatura del gobierno al Primer Ministro, se habla de un "bicefalismo administrativo" que no implica establecer una relación jerárquica con el Presidente ni, por ende, habilita a éste a ejercer el poder de avocación de las facultades atribuidas al Primer Ministro (Cfr. GEORGES VEDEL y PIERRE DELVOLLE, *Droit Administratif*, pp. 70-76, especialmente p. 72, París).

2. *El presidencialismo de nuestra Constitución y las aporías que interpretan las crisis políticas*

Es sabido que pertenece a Alberdi la paternidad del sistema presidencialista argentino y que este tuvo en cuenta los antecedentes nacionales y la realidad que nos conformaba como país (costumbres, extensión territorial, etc.), no muy diferente (en lo sustancial) a la que ahora vivimos.

Sin embargo, desde hace algún tiempo hay quienes vienen achacándole al presidencialismo alberdiano la culpa de las diferentes crisis políticas que hemos padecido, que desembocaron en la destitución de varios gobiernos constitucionales elegidos por el pueblo.

Pero si se advierte, objetivamente, que no todos los gobiernos destituidos por revoluciones cívico-militares o meramente militares (como fue la de 1966) eran gobiernos fuertes (en el sentido político común) las imputaciones que atribuyen las causas de las crisis políticas al sistema presidencialista constituyen verdaderas aporías interpretativas que más bien eluden la explicación real de los hechos políticos.

Las causas de las crisis políticas obedecen, por lo general, a fallas en la democracia interna de los partidos, a la hegemonía del poder, a la educación y cultura cívicas y a la moral pública, entre otras. Hay que buscarlas en la falta de articulación entre el Estado y la sociedad, en la ausencia de prácticas representativas que abrieran cauces de participación a los ciudadanos ⁵ antes que en el presidencialismo que nos rige que, como todo sistema, puede mejorar y operar sobre la realidad pero siempre de un modo relativo. Con buen criterio, entonces, la Constitución reformada mantiene el sistema presidencialista, atenuándolo sólo en mínima parte, como se verá seguidamente.

⁵ Cfr. JORGE REINALDO VANOSSI, *¿Modernización parlamentaria?*, en "El Derecho", diario del 20/9/93, p. 1, reconoce que las prácticas representativas han sido muy escasas entre nosotros no obstante el modelo constitucional adoptado.

3. *La relación entre el Presidente y el Jefe de Gabinete*

Si se analiza cómo ha quedado configurado el Poder Ejecutivo, a partir de la reforma constitucional, se advierte que ha conservado su carácter unipersonal (art. 87, C. N.), habiéndose reforzado esta concepción con fórmulas que suponen la existencia de una relación jerárquica entre el Presidente y el Jefe de Gabinete. Esa relación jerárquica encuentra apoyo en varias prescripciones constitucionales, a saber: a) la facultad de nombrar y remover discrecionalmente ("por sí solo" prescribe el art. 99, inc. 7º de la C. N.) al Jefe de Gabinete; b) el poder de impartirle instrucciones (art. 99, inc. 2º, C. N.) para la ejecución de las leyes, facultad que no se atribuye al Jefe de Gabinete (art. 100, inc. 2º, C. N.); c) las delegaciones administrativas expresamente previstas (art. 100, incisos 2º y 4º). A todo ello se añade la facultad de mando, que lo habilita a impartir indicaciones para resolver sobre determinadas materias en los acuerdos de Gabinete (art. 100, inc. 4º, C. N.).

Algunos creen que la relación entre el Presidente y el Jefe de Gabinete traduce un vínculo de coordinación y no de jerarquía. Pero es evidente que, si el poder de dar órdenes o instrucciones sólo se concibe en el marco de una relación jerárquica o de mandato, la relación entre ambos no puede ser de coordinación, pues las voluntades jurídicas no se encuentran en el mismo plano orgánico sino en un nivel respectivo de superioridad y subordinación.

El cuadro normativo expuesto no deja dudas en el sentido de que el Presidente posee todos los poderes que emanan de su máxima jerarquía constitucional siendo el Jefe de Gabinete un órgano de órgano que participa de la condición que tenían los Ministros en el sistema de la Constitución anterior⁶ y tienen después de la reforma. En esas líneas un precepto que reconoce dicha jerarquía es, también, la facultad de supervisar el ejercicio de las funciones

⁶ Cfr. MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 525, Buenos Aires, 1990.

que debe cumplir el Jefe de Gabinete (art. 99, inc. 10). A su vez, entre los poderes implícitos⁷, puede asumir las competencias atribuidas al Jefe de Gabinete, salvo que ellas le hubieren sido adjudicadas a este último en forma exclusiva.

4. *El Presidente conserva la Jefatura de la Administración*

Esa interpretación armoniza con la conducta seguida por los constituyentes quienes, al tratar las funciones del Jefe de Gabinete, no incorporaron la fórmula utilizada en el Pacto de Olivos que, respecto del Presidente, repetía la prescripta por la Constitución de 1853/60 ("tiene a su cargo la administración general del país"), atribuyéndole la función de ejercer la Administración, mas no su Jefatura.

En ese sentido, resulta forzoso distinguir, después de la reforma, el ejercicio de la competencia de su titularidad porque no es lo mismo tener a su cargo una competencia constitucional que ejercerla dentro de un marco jerárquico, en cuyo caso será una facultad que el Presidente está habilitado a ejercer en forma concurrente, como propia de su titularidad (salvo que se trate de facultades inherentes o exclusivas del Jefe de Gabinete)⁸.

Cuadra advertir que, en la Constitución reformada, el concepto de gobierno se emplea en dos sentidos distintos. Uno es el criterio clásico adoptado por la Constitución de los Estados Unidos de América (acogido aquí en 1853) que concibe al Gobierno Federal como el conjunto de los tres poderes u órganos fundamentales del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)⁹. Otro, más afín con la conceptualización proveniente del derecho continental europeo, entiende por

⁷ Sobre los poderes implícitos e inherentes en el sistema constitucional argentino véase: JORGE A. AJA ESPIL, *Constitución y Poder. Historia de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, especialmente p. 140 y sigs., Buenos Aires, 1987.

⁸ Vgr. la facultad del Jefe de Gabinete concerniente al refrendo de los decretos de necesidad y urgencia (arts. 99, inc. 3º y 100, inc. 13, C. N.).

⁹ En este sentido constitucional de gobierno cabe mencionar los artículos 1º y 4º de la C. N.

gobierno al Jefe y a los órganos superiores de la Administración (Ministros) con responsabilidad política y no solamente administrativa, a la inversa de la situación de los funcionarios permanentes que gozan de estabilidad sin asumir responsabilidad política. El gobierno es, en este esquema, la cabeza de la Administración ¹⁰.

En rigor, cuando la Constitución prescribe que el Presidente es el Jefe del Gobierno lo que está diciendo es que es el Jefe de la Administración y el titular de la zona de reserva constitucional que pertenece al Poder Ejecutivo ¹¹.

5. *La atenuación del poder presidencial*

Hemos dicho, en otra ocasión ¹², que la reforma constitucional ha atenuado el presidencialismo en una mínima proporción y, en este aspecto, se impone una interpretación razonable y armónica de sus preceptos a fin de evitar disfuncionalidades o situaciones de bloqueo constitucional.

Básicamente, el poder presidencial resulta ahora atenuado en tres sentidos. El primero, al establecer la prohibición genérica que le veda ser titular de facultades delegadas por el Congreso. Aunque esta interdicción constitucional deja fuera de ella a las delegaciones relativas a materias de Administración —que por lo común constituyen un núcleo de magnitud considerable—, lo que resulta expresamente prohibido por la Constitución, después de la reforma de 1994, es el dictado por el Poder Ejecutivo de normas delegadas de naturaleza penal, civil o comercial, entre otras.

¹⁰ Cfr. SABINO CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, pp. 344-348, 9ª ed., Torino, 1991, afirma que la Administración es un instrumento de gobierno con el que se mantiene una dependencia orgánica y funcional. También se ha dicho que la organización administrativa estatal se presenta hoy, en todos los Estados, como el aparato del gobierno (Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto amministrativo*, p. 67, Volumen Primero, Milán, 1970).

¹¹ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., T. I, p. 249 y sigs., afirma que constituye un "obvio corolario del principio de separación de poderes" y que las competencias que la integran son propias y exclusivas (p. 251).

¹² JUAN CARLOS CASSAGNE, *El Jefe de Gabinete y las facultades del Presidente*, en "La Nación" del 29 de septiembre de 1994, p. 9.

Por lo demás, la atribución al Congreso para remover al Jefe de Gabinete "por el voto de la mayoría absoluta de cualquiera de las Cámaras"¹³ traduce otra atenuación del presidencialismo ya que se trata de un órgano que goza de la confianza del Presidente y actúa bajo su dirección política y administrativa, que es posible remover discrecionalmente por el Congreso a través de una moción de censura. Y también, en este contexto de atenuación de los poderes del Presidente se ubica el deber del Jefe de Gabinete de concurrir al menos una vez por mes al Congreso para informar sobre la marcha del gobierno.

El tercero de los aspectos en que se ha atenuado el presidencialismo (para la doctrina que sostenía la constitucionalidad —bajo ciertas condiciones— de los decretos de necesidad y urgencia) radica en las prohibiciones que, en razón de la materia objetiva, ha introducido el art. 99, inc. 3º de la C. N. así como en el procedimiento que debe observarse para que su emisión sea constitucionalmente legítima (v.gr. aprobación en acuerdo de Gabinete y envío dentro de los diez días a la Comisión Bicameral Permanente).

6. *Articulación de los poderes del Jefe de Gabinete con los que la Constitución atribuye a los Ministros*

La relación que vincula al Jefe de Gabinete con los Ministros constituye uno de los principales problemas interpretativos que plantea la Constitución reformada, habida cuenta de que no ha sido resuelto expresamente y que existen normas que abonan una u otra interpretación constitucional.

A favor de la configuración de una relación jerárquica entre el Jefe de Gabinete y los ministros se encuentran las siguientes facultades: 1) la presidencia de las reuniones de Gabinete en caso de ausencia del Presidente (art. 100, inc. 5º, C. N.), 2) la de hacer recaudar las rentas de la Nación y de ejecutar la ley de presupuesto (art. 100, inc. 7º, C. N.)

¹³ Art. 101, C. N.

y 3) la más genérica, que le atribuye la de “ejercer la administración general del país” (art. 100, inc. 1º, C. N.), lo que le permite ejercer el poder de avocarse.

En sentido contrario a la existencia de una relación jerárquica el encabezamiento que figura en el Capítulo IV, de la Sección II, equipara al Jefe de Gabinete con los Ministros al igual que los preceptos concernientes al refrendo de los actos del Poder Ejecutivo (art. 100, primera parte, C. N.) a lo que cabe añadir la atribución de coordinar las reuniones de los Ministros.

Si bien en un principio pensamos que se había impuesto en la C. N. la concepción del Ministro Coordinador, un examen más detenido sobre esta cuestión nos lleva a la conclusión, a la luz de las razones señaladas precedentemente, de que se trata de una relación jerárquica pues, de lo contrario, carecería de todo sentido la facultad que le atribuye el art. 100, inc. 1º para “ejercer la administración general del país”.

De todos modos la ley que determine la organización y facultades del Jefe de Gabinete y de los Ministros va a constituir un elemento de peso en la interpretación constitucional así como la conducta que observe el Presidente para zanjar los conflictos que se produzcan entre ellos.

7. La remoción del Jefe de Gabinete por el Congreso a través de una moción de censura

El artículo 101 de la Constitución reformada ha introducido dentro del sistema presidencialista una técnica propia de los regímenes parlamentarios que habilita al Congreso a interpelar al Jefe de Gabinete “a los efectos del tratamiento de una moción de censura” en cuyo caso se requiere “el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras”.

Esa moción de censura puede desembocar en la remoción del Jefe de Gabinete por el Congreso pero, en tal ca-

so, la norma citada prevé una mayoría especial en ambas Cámaras, al prescribirse que este funcionario constitucional sólo puede ser removido "*por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara*".

Como puede advertirse el diseño del sistema aplicable es algo complejo y permite que una mayoría accidental del partido de oposición en cualquiera de las Cámaras pueda provocar una moción de censura, con el voto de la mitad más uno de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, así como su remoción mediante menores requisitos para configurar la mayoría absoluta (que no se calcula sobre la totalidad de los miembros de cada Cámara) aunque esa mayoría se requiere en ambas Cámaras.

Porque si el régimen parlamentario implica "*un sistema de partidos políticos altamente evolucionado*"¹⁴ la introducción de la técnica de la moción de censura y de la consiguiente remoción del Jefe de Gabinete podría llegar a generar situaciones conocidas como de bloqueo constitucional, en la medida en que el Presidente carece del poder de compensar el ejercicio abusivo de la potestad parlamentaria (por lo demás, totalmente discrecional, a diferencia del juicio político) mediante la disolución del Congreso¹⁵.

Sin embargo, creemos que esa situación de bloqueo constitucional, que obligaría al Presidente a negociar forzosamente con la oposición la integración del Gabinete y la designación de su Jefe, no se puede presentar en nuestro régimen presidencialista que instituye un Ejecutivo unipersonal (art. 87, C. N.) cuyo mandato no depende de los vaivenes de las mayorías parlamentarias y que al desempeñar la jefatura del Gobierno es la cabeza de la Administración.

En consecuencia, en nuestro régimen constitucional, la marcha de la Administración no se puede paralizar por la remoción del Jefe de Gabinete cuyas funciones (excepto las

¹⁴ Cfr. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T. IX, p. 211, Buenos Aires, 1962.

¹⁵ Tal como acontece en la Constitución de la V República Francesa de 1958 (art. 12).

privativas) serán, en ese caso, asumidas por el Presidente de la República. Claro está que, en tal supuesto, el Presidente no puede ejercer aquellas facultades que requieren de la participación exclusiva del Jefe de Gabinete sino únicamente las propias (implícitas o inherentes) y las que tiene atribuidas en forma concurrente o que ha delegado en dicho funcionario constitucional.

8. *La asignación constitucional de facultades privativas al Jefe de Gabinete*

Entre las facultades que el art. 100 de la C. N. prescribe que le corresponde ejercer al Jefe de Gabinete, hay algunas que resultan privativas de este funcionario constitucional en cuanto le han sido asignadas en forma exclusiva. Sin embargo, la exclusividad de tales facultades no afecta la relación jerárquica que mantiene con el Presidente, así como los Ministros en la Constitución anterior (art. 97, C. N.) y en la reformada (art. 103, C. N.) podían y pueden tomar por sí solos resoluciones en lo que concierne "*al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos*".

Pero mientras en las demás facultades (concurrentes o delegadas) el Presidente siempre puede asumir la competencia a través de la figura de la avocación (que emana de su potestad de mando o jerárquica) en las facultades privativas hay una razón de especialidad que hace que sólo el Jefe de Gabinete sea el órgano con idoneidad constitucional específica para participar con su voluntad en el acto administrativo presidencial o para ejercer la función asignada por la Constitución.

Con todo, esta calidad privativa de los poderes del Jefe de Gabinete se revela en escasas normas constitucionales, a saber: a) presidir las reuniones del Gabinete en caso de ausencia del Presidente (C. N., art. 100, inc. 7º); b) refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el

Congreso (C. N., art. 100, inc. 12º); c) la intervención y el refrendo en el procedimiento previsto para el dictado de los reglamentos de necesidad y urgencia.

9. *Interpretación de la cláusula transitoria concerniente a las facultades del Presidente hasta la asunción del Jefe de Gabinete*

Como es sabido, la cláusula transitoria duodécima estatuye que el Jefe de Gabinete será designado el 8 de julio de 1995 estableciéndose que hasta ese momento "*sus facultades serán ejercidas por el Presidente de la República*".

La hermenéutica de esta norma conduce a sostener, como regla interpretativa, que el precepto transitorio se refiere únicamente a las facultades privativas del Jefe de Gabinete.

Una interpretación contraria sería a todas luces irrazonable en tanto implicaría la negación del sistema presidencialista previsto por la Constitución y de la relación jerárquica que opera entre el Jefe de Gobierno y el Jefe de Gabinete, al cercenarle al Presidente el poder de avocación o el ejercicio concurrente de algunas facultades (v.gr. la relativa a hacer recaudar las rentas, atribuidas al Jefe de Gabinete).

*Intervención del académico
Dr. Horacio A. García Belsunce*

Felicito al Dr. Cassagne por su muy fundada y didáctica comunicación que más que como tal, la considero una clase sobre uno de los puntos principales de la reciente reforma constitucional, a cuyo entendimiento debemos todos abocarnos necesariamente.

Coincido con el Dr. Cassagne en que la nueva institución del jefe de gabinete refirma el sistema presidencialista, lejos de la presunta intención de acercarnos a un sistema semiparlamentario. De las disposiciones de los artículos 99 y 100 de la Constitución resulta un complejo de competencias yuxtapuestas entre el presidente de la Nación y el jefe de gabinete, que podría llevarnos a concluir que en el fondo nada sustancial se ha alterado, sino sólo procedimientos o formas que tienen como eje al llamado jefe de gabinete, que no es sino un ministro coordinador dependiente del presidente de la Nación.

Se dice en el art. 100, inc. 1) que el jefe de gabinete "ejerce la administración general del país", pero antes expresa el art. 99, inc. 1) que el presidente de la Nación "es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país". Interpreto que el jefe de gabinete tiene a su cargo la tarea

ejecutiva en el orden administrativo, pero la responsabilidad jurídica y política es obviamente del poder ejecutivo unipersonal, cuya gravitación está ahora más destacada al darle el carácter de "jefe de gobierno", que aparece en cierto modo como una esfera de poder que no puede entenderse separada de la clásica tripartición.

Lo mismo acontece con la facultad de nombrar los empleados de la administración que simultáneamente reconocen los artículos citados como competencias respectivas del presidente y del jefe de gabinete, lo que no hace sino profundizar la contradicción de los textos o la ya mencionada yuxtaposición.

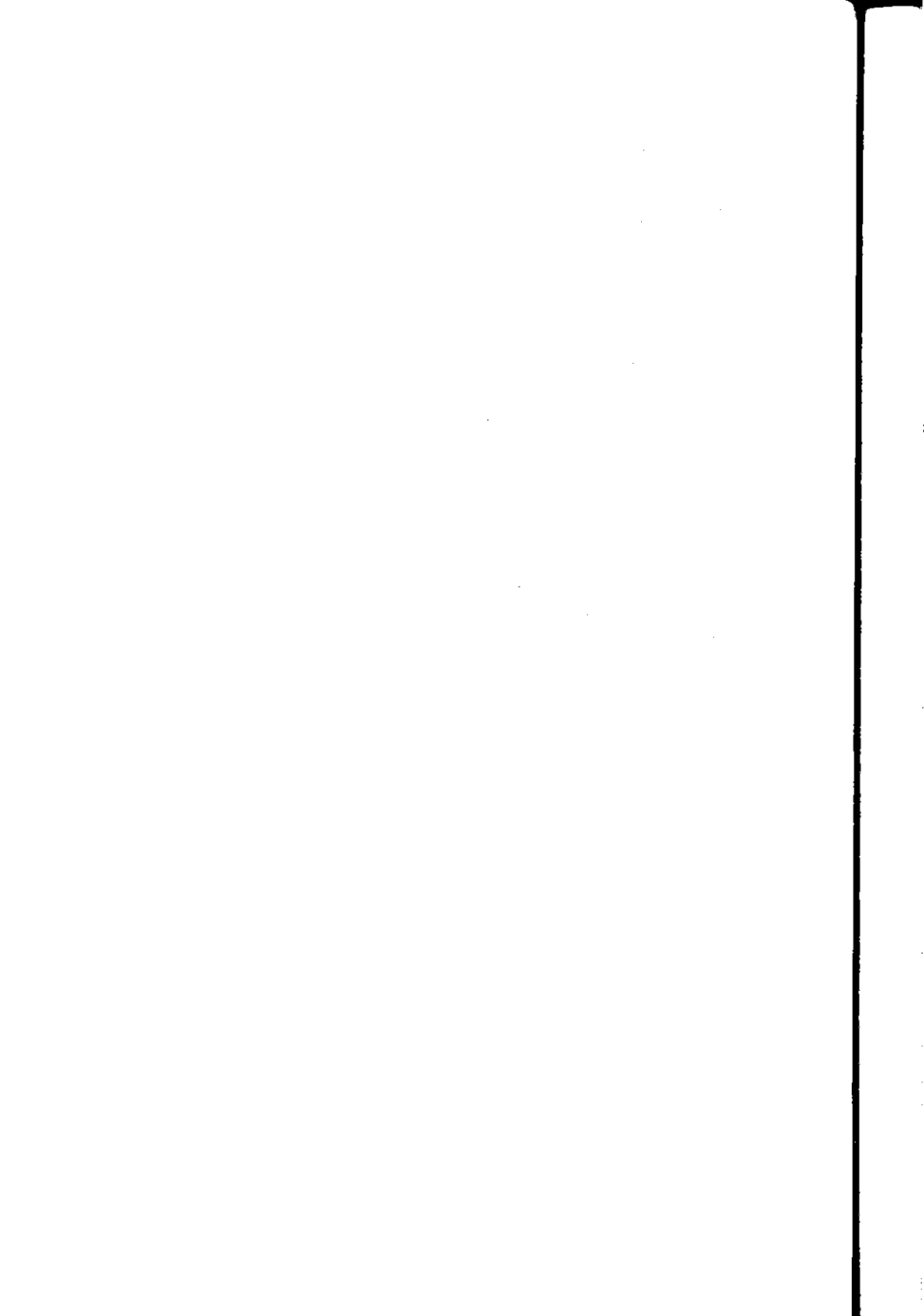
Tampoco debe producirnos ninguna preocupación la facultad acordada al jefe de gabinete de "recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional", porque el presidente de la Nación conserva por el art. 99, inc. 10), la facultad de supervisar el ejercicio de la atribución del jefe de gabinete respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión. En esta materia todo seguirá como hasta ahora. El responsable inmediato del presupuesto de la Nación y de su inversión es el ministro de economía y lo supervisará el jefe de gabinete bajo la responsabilidad final del presidente de la Nación que será quien deberá elevar el proyecto de presupuesto y la cuenta de inversión al Congreso de la Nación.

Concuerdo con el Dr. Cassagne en que el punto más preocupante que resulta de la creación de la figura en cuestión es el que surge del art. 101, donde se prevé su remoción por el Congreso, ocasión en que se pueden producir los conflictos y vacíos de poder a que ha aludido el disertante.

Creo, en conclusión, que de esta reforma constitucional sale fortalecido el presidente de la Nación y que "el consenso de dos" como afortunadamente lo llamara el diario "La Nación" ha beneficiado al primer mandatario. No sólo ha logrado la posibilidad de la reelección en el cargo sino también la importantísima facultad de que se han legitimado por vía constitucional los decretos de necesidad y

urgencia, quedando en blanco y derivada a la tarea legislativa reglamentaria la determinación de la forma en que deberá expedirse la comisión legislativa bicameral que considere dichos decretos. Lo que sí me queda claro es que si bien no creo que introduzcan una norma como la de la Constitución italiana que estipula que si vencido un plazo dado y el decreto no fuera ratificado expresamente se lo considera derogado, tampoco podrán optar por el camino de la ratificación tácita por el mero transcurso del tiempo en silencio, porque el art. 82 dice expresamente que "La voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta".

La delegación legislativa, regulada en el art. 76, refuerza el poder presidencial al poder dictar decretos delegados. La norma sancionada es acertada en cuanto ha recogido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adoptada entre otros casos en la causa "Laboratorios Anodia S.A.", al exigir que las facultades delegadas respondan a una política legislativa expresamente determinada (el artículo citado requiere que la delegación se ejerza dentro de las bases que el Congreso establezca).



Intervención del académico
Dr. Jorge R. Vanossi

*¿Régimen mixto o sistema híbrido? El nuevo
presidencialismo argentino*

Con este título interrogativo se está reconociendo la importancia que tiene el tema, porque en alguna medida las pautas de funcionamiento y eficacia de la Constitución van a pasar, no por la figura del Jefe de Gabinete, sino por la contextura del Poder Ejecutivo en la nueva formulación que ha recibido por la Constitución de 1994. Mis razonamientos son muy sencillos y se pueden resumir en dos palabras: el sistema que han creado los constituyentes de 1994, producto de muchas transacciones y de muchos acuerdos, no es un sistema mixto, sino que es un sistema *híbrido*; y ese es el punto al cual quiero arribar al cabo de esta breve exposición. La discusión en la Argentina entre el presidencialismo y el parlamentarismo no se ha dado nunca en términos realmente lógicos; se ha dado fundamentalmente en términos emocionales y con una cierta dosis de engaño. Por un lado, afirmando en forma muy enfática una suerte de ilusionismo propio del racional-normativismo, en virtud del cual era menester cambiar las normas para poder cambiar el régimen, denostado con las palabras de "cesarista"

sión de que sólo se lo podía recuperar cambiando todo el o "hiper-presidencialista", para llegar entonces a la conclusión jurídica que en ese punto contenía la Constitución de 1853.

Pero, en la práctica, la disputa entre presidencialismo y parlamentarismo ha sido entre dos ruidos; y, más que nada, con una dosis muy grande de oportunismo. Porque, en definitiva, muy pocos o casi nadie trataron de cambiar bajo la Constitución de 1853 las deformaciones patológicas de ese presidencialismo cesarista y, bajo esa misma Constitución de 1853, contemplar una relación mucho más equilibrada con el Congreso (o con ambas Cámaras del Congreso) a efectos de reequilibrar el sistema. Es decir, que desde el punto de vista de las prácticas, de las costumbres, de los hechos y de los hábitos, había una manifiesta contradicción entre esos actos concretos y lo que teóricamente se pontificaba en términos de pretensión de reforma constitucional. Y quiero señalar, para ser absolutamente honesto, que esta descripción no es un juicio valorativo, sino un juicio descriptivo que hago fundamentalmente al gobierno constitucional de 1983 a 1989, que pudo haber hecho mucho en los hechos y bajo la Constitución de 1853 para reorientar el sistema, y que no lo hizo.

Yo creo, en definitiva (y esta es otra de las conclusiones a las cuales quiero llegar), coincidiendo con Ortega y Gasset, que el tema no culmina con calmar y colmar los *abusos*, sino que es fundamentalmente necesario en materia de Ciencia Política cambiar los *usos*, que es lo que en definitiva puede interesar al mejoramiento que se apuntaba. La premisa fue siempre un presidencialismo morigerado: algunos hablaron de cuasiparlamentarismo, otros hablaron de semipresidencialismo; pero creo que era una disputa profundamente semántica y lo señalé de alguna manera en dos largos artículos en el diario "La Nación", cuando en el Consejo para la Consolidación de la Democracia se abrió fuego en este tema. Entonces yo consideré que lo que había que hacer era reequilibrar el viejo presidencialismo y no crear

nuevos órganos; que lo que faltaba era robustecer a los que ya existían en instancias de control y que no tenían la independencia, la autonomía o los bríos suficientes como para poder ejercer el control y poner frenos a los desbordes, es decir, a los abusos del presidencialismo. Sigo creyendo, a esta altura, que el problema no consiste en crear más y más órganos, de los múltiples que crea esta Constitución, sino que el problema (asignatura pendiente en el régimen político argentino) es reimplantar la independencia de los órganos de control creados por la Constitución y por leyes posteriores, preexistentes a esta reforma de 1994, independencia que —ladrillo por ladrillo— fue devastada. Así uno a uno perdió la independencia como nota distintiva de esos órganos, con lo cual se anuló la condición básica (el “abc” del control) que exige, para que éste funcione, la independencia del controlante respecto del controlado. En la Argentina no hay control, porque el controlante no tiene independencia respecto del controlado, o la tiene en mínimas medidas; o median juegos de lealtades partidarias preexistentes que siguen interfiriendo en el sistema de control; u operan deberes de gratitud como contraprestaciones mal entendidas por los nombramientos recibidos, que llevan a enervar la agilidad que se debe ejercer en materia de control.

Vayamos ahora al sistema establecido por el nuevo constituyente: art. 99. Sólo voy a mencionar el inc. 1 y el inc. 10; y del artículo siguiente sólo voy a mencionar los incs. 1 y 4. El art. 99, referido al Presidente de la Nación, lo robustece en sus atribuciones: es el jefe supremo de la Nación (Jefatura de Estado); y a ello le agrega el ser Jefe de Gobierno y le añade ser el responsable político de la Administración General del país. En el inc. 10, se señala que el Presidente de la Nación “supervisa” el ejercicio de las facultades del Jefe de Gabinete respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión con arreglo a la ley de presupuesto de gastos nacionales. En el artículo siguiente, referido al Jefe de Gabinete, las atribuciones son más modestas: inc. 1º, ejercer la administración general del

país, claro está que con la responsabilidad política del Presidente que acabamos de mencionar; y en el inc. 4º se dice ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el Presidente de la Nación y, en acuerdo de gabinete, resolver sobre las materias que le indica el Poder Ejecutivo, o por su propia decisión en aquellas que por su importancia estime necesarias en el ámbito de su competencia (sic). Queda claro además, con esta redacción, que un viejo debate entre los constitucionalistas argentinos respecto de si el sistema de Poder Ejecutivo de la vieja Constitución del 53 era absolutamente unipersonal o colegiado, está pues superado. Una cierta vertiente del constitucionalismo argentino sostuvo que no obstante que el viejo art. 86 decía que el Presidente era el Jefe Supremo, la categoría del Ministerio y sobre todo las atribuciones y el instituto del "refrendo", permitían inferir una vertiente colegial. Aquí queda bien claro que el Poder Ejecutivo es el Presidente, porque el que le indica y le da las instrucciones al Jefe de Gabinete es el Presidente, al cual se lo denomina como el Poder Ejecutivo.

Pero esto no es realmente lo definitivo, porque estas son palabras, son términos que utiliza el constituyente: yo quiero ir al engranaje, al mecanismo; y voy a señalar simplemente cinco o seis características, para sacar una conclusión, muy brevemente. *Primero*, no hay voto de investidura, pues lo nombra y lo remueve el Presidente de la Nación. *Segundo*, hay remoción, pero no hay la consiguiente facultad de disolución de las Cámaras por parte del Poder Ejecutivo, que sí existe en otros sistemas de presidencialismo atenuado o semipresidencialismo, incluso en algunos países de América Latina donde se han injertado esos institutos intermedios, pero en el nuestro no. Es decir, que se da por un lado la facultad de remoción, pero no se le confiere el correlato de la disolución al Presidente de la República. *Tercero*, hay censura, y por lo tanto remoción para el Jefe de Gabinete, pero no para los demás ministros: al único que se puede remover es al Jefe de Gabinete. *Cuarto*, no hay "voto de censura constructivo", a la manera de

la Ley Fundamental de Alemania y de la Constitución española, que es una institución muy sabia, especialmente para los países como el nuestro, donde por razones de psicología social, es comprobable que es mucho más fácil ponerse de acuerdo en el no, que ponerse de acuerdo en una afirmación. Es decir, es mucho más fácil coincidir para remover a alguien, que coincidir para reemplazar a ese alguien que se quiere remover. *Quinto*, otro rasgo que me parece importante señalar es que esta institución ha entrado a funcionar, con censura incluida, en un sistema donde se mantiene la renovación de la Cámara de Diputados por mitades: es decir, que es un caso único (un invento criollo) el que puedan realmente funcionar las dos cosas juntas. En general, el voto de censura y las notas parlamentarias se dan en un sistema donde la renovación parlamentaria (por lo menos en la Cámara de Diputados) es total y no por mitades o parcial, como se sigue manteniendo en nuestro sistema. *Sexto*, otro dato a agregar es que la nueva Constitución regula las relaciones entre el Presidente y el Jefe de Gabinete, al referirse a las facultades de uno y otro, y también rige las relaciones entre el Parlamento o Congreso y el Jefe de Gabinete, pero no reglamenta las relaciones entre el Jefe de Gabinete y los demás ministros. Es una laguna del constituyente, que se tendrá que cubrir urgentemente, porque esto va a entrar a funcionar el 8 de julio; y tendrá que ser la nueva ley de ministerios la que contemple realmente cómo es el instituto.

Sin ser apegados a las interpretaciones literales, cabe observar que el artículo 100, cuando hace el enunciado general del Jefe de Gabinete, dice así: "El Jefe de Gabinete de Ministros y los *demás* ministros secretarios..." ¿Qué quiere decir? ¿De qué se trata? Que están situados en un mismo plano el Jefe de Gabinete y los *demás* ministros secretarios. Es decir, que no es ni siquiera un *primus inter pares*. Con el agravante de que no puede ser ministro; puede ser Jefe de Gabinete, pero al mismo tiempo no puede ser ministro. Pero no es ni siquiera un *primus inter pares* por-

que está igual que los demás, o sea que no está aparentemente en un rango superior, salvo que la futura ley de ministerios, en una interpretación *praeter legem* y de dudosa constitucionalidad pueda de alguna manera resolver el problema.

¿Para qué he señalado estos seis rasgos fundamentales? Pues, para llegar a una conclusión: creo que hay posibilidad concreta y cierta de lo que en Derecho Constitucional se llama situaciones de *bloqueos*. Se pueden hallar situaciones de bloqueos, no tanto entre el Presidente y el Jefe de Gabinete, dado que lo puede nombrar o remover; sino que puede haber más probablemente situaciones de bloqueos entre el Congreso y el Poder Ejecutivo considerado en su totalidad. Y esas situaciones de bloqueos pueden obviamente afectar (esto es lo paradójico), en el futuro, más al Poder Ejecutivo que al Congreso, al no estar contemplado el mecanismo de la disolución anticipada de las Cámaras, que es la forma que los sistemas cuasiparlamentarios (y por supuesto los sistemas parlamentarios) tienen para remitir el pleito al pueblo. Dado que no nos ponemos de acuerdo, nombro jefe de gabinete, me lo derriban, nombro otro, me lo derriban, nombro otro, otra moción de censura, lo remueven, y así sucesivamente, hasta que el pueblo decida, disolviendo previamente las Cámaras, para que en definitiva, una nueva confianza popular restablezca la ecuación de poder.

Por último quiero señalar lo siguiente: el sistema que hemos instaurado se da en medio de dos o tres variables. Es decir, que se da condicionado. Sólo vamos a ver su perfil definitivo, una vez que el funcionamiento permita observar cómo juegan estas variables. Por lo pronto, se da en un sistema reeleccionista, que no sabemos si está perfilado del todo. Personalmente creo (más que creer, estoy seguro) que vamos a otra reforma constitucional para permitir la reelección indefinida, lo cual será de aquí a dos o tres años. Es, por ahora, todavía, una hipótesis, una conjetura. Creo que cada vez nos vamos a aproximar más a la mecánica de la

Constitución de 1949, en cuanto al sistema presidencial se refiere.

Otra pregunta que también tiene que esperar respuesta, es qué porcentaje de las 26 leyes que tiene que sancionar el Congreso para implementar el sistema, y que son leyes fundamentales para que quede definitivamente acabado el perfil de este sistema, realmente va a sancionar el Congreso. Porque puede ocurrir que sancione todas (lo dudo), que sancione algunas, que sancione muy pocas; y si sanciona muy pocas puede ser por negligencia legislativa o por propia vocación política del oficialismo, a efectos de que no se erosionen las potestades presidenciales y que, por lo tanto, el Presidente, en su nuevo período después del 8 de julio, mantenga lo más intacto posible el poder. Yo, que como es notorio soy un crítico del actual Presidente de la República, pero respetuoso de él, debo reconocerle una gran virtud: él nunca se ha desmentido y es absolutamente coherente, pues en cuanta declaración ha hecho desde que asumió el poder hasta ahora, siempre ha reiterado: *El poder soy yo*. Y él va a ser leal, va a ser coherente, va a ser consecuente con ese pensamiento, que estimo arraigado en lo más profundo de sus convicciones. Y con esas convicciones, es muy difícil que favorezca o que trate de aceptar el camino hacia un sistema en el cual se pueda, de alguna manera, producir un desglose en el conjunto de sus atribuciones.

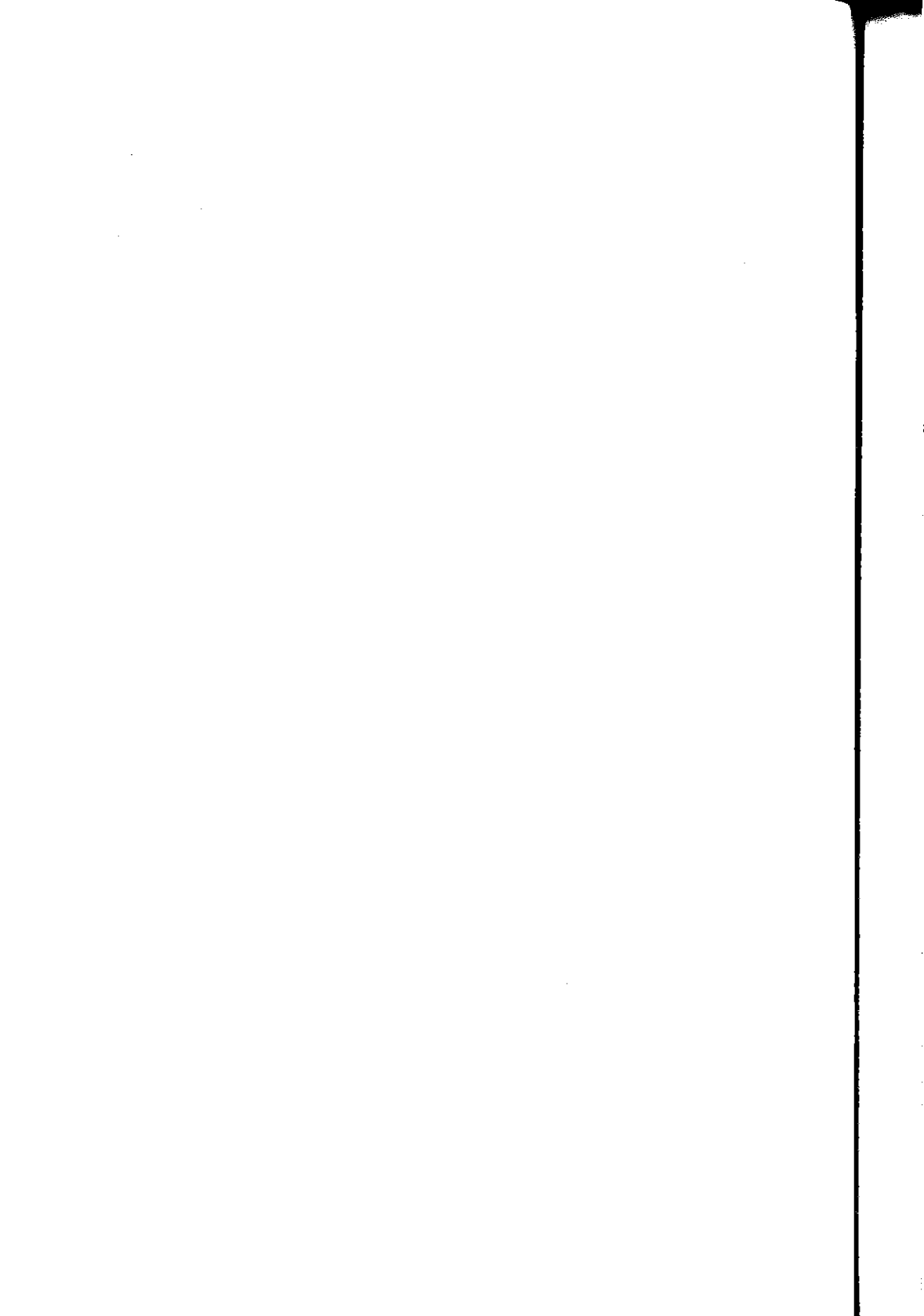
Y, por último, queda un gran interrogante también, porque como muy bien señala la doctrina alemana contemporánea, los problemas de reforma constitucional no son solamente de decisión, son también de situación: *decisión y situación*. ¿Qué puede llegar a pasar si se da la hipótesis de que en algún momento se elija un Presidente minoritario? Cosa que por el juego de los artículos 97 y 98, puede ocurrir. Lo que no podía ocurrir por la Constitución histórica, porque bueno es recordarlo, aún teniendo un sistema de elección indirecta, siempre conducía a un Presidente mayoritario. Podía no ser mayoritario en los votos populares, pero tenía que tener mayoría absoluta de electores; y

si no tenía mayoría absoluta de electores, pues, entonces, en el momento de la Asamblea Legislativa donde se practicaba el escrutinio, allí se hacía la elección con una mayoría sensiblemente agravada. Aún Illia, al cual siempre se le recuerda y reprocha el 22 % de los votos populares, fue un Presidente mayoritario, en el sentido de que tuvo la mitad más uno en cuanto al voto de los electores, porque los demás partidos (los conservadores, los demócratas cristianos y los provinciales, más una fracción del socialismo) le cedieron sus electores. Pero ahora podemos tener un presidente de elección directa, aunque minoritario, es decir con el 40 % de los votos. ¿Cómo va a funcionar esto, con la moción de censura y sin la posibilidad de disolución de las Cámaras?

Dejo el interrogante allí y recuerdo al maestro Gallbraith, que no es un constitucionalista, pero es un gran sociólogo, quien señala que en los juegos de poder y en las relaciones de poderes, en el entretejido complejo que significa el organigrama del poder, muchas de las relaciones se dan por persuasión, otras se dan por represión y otras se dan por compensación. Es decir, que a veces al Poder se lo respeta y se lo acata porque persuade: es cuando decimos que además tiene *auctoritas*. Otras veces al poder se lo acata porque amenaza con la represión, y la represión se sabe que puede ser muy dura o muy sancionatoria; y otras veces se lo acepta porque trae compensaciones: *Acepto porque me conviene, acepto porque a cambio del acatamiento y a cambio del asentimiento voy a obtener algún tipo de beneficio*. ¿Cómo se va a manejar esta situación de poder, qué va a predominar? ¿Va a predominar la persuasión, la represión o va a predominar la compensación? ¿O en qué porcentaje se van a integrar estos tres elementos? Yo creo, a manera de conclusión, que de todos modos y siendo incoherente como lo es la estructuración jurídica que se ha hecho de esto, pese a ello es coherente con las dos doctrinas que combinaron el pensamiento de quienes gestaron esta reforma (y que está implícito en el "pacto de dos"). La

doctrina de la intemperie y la doctrina del fusible. La doctrina de la intemperie es el fin: que nadie quede desprotegido, que todos participen del poder, que se diluyan las diferencias entre gobierno y oposición y, si es posible, que se mimetice la oposición con el gobierno. O sea, tratar de eliminar la nota clásica del presidencialismo, donde están claramente separados gobierno y oposición, como también lo están en los parlamentarismos de tipo bipartidista, como es por ejemplo el inglés. Esto va a significar la *italianización* de la política argentina, que por supuesto favorece la corrupción y termina como terminó la primera República Italiana. La otra doctrina, la doctrina del fusible, ya no es el fin, es el medio: el fusible del Jefe de Gabinete, es la pieza para evitar la erosión del Presidente, es el que va a pagar el costo de su eliminación cuando el malhumor argentino sea canalizado con protestas o reclamos hacia el funcionamiento de una determinada política. Los que creen en esta doctrina, confían en que en América Latina con ese fusible se preserva la estabilidad y la firmeza del régimen: esto es la *brasilerización* del sistema argentino, pero ya quedó demostrado con la crisis del año 1964, en Brasil, que no cumple esa finalidad.

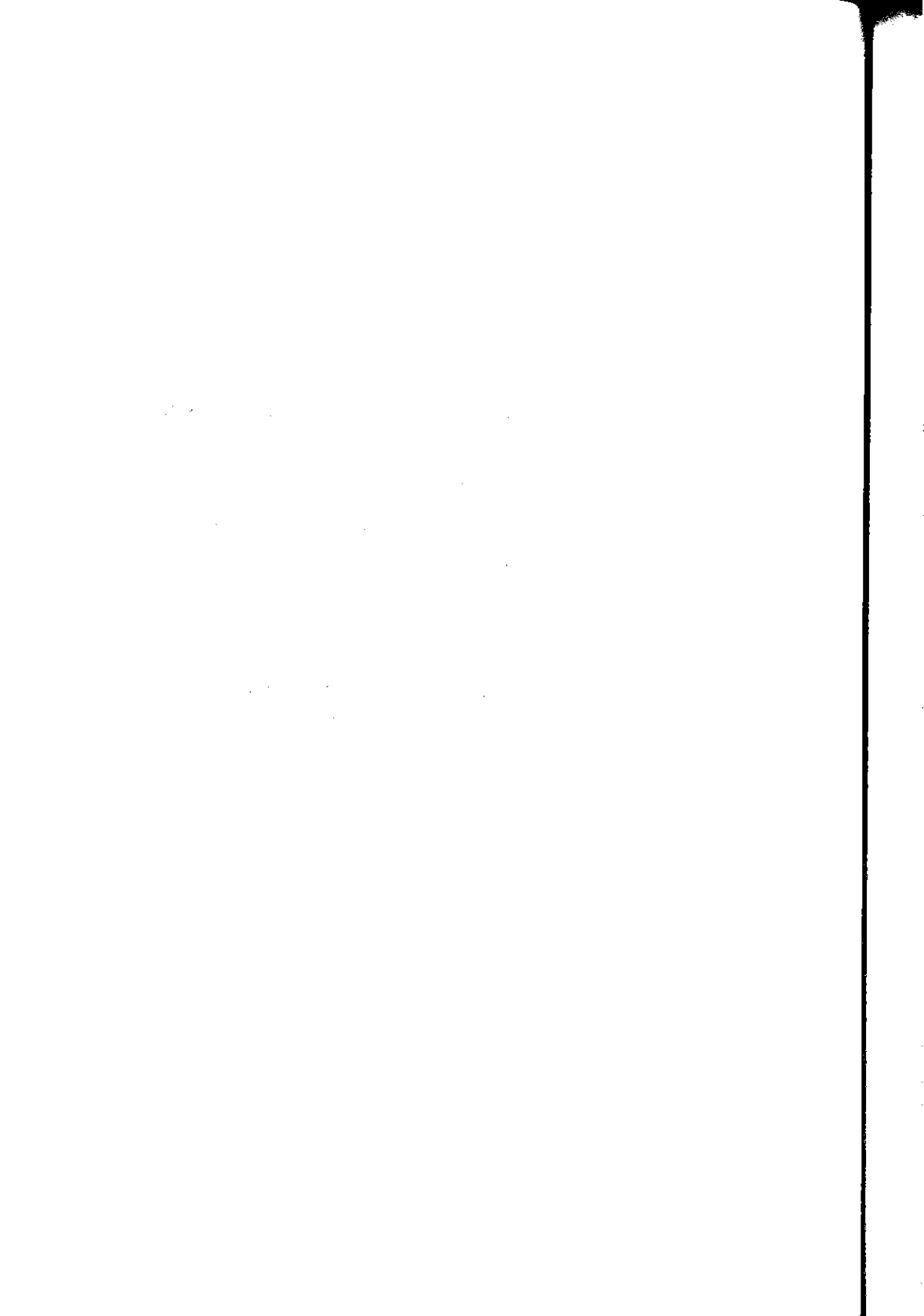
En definitiva, el sistema puede demostrar dos variables: puede ocurrir que funcione la figura del Jefe de Gabinete o que no funcione. Si no funciona, esa hipótesis vendría a corroborar su innecesidad; y si funciona, vamos a comprobar que desconcentra, pero no descentraliza. Es claro, por este reparto de competencias, que el Jefe de Gabinete desconcentrará funciones al Presidente, pero no descentralizará el poder. La clave de la cuestión está en la descentralización. Y por lo tanto (y esta es mi conclusión final) la figura del Jefe de Gabinete no sirve para lo que realmente importaba, que era aumentar el control (o aumentar el vigor de un control desfalleciente) y procurar una mayor descentralización política. ¡Así de sencillo (sic)...!



ALGUNOS CASOS DE CALIFICACIONES
CONTROVERTIDAS DE BIENES EN
EL RÉGIMEN MATRIMONIAL

(Según el proyecto de reformas al Código Civil de la
comisión designada por decreto 468/1992)

*Comunicación efectuada por el académico Dr. Elías P. S.
Guastavino, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del
27 de octubre de 1994*



I. *Generalidades*

Calificar bienes en el matrimonio es determinar a qué categoría de masa patrimonial pertenecen: propios o gananciales.

Interesa desde varios puntos de vista: a) derecho de los acreedores sobre los bienes que constituyen su garantía; b) derechos hereditarios pues la sucesión varía según el carácter propio o ganancial en caso de concurrencia del cónyuge supérstite con ascendientes o descendientes (arts. 3576, 3595 y concs. del Código Civil); c) tratamiento fiscal por los diferentes impuestos o tasas que gravan la transmisión de bienes propios y gananciales; d) facultades de administración y disposición de los esposos.

Por la importancia de todos estos intereses que afectan la seguridad de los negocios jurídicos y la organización patrimonial de la familia, la calidad de los bienes en el matrimonio es, en principio, ajena a la voluntad de los cónyuges. Los bienes son propios o gananciales según las previsiones de la ley y ella es de orden público, no pudiendo ser derogada ni por la voluntad coincidente de los esposos ni por la voluntad unilateral de cualquiera de ellos (arts. 1218/19 del Código Civil y derogación del art. 1224 por ley 17.711).

Para una corriente restrictiva la única oportunidad de calificación judicial se presentaría cuando existe controver-

sia entre las partes en un caso contencioso agregándose que tales litigios sólo pueden plantearse en las etapas de disolución, liquidación y partición de la sociedad conyugal.

En otra tendencia más amplia, que ha predominado, se admite explícita o implícitamente la procedencia de acciones tendientes a la calificación judicial de los bienes aun antes de las etapas de disolución, liquidación y partición de la comunidad conyugal, siempre que sea necesario y exista interés legítimo ya sea en relaciones con terceros o entre los cónyuges. El proyecto de la comisión designada por decreto 468/92 se orienta por tal tendencia amplia (art. 517).

Varias calificaciones son posibles.

Las distintas masas de bienes, que constituyen universalidades, pueden dar origen a que los bienes sean: a) íntegramente propios de un cónyuge; b) íntegramente gananciales, sean de administración del marido o de la esposa; c) objetos de condominio a título de propios entre los dos cónyuges a tenor del art. 1264 del Código Civil.

Las señaladas son *calificaciones simples*, pues los bienes ofrecen la calidad única de propios o gananciales.

Se cuestiona si es posible la reunión en un mismo bien de la calidad de propio en cuanto a determinada parte alícuota y de la calidad de ganancial en cuanto a otra parte alícuota. Estos casos constituyen hipótesis de *calificaciones duales* y los bienes en cuanto asumirían la calidad de propios y gananciales se denominarían *bienes mixtos*.

Aunque los términos de calificación pueden aplicarse a todos los derechos reales —como ser el usufructo o la servidumbre— y a derechos creditorios —acciones, títulos, depósitos bancarios, etc.—, las hipótesis se cuestionan generalmente en relación con el derecho de dominio sobre inmuebles, por ser los casos en que el origen diverso de los fondos utilizados se evidencia con más facilidad.

Con salvedad del agregado por ley 17.711 al final del art. 1272 del Código Civil respecto a derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales, los preceptos

legales de calificación en el Código Civil de Vélez Sarsfield en 1869 han permanecido inalterados¹.

Diversos proyectos han propuesto introducir algunas modificaciones. Cabe recordar el Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el de 1954.

En 1993 se conocieron dos proyectos de reformas al Código Civil. Uno es el de la comisión designada por decreto 468/92, compuesta por los Dres. Belluscio, Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Le Pera, Rivera, Videla Escalada y Zannoni, que propone interesantes reformas en la *calificación de bienes en el matrimonio*, que el Poder Ejecutivo Nacional envió a consideración del Senado de la Nación; y el otro de unificación de la legislación civil y comercial, impreso en el orden del día N° 1322 de 1993, con la colaboración de distinguidos juristas (Dres. Alegría, Araya, Alterini, Artieda de Duré, Azpeitia, Banchio, Bueres, Camisar, Córdoba, Manóvil, Moisset de Espanés, Mosset Iturraspe, Palmero, Piaggi, Richard, Solari, Trigo Represas y Wayar), que fue aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación el 3 de noviembre de 1993 y actualmente se halla a consideración del Senado Nacional.

En la materia de esta comunicación, el proyecto de unificación civil y comercial *carece de propuestas* y sólo menciona en el art. 1336 que el contrato de compra y venta no puede tener lugar entre cónyuges, mientras subsista el matrimonio; modifica en la prescripción el art. 3969 y deroga los arts. 3970 y 3971.

De darse en el Senado de la Nación un intento de armonización de ambos trabajos legislativos es probable que la elaboración se efectúe en materia de calificación de bienes en el matrimonio sobre la propuesta de la Comisión designada por el decreto 468/92.

¹ Donaciones onerosas (art. 1265), subrogación real y aumentos materiales de bienes propios (art. 1266), cosas adquiridas durante la sociedad conyugal cuando la causa o el título le ha precedido (art. 1267), cosas poseídas por un título vicioso desde antes de la sociedad conyugal cuyo vicio se purga durante ella (art. 1268), consolidación de usufructo y propiedad (art. 1270), adquisiciones durante el matrimonio (art. 1272), donaciones remuneratorias (art. 1274), etc.

Por tal circunstancia se efectúa esta comunicación, que sólo procura referirse a algunos casos controvertidos de calificación en el régimen matrimonial de bienes, pues por los límites de tiempo es imposible un análisis más completo. Vaya, desde ya, una apreciación favorable para la tarea cumplida por la comisión del decreto 468/92.

II. Casos controvertidos en inmuebles

Desde el punto de vista conceptual, e inclusive legal posiblemente, debe reconocerse que no hay en el derecho actual obstáculo a que un bien reúna calidades de propio y ganancial; pero, ante la posibilidad de fundar legalmente la calificación única del bien en su totalidad, sin menoscabo de la masa que aportó el dinero ni del perjuicio de terceros, debe preferirse esta última solución a fin de evitar las complicadas situaciones que generaría la superposición de los regímenes aplicables a las masas de bienes propios y gananciales.

En esta acertada dirección se decide el proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/1992, propiciando calificaciones simples y no duales².

² Los planteos no deben limitarse al caso de adquisición con dinero ganancial de partes indivisas de un bien en que un cónyuge tiene parte alícuota a título propio, sino que debe efectuarse un enfoque general de los distintos supuestos de calificación dual que pueden presentarse por insuficiencia de los actuales textos normativos, a fin de darles una solución coherente. En nuestro estudio *La calificación dual de bienes en el matrimonio*, "La Ley", 123, 1181, N° 5, se indicaron ejemplos sobre los problemas de la dualidad de regímenes legales aplicables a un mismo bien; a saber: 1) los bienes propios pueden ser objeto de partición por testamento y no pueden serlo los gananciales y a la inversa los bienes gananciales pueden ser objeto de partición por donación conjunta, pero no los propios; 2) surgirían restricciones a la disposición de parte del bien; 3) la sucesión se regiría diversamente respecto a las partes del bien; etc. Al conferirse a un bien la doble calidad de propio y ganancial, ocurrido el fallecimiento de uno de los esposos, el sobreviviente no podrá disponer por sí solo del bien requiriéndose la tramitación del sucesorio aunque fuese mínima la parte ganancial. El cónyuge titular de la parte propia podría enajenar su parte indivisa y sus acreedores hacerla embargar y vender antes de hacerse la división (art. 2677, Cód. Civ.) y serían aplicables los arts. 2678 y 2680 del citado cuerpo legal.

La antigua *presunción Muciana* del derecho romano por la cual se presumían propiedad del marido todas las cosas en posesión de cualquiera de los cónyuges (D., 24, 1, 51; C., 5, 16, 6), ha sido sustituida modernamente por otra presunción fundamental que se refleja en el aforismo "*in dubio pro comunitate*", en cuya virtud en caso de duda debe aceptarse la solución más favorable a la comunidad. En la ley 203 del Estilo se advierte el paso de una presunción a otra. En consecuencia, los bienes existentes al momento de liquidarse la sociedad conyugal deben considerarse gananciales, salvo prueba en contrario que acredite el carácter propio por pertenecer a uno de los esposos antes del matrimonio, o ser resultado de una subrogación real, o de una adquisición por herencia, legado o donación, o por aplicación de alguna regla especial de la ley. En relación con el activo, la regla está contenida en el artículo 1271 del Código Civil. Tiene vigencia no sólo al tiempo de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal, sino también cuando se trata de actos celebrados durante el matrimonio.

Sin embargo, cuando se discute si un bien debe calificarse singular o dualmente existen pruebas del origen de los fondos empleados en la adquisición —precisamente la dualidad del origen motiva la discusión— y, por ende, el problema escapa estrictamente al ámbito de la presunción "*in dubio pro comunitate*" del art. 1271 que concierne a hipótesis de ausencia o insuficiencia de prueba.

Desde la sanción del Código Civil argentino los supuestos de concurrencia de dineros, o causas, propios y gananciales en la adquisición de un mismo bien no han sido específicamente contemplados motivando interpretaciones dispares.

El proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por el decreto 468/92 contiene normas destinadas a suplir dicha ausencia.

Para apreciarlas cabe distinguir varias situaciones, analizando algunas sin ánimo exhaustivo.

Empleo simultáneo de fondos propios y gananciales

Cuando un bien es adquirido empleando simultáneamente fondos propios y gananciales se cuestiona si es propio o ganancial, o si reúne las dos calidades.

En doctrina francesa la cuestión es examinada en relación con los casos de reinversión de dinero proveniente de la enajenación de un bien propio o de la permuta de un bien propio, cuando el nuevo bien es de valor superior al bien propio originario. Si la diferencia de valor es relativamente poca se considera que el nuevo bien es íntegramente propio, adeudándose una recompensa a la comunidad por la diferencia que se pagó con fondos gananciales. En cambio, si la diferencia de valor es de importancia —igual o superior al valor del bien propio originario— las opiniones divergen. Para unos el nuevo bien será propio sólo en la medida del valor del bien propio originario y ganancial en el resto; para otros —a partir de L. Guillouard— el nuevo bien debe calificarse como propio o como ganancial según cuál sea la masa que hubiese aportado los mayores valores, con recompensa a favor de la otra masa.

No siempre con iguales fundamentos y en ocasiones sin precisar los matices decisivos, una reiterada jurisprudencia de los tribunales argentinos se orienta también hacia la calificación única del bien adquirido con empleo simultáneo de fondos propios y gananciales, acentuándose paulatinamente el criterio de considerar que si la parte del precio pagado con dinero propio es mayor el bien se considera propio, con una recompensa en favor de la comunidad conyugal, y viceversa —adoptando la tesis prevaleciente en el derecho francés a partir de Guillouard—. La solución se apoya en el art. 1356 del Código Civil argentino y en la nota al art. 1485; además, se argumenta que el art. 1266 al admitir la subrogación real para la calificación de los bienes no exige igualdad absoluta o matemática entre el precio de venta de un bien propio y el precio de adquisición del nuevo bien. Por último, la preferencia en la calificación

por la masa que ha suministrado el importe mayor se respalda en el art. 2334 relativo a las cosas que forman un todo, sin poder distinguirse lo accesorio de lo principal, en cuyo caso se tiene por principal la cosa de mayor valor.

Aunque la doctrina expuesta ha tenido objeciones, éstas no son convincentes. La situación se asemeja al socio que utiliza fondos societarios (arg. arts. 1722, 1913); y la eventual desprotección del esposo acreedor de la recompensa por la disponibilidad por el otro del bien propio sin asentimiento y caído en insolvencia es refutada afirmando que el riesgo puede ocurrir pero que el caso de insolvencia como hipótesis extrema no debe llevar a prescindir de una interpretación legal válida para la mayoría de los casos³.

El proyecto de reformas de la comisión designada por decreto 468/92 con el propósito de simplificar y, a la vez, ampliar y precisar la enumeración de los bienes propios establece en el artículo 515 que:

“Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: ...3) Los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, salvo la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, salvo la recompensa debida al cónyuge propietario”.

Se adopta, pues, la solución del derecho francés y de la jurisprudencia argentina prevaleciente, dando prioridad calificatoria al aporte de mayor valor con recompensa en favor de la otra masa. De tal modo se evitan las complicaciones inherentes a una calificación dual de los bienes en el matrimonio.

³ JULIO CÉSAR CAPPARELLI, *Trascendencia de un reciente plenario sobre calificación de bienes en el matrimonio*, “Revista del Notariado”, N° 830, año 1992, p. 636. Expresa que en idéntica situación se encontraría el cónyuge no titular frente a la insolvencia del titular de un bien propio en el que se edificó con dinero ganancial; nadie modificaría la calificación del bien por la posible insolvencia del titular a la disolución del régimen matrimonial.

Empleo sucesivo de fondos o causas propios y gananciales

Los casos en que los distintos hechos que concurren a la adquisición del dominio inmobiliario hubiesen ocurrido algunos antes del matrimonio y otros con posterioridad, actualmente deben ser resueltos según el principio contenido en el art. 1267 del Código Civil que dispone: "*La cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges*".

El caso más frecuente consiste en haber convenido un cónyuge antes del matrimonio —mediante los denominados boletos de compraventa— la adquisición de un inmueble pagando parte del precio en ese momento, otorgándose la escritura traslativa del dominio después del matrimonio, y abonarse entonces el saldo del precio con fondos no identificados como propios. Otra situación de empleo sucesivo ocurre cuando la escritura traslativa de dominio se otorga antes de la celebración del matrimonio, pero el saldo del precio se abona después con dinero ganancial. Es también frecuente que la deuda con garantía hipotecaria contraída antes del matrimonio a raíz de la adquisición del inmueble sea cancelada con fondos gananciales.

Predomina ampliamente en la actualidad el criterio de que es suficiente para calificar como propio el bien que el boleto de compraventa se haya suscripto antes del matrimonio por considerarlo "causa o título" de la adquisición. Al aceptarse que el juez otorgue la escritura pública por el vendedor se asimila el boleto al contrato mismo de compraventa.

En la parte final, el art. 1267 exige que el pago se efectúe con bienes de uno de los cónyuges. Aunque algunas veces pareciera haberse sustentado estrictamente el requisito de que el pago se efectúe íntegramente con dinero propio ⁴.

⁴ Suprema Corte de Buenos Aires, 4 de mayo de 1949, "La Ley", 55, 639; disidencia del vocal Dr. José G. Salas, en Cámara de Apelaciones de Mercedes, 2 de marzo de 1945, "J.A.", 1945-II, 641.

la exigencia no es necesaria *por no corresponderse* con el principio fundamental de la solución legal ⁵.

El anteproyecto de Bibiloni propició la supresión de la frase "*y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges*".

Igual supresión realiza el proyecto de la comisión designada por decreto 468/92 que expresa en el art. 515 que "Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: . . . 7) Los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación".

Es plausible la claridad de la norma propuesta e ilustrativa la nota sobre la amplitud de los supuestos que quedarían comprendidos ⁶.

Adquisición de partes indivisas inmobiliarias durante la sociedad conyugal

La adquisición durante el matrimonio de partes alícuotas de un inmueble en que un cónyuge tiene, a título de propio, otras partes indivisas motiva uno de los supuestos más controvertidos de calificación.

Puede ocurrir que la adquisición durante el matrimonio sea realizada por el mismo cónyuge que tiene ya otras

⁵ JUAN ANTONIO BIBILONI, *Anteproyecto de reformas*, 1931, V, p. 196; AUGUSTO C. BELLUSCIO, *Inmueble adquirido por uno de los cónyuges en virtud de boleto de compraventa anterior al matrimonio*, "La Ley", 154, 281; etc. Cfr.: AQUILES H. GUAGLIANONE, *El bien que se califica como propio por ser la causa de su adquisición anterior al matrimonio*, "J.A.", Doct. 1974, p. 30.

⁶ Señala que quedarían englobados todos los casos en que el bien se adquiere después del matrimonio pero en virtud de un derecho existente ya al tiempo de casarse (sueldos, honorarios, frutos, intereses, devengados antes del matrimonio y percibidos después; transmisión del dominio de un inmueble en virtud de promesa bilateral de venta anterior al matrimonio; compraventa anterior al matrimonio, condicional o a plazo, cuando la condición se cumple o el plazo vence después; derechos sociales en la sociedad cuya constitución se inicia antes del matrimonio y se completa después; derechos sociales nuevos en caso de transformación, fusión o escisión de sociedades cuando los derechos del cónyuge en la sociedad anterior eran propios; bienes adquiridos por dación en pago de un crédito anterior; etcétera).

La nota recordada muestra que el principio establecido no se limita al dominio inmobiliario o mobiliario, sino que comprende también derechos creditorios.

partes indivisas⁷, o que, diversamente, la nueva adquisición sea realizada conjuntamente por los dos esposos (caso "Walsh", del 20 de abril de 1993, "La Ley", f. 92.575 anotado por F. R. Highton, decidido por la sala B Civil) o por el cónyuge que no tiene parte alícuota propia.

Asimismo, cabe suponer que en virtud de la nueva adquisición se reúna la totalidad de las partes indivisas o, por el contrario, que algunas sigan siendo de terceros.

Y, finalmente, es concebible un caso totalmente inverso: uno de los cónyuges es titular de una parte alícuota en virtud de una adquisición onerosa durante el matrimonio (ganancial), y en el transcurso de la existencia de la comunidad conyugal recibe por herencia, legado o donación—esto es, a título propio en principio— una parte indivisa sobre el bien.

Todas estas hipótesis se presentan con caracteres de acentuada dificultad en derecho argentino por falta de solución expresa, no obstante que las leyes que sirvieron de fuente a D. Vélez Sarsfield tuvieron algunas muy precisas.

El proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/92 establece criterios para la mayor parte de los casos controvertidos en este plano, inspirándose, afirma, en los derechos francés, belga y de Quebec.

No repetiremos en esta comunicación académica los precedentes extranjeros existentes al sancionarse en 1869 el Código Civil argentino (ver n. estudio cit. en nota 2) y comenzaremos por la hipótesis en que durante la sociedad conyugal el mismo cónyuge que ya tiene alguna parte alícuota en el bien desde antes de celebrado el matrimonio adquiere el resto indiviso a título oneroso empleando fondos que no se identifican como propios.

Los principales argumentos esgrimidos por quienes sostienen la calificación dual o creación de condominio son: 1) Ausencia de norma especial que derogue los principios

⁷ Hipótesis decidida mayoritariamente por la calificación única en el plenario "Sanz, Gregorio", de la Cám. Nac. de Apels. en lo Civil, 15 de julio de 1992, "La Ley", f. 90.704; íd. "J.A.", semanario 5794; íd. "Rev. del Notariado", N° 830.

generales respecto a que toda adquisición onerosa durante el matrimonio es ganancial, y posibilidad legal de la reunión en un bien de la calidad de propio y ganancial ya que ello no ofende ningún principio fundamental; 2) La calificación única de todas las partes indivisas podría perjudicar a terceros desde que la inversión del dinero ganancial se haría en provecho de uno de los cónyuges trastornando la responsabilidad frente a terceros y el derecho hereditario de los sucesores; 3) La necesidad de un texto legal expreso que imponga la calificación única de todo el bien se demuestra con el agregado proyectado por Bibiloni y por la redacción propuesta por la comisión de reformas de 1936 (art. 407, inc. 3º)⁸.

La tesis de la calidad única de todo el bien cuando algunas partes indivisas han sido adquiridas durante la sociedad conyugal por el cónyuge que ya tenía a título propio otras partes alícuotas tiene expositores en vastos sectores de la doctrina y es la que prevalece en varios tribunales de justicia e instituciones notariales⁹.

⁸ Sala B, Cám. Nac. de Apels. en lo Civil, 1959, "La Ley", 95, 600; Suprema Corte de Buenos Aires, "La Ley", f. 90.828, id. "Rev. del Notariado", N° 831; minoría (16 votos) de Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones de Morón, 1993, "J.A.", semanario 5876; AQUILES HORACIO GUAGLIANONE, *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Buenos Aires, 1965, núms. 270 y ss.; OSVALDO S. SOLARI, *Sociedad conyugal. Compra de partes indivisas*, ed. Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, 1964; CARLOS N. GATTARI, *Unicuique suum: bienes propios-gananciales*, ed. del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, 1964; etc.

⁹ GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, I, N° 308; JUAN CARLOS REBORA, *Instituciones de la familia*, ed. G. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1946, III, p. 120; JULIO H. G. OLIVERA, *Una hipótesis de condominio y empleo útil en el ámbito de la sociedad conyugal*, "J.A.", 1953-III, p. 101; etc.; mayoría (17 votos) Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones de Morón, 1993, "J.A.", semanario 5876; el Colegio de Escribanos de la Capital Federal ha sustentado igual opinión en algunas oportunidades: "Revista del Notariado", N° 651, p. 432; N° 675, p. 507; comp.: N° 673, p. 1067; a su vez el Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires compartió la calificación única en "Rev. del Notariado", N° 725, p. 931; N° 731, p. 988; N° 734, p. 26; y posteriormente ha admitido la calificación dual en "Rev. del Notariado", N° 735, p. 546; N° 739, p. 1639 y N° 754, p. 585 según evoca OSVALDO S. SOLARI, ops. y loc. cits. *supra* nota 8; ver asimismo los estudios o consultas notariales de "Rev. del Notariado", N° 714, p. 1925 y de N° 834, pp. 529 y ss. de ALBERTO G. ALLENDE, NORBERTO F. CACCIARI y otros, y JOSÉ MARÍA LABAYRU, disintiendo o compartiendo el plenario de la Cámara

Resumidamente los fundamentos de la calificación única a título propio de todo el inmueble cuando el cónyuge que ya tenía una parte propia antes del matrimonio adquiere onerosamente otras partes alícuotas después de celebrado éste sin identificarse como propios los fondos empleados, triunfante en el ya citado plenario "Sanz, G. C." de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 15 de julio de 1992 ("La Ley", f. 90.704; íd. "J.A.", semanario 5794) y ya aplicada por anteriores pronunciamientos (sala B Civ., "La Ley", 62, 467; sala D Civ., "J.A.", 1951-III, 135; Cámara Civil 2ª de la Capital, 1936, "La Ley", 3, 302; etc.), son los siguientes: 1) La parte alícuota del condominio no refiere al objeto del derecho sino a su medida y la transferencia a favor del condómino de partes indivisas no debe interpretarse como nuevo derecho dominial sino como acrecentamiento funcional de un derecho preexistente; 2) El acrecentamiento funcional de un derecho propio no está contemplado en el Código Civil de Vélez Sarsfield, pero se halla prevista la hipótesis análoga del acrecentamiento objetivo en el art. 1266 y esta solución legal es extensible al acrecentamiento funcional; 3) La consolidación del usufructo con la propiedad que tampoco es considerado como ganancial en el art. 1270 ilustra acerca del verdadero alcance del principio que determina la calidad *no* ganancial de lo adquirido por acrecentamiento de derechos propios de los cónyuges, demostrando que no debe ser reducido al mero aumento material. Héctor Lafaille en *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1930, N° 324, señaló que lo establecido respecto al usufructo se extiende a servidumbres, hipotecas, etc., siempre con reserva de reintegrar a la masa o al esposo que hubiese pagado, las sumas invertidas; 4) El art. 1272 en la última parte del texto originario

Nac. de Apels. en lo Civil en la causa "Sanz, G. C." del 15 de julio de 1992, que por mayoría adoptó la calificación única; igual criterio de calidad única admiten, entre otros, ALBERTO J. GOWLAND, "E.D.", 134, p. 450; CARLOS H. VIDAL TAQUINI, *Régimen de bienes en el matrimonio*, ed. Astrea, 3ª ed., Buenos Aires, N° 197; JORGE H. MAZZINGHI, *Derecho de Familia*, II, N° 221; n. estudio ya cit. de "La Ley", 123, 1181; etc.

de Vélez Sarsfield establece que tiene calidad ganancial lo que se hubiere *gastado* en la redención de servidumbre o en *cualquier otro objeto* de que sólo uno de los cónyuges obtenga ventajas, calificando como ganancial solamente los valores empleados pero no los derechos adquiridos; 5) La calificación única de la totalidad del bien no perjudica a los herederos ya que al liquidarse la sociedad conyugal se establecerán recompensas; tampoco perjudican a los acreedores pues por aplicación de los arts. 5º y 6º de la ley 11.357 el cónyuge a quien se atribuye la totalidad del bien como propio responderá con éste por las deudas que ha contraído y, a su vez, los acreedores por obligaciones contraídas por el cónyuge no propietario tienen acción subrogatoria por lo que el cónyuge propietario adeudase como recompensa; 6) Frente a la argumentación de no haber establecido el Código Civil argentino de 1869 excepción al principio determinante de la calidad ganancial de las adquisiciones onerosas durante el matrimonio cuando se trata de compra de partes alícuotas de un bien, se opone el razonamiento que advierte cómo la ley considera, explícita o implícitamente, que el acrecentamiento de bienes propios, ya sea en su sustancia, o ya sea en su funcionamiento, libertad o consolidación, no es ganancial en sí, generando recompensa a favor de la masa que posibilitó ese provecho.

El proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/92 adhiere a la calificación única en estos casos. Dispone el art. 515: "Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: . . . 11) Las nuevas partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa al comenzar la comunidad, . . . salvo la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido fondos de ésta para la adquisición". La recompensa se deberá al otro esposo si se aportaron fondos propios de éste.

Cuando las adquisiciones onerosas durante la comunidad conyugal por el cónyuge que ya era titular en calidad de propia de alguna parte alícuota, no comprendan la tota-

lidad de ellas, se ha de aplicar el mismo criterio de calificación. Existe igual *ratio legis*: unificación de la propiedad y del régimen aplicable en lo posible. No interesa, tampoco, para aplicar la calificación única que las partes alícuotas propias originarias sean de menor importancia que las partes alícuotas adquiridas durante la comunidad, así como no se toma en cuenta el monto de la hipoteca que grava el bien propio y que se paga con dinero ganancial aunque represente la casi totalidad del valor del bien ¹⁰. Estas particularidades no están expresamente previstas en el proyecto de la comisión del decreto 468/92, pero nada se opone a que las normas propuestas reciban igual consideración.

En suma, la iniciativa de la comisión coincide con la observación formulada por Lafaille ¹¹ acerca de que todo el régimen de la ley está orientado en el sentido de favorecer la disolución de la copropiedad y que el código ha sido parco para imponer la indivisión y lo hace siempre en los supuestos de así exigirlo las necesidades de los bienes o el interés colectivo; fuera de esos casos excepcionales —agrega— obliga a los representantes de los incapaces a recabar la separación y confiere a cada comunero el derecho de provocarla, reduciendo los supuestos en que se posterga la acción respectiva.

Prosiguiendo con las hipótesis posibles, corresponde plantear el caso en que durante la sociedad conyugal el cónyuge y su ascendiente compran un inmueble o establecimiento comercial o fabril, en cuyo caso la parte alícuota del primero es ganancial; y posteriormente por fallecimiento del ascendiente la cuota en el condominio de éste pasa por herencia al descendiente. En el régimen del Código Civil de 1869 difícilmente puede afirmarse la calificación única de todo el bien no siendo caracterizable como ganancial lo transmitido por herencia al cónyuge.

Sin embargo, también en esta hipótesis el proyecto de la comisión designada por decreto 468/92 se inclina por la

¹⁰ TROPLONG, *Du contrat de mariage*, París, 1851, N° 657 y otros juristas franceses.

¹¹ HECTOR LAFAILLE, *Derecho civil*, IV, *Tratado de los Derechos reales*, vol. II, Buenos Aires, 1944, N° 1097.

calificación única, pero esta vez como ganancial de todo el bien.

En efecto, con una redacción tal vez perfectible propone en el art. 516: "Son bienes gananciales: . . . 14) Las nuevas partes indivisas adquiridas por cualquier título¹² por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial al disolverse la comunidad, salvo la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido fondos personales¹³ de éste para la adquisición".

El inc. 14 del proyectado art. 516 es justificado, según la nota del proyecto, por razones de simetría con la del ya examinado art. 515, inc. 11.

De todos modos, es una propuesta que merece la mayor reflexión y prudencia.

De las restantes situaciones posibles queda sin respuesta y posiblemente sometido a una inevitable calificación dual el caso en que la adquisición onerosa durante la existencia de la comunidad conyugal es efectuada por el cónyuge que no era propietario de la parte alícuota originaria propia del otro. En este caso el proyecto de la comisión designada por decreto 468/92 no contempla la unificación del carácter del bien, que será propio y ganancial simultáneamente. Tampoco el plenario "Sanz" de 1992, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, declaró la calificación única en tal hipótesis. La calidad de las partes alícuotas adquiridas onerosamente durante el matrimonio por el cónyuge que no era titular de otras partes alícuotas propias dependerá de las constancias sobre el origen del dinero que se consignen o prueben (arg. art. 1246 del Código Civil y art. 517 del proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/92)¹⁴.

¹² Queda comprendido el título gratuito.

¹³ Aunque el vocablo "invertido" pudiera hacer pensar en un acto jurídico entre vivos de adquisición es viable incluir lo recibido por herencia, legado o donación, salvándose la anomalía con la recompensa que se reconoce al heredero, legatario o donatario. Para superar dificultades interpretativas cabría sugerir que se agregase que similar recompensa procede en los casos de haberse *aportado* las nuevas partes indivisas por herencia, legado o donación.

¹⁴ La sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 20 de

III. *Dividendos de sociedades anónimas*

Aunque sin precisar que se refiere específica o exclusivamente a ello, el proyecto de la comisión designada por decreto 468/92 concierne a los dividendos de sociedades anónimas que se generen durante la comunidad conyugal por valores mobiliarios propios de un cónyuge.

Siguiendo el criterio sustentado por la doctrina respecto al derecho argentino vigente los dividendos en efectivo de acciones propias de un cónyuge devengados durante el matrimonio son gananciales.

Acerca de los dividendos en acciones devengados por el capital accionario propio de un esposo es necesario considerar el origen de los bienes cuya capitalización da lugar al dividendo en acciones. Si obedecen a revaluación del activo son bienes propios del cónyuge accionista sin importar la apariencia de renta ya que representan el mayor valor de bienes propios; y si responden a capitalización de ganancias de la sociedad anónima son gananciales por tener igual carácter que los dividendos en efectivo ¹⁵.

El proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/92 no innova en estos aspectos pero encara el caso del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones acordado por la sociedad anónima al cónyuge accionista manteniendo el carácter propio de ese derecho de preferencia y de las nuevas acciones adquiridas en virtud de él cuando el cónyuge era propietario de las

abril de 1993, en la causa "Walsh, Roberto H. v. Registro de la Propiedad Inmueble", "La Ley", f. 92.575, admitió que cada uno de los cónyuges adquiriese el bien con distinto carácter: ganancial la parte incorporada por uno de ellos y propia la adquirida por el otro, con anotación de FEDERICO R. HIGHTON, *Condominio entre cónyuges y prenda común de los acreedores*. En el pronunciamiento se examinó el origen propio y ganancial de los fondos empleados por uno y otro esposo en las incorporaciones.

¹⁵ ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ, *Dividendos en acciones y sociedad conyugal*, "La Ley", 144, 871; inclusive los dividendos en acciones por capitalización de reservas libres, si éstas son ganancias de ejercicios anteriores, son gananciales. Cuando el dividendo en acciones surge de varias causas, ellas deben discriminarse inclusive pericialmente para determinar la calificación.

antiguas desde antes del matrimonio, con criterio similar al de las nuevas porciones indivisas de cosas.

En efecto, se establece en el art. 515 del referido proyecto que "Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: ... 11) ... los valores nuevos y otros acrecentamientos de los valores mobiliarios propios, salvo la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido fondos de ésta para la adquisición". El texto de la norma proyectada adquiere el significado antes indicado mediante la lectura de la nota respectiva, pero parece necesario precisar que "valores nuevos y otros acrecentamientos" no involucra todos los dividendos en acciones sino los suscriptos por el derecho de preferencia del accionista que era titular de acciones propias y el reparto en acciones provenientes de revaluación del activo sin adición de ganancias capitalizadas.

IV. *Crías de ganado*

Por ganado se entiende el conjunto de bestias mansas que se apacientan y andan juntas. Se distinguen de los plantales de aves de corral y de los animales de *pedigree*.

En el derecho argentino actual no se cuestiona que el mero engorde del ganado como aumento material reviste la cualidad propia o ganancial del que lo experimenta, en tanto las crías del ganado propio de un cónyuge —ante la ausencia de normas especiales— ha dado origen a diversas tesis ¹⁶.

La controversia implica una confrontación entre el principio de *res perit domino* por el que en caso de muerte,

¹⁶ Las crías del ganado propio de un cónyuge son gananciales para AQUILES HORACIO GUAGLIANONE, *Del ganado propio al ganado ganancial*, "La Ley", 150, 973; o lo son con excepción de las que reemplazan al plantel inicial que son propias por subrogación para Guillermo A. Borda, cit., N° 319; o son todas propias con recompensa por las ganancias que implica el aumento de capital para SANTIAGO C. FASSI y GUSTAVO BOS-SERT, *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, 1977, comentario al art. 1272, § 24, p. 247. Ver MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA, en *Derecho de familia*, escrito con DANIEL H. D'ANTONIO, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, II, p. 98, que estima razonable el criterio de Borda.

enajenación o pérdida de los animales que integran el ganado ellos desaparecen para su propietario, y el que establece la obligación de restituir los bienes propios a cada cónyuge al liquidarse la comunidad conyugal con acción de dominio o reivindicatoria si existen (art. 1258) o con acción de recompensa sin privilegio cuando no existen los bienes que aportó al contraer matrimonio (art. 1259)¹⁷. La jurisprudencia ha examinado la cuestión en varias oportunidades: sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 1971, "E.D.", 41, 727; Suprema Corte de Buenos Aires, 1966, "E.D.", 16, 639; sala G de la precitada Cámara Nacional, 1993, "E.D.", f. 45.683; etc.

No adoptó Vélez Sarsfield la solución del proyecto español de 1851 y del derecho uruguayo, que con derogación del *res perit domino* asimilaron el marido al usufructuario, debiendo recordarse que en el régimen argentino de usufructo de ganado el art. 2902 obliga al usufructuario a reemplazar con las crías que nacieron los animales que mueren ordinariamente o que faltan por cualquier causa, lo que por el art. 2903 no se aplica a los animales individualmente considerados. Descartada por el codificador argentino una explícita remisión al régimen del usufructo, para algunos por la remisión contenida en el art. 1262 de sociedad conyugal a la sociedad civil debería aplicarse el art. 1706, que dispone que si la prestación fuese del uso o goce de los bienes el socio que la hubiese hecho continúa siendo propietario de ellos y es de su cuenta la pérdida total o parcial de tales bienes, cuando no fuese imputable a la sociedad o a alguno de los socios, y que disuelta la sociedad puede exigir la restitución de ellos en el estado en que se hallaren.

¹⁷ Los artículos mencionados han sido afectados por las reformas incorporadas al régimen matrimonial (leyes 11.357, 17.711); la obligación de restituir los bienes propios está contenida en el art. 1299, las recompensas están contempladas en varias disposiciones y su reajuste equitativo se dispone en el art. 1316 bis agregado por ley 17.711; la restitución de los bienes dotales fue regulada en los arts. 1317 y ss. incluyéndose en el art. 1321 el deber marital de restituir el valor de los bienes que no existiesen en posesión del marido o en su testamentaria, habiendo sido afectados por las leyes de reforma antes mencionadas.

El proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/92 prevé expresamente el supuesto del ganado proponiendo la solución de mantener el carácter propio del plantel existente al tiempo del matrimonio mediante la subrogación de los animales que falten por las crías, por la analogía existente con el usufructo de ganado, regido por el art. 2902, y exceptúa el caso en que la calidad del ganado hubiese mejorado, pues entonces afirma que sería injusta la solución general.

Concretamente, el proyecto establece en el art. 515 que "Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: . . .6) Las crías de los ganados propios que reemplacen en el plantel a los animales que falten por cualquier causa. Sin embargo, si se hubiere mejorado la calidad del ganado originario, las crías serán gananciales y la comunidad deberá al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado".

V. *Propiedad intelectual, artística o industrial*

Una de las innovaciones más rotundas y sin lugar a dudas la que ha de generar las mayores reflexiones es, en el proyecto de la comisión designada por decreto 468/92, la concerniente a la calificación como propia o ganancial de la propiedad intelectual, artística o industrial.

Por haber considerado extensamente la cuestión en otra oportunidad y ser conocidos los criterios judiciales y doctrinarios en el tema, sólo resumiremos la propuesta contenida en el proyecto de la comisión designada por decreto 468/92¹⁸.

¹⁸ El proyecto, efectivamente, menciona nuestra opinión expresada en *Los derechos intelectuales y la comunidad de bienes del matrimonio*, "E.D.", 21, 430, al anotar la sentencia del 7 de septiembre de 1967 en el caso del escritor Roberto Arlt, pronunciada por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que revocando la de primera instancia que había adoptado la tesis que en 1968 establecería la ley 17.711, aplicó el criterio que ahora propone restablecer el proyecto aquí examinado. La comisión igualmente menciona la opinión de Jorge Joaquín Llambías en el estudio de la ley 17.711.

La ley 17.711 incorporó al final del art. 1272 del Código Civil un párrafo según el cual "*Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial*".

Es frecuente apoyar esta solución en el fundamento de los derechos intelectuales que consisten en tutelar la personalidad del autor, la accesoriedad del contenido económico frente al elemento extrapatrimonial y las dificultades de la coexistencia de este aspecto con el meramente patrimonial.

La postulación opuesta, que propone la comisión designada por el decreto 468/92, se respalda en la *ratio legis* de la ganancialidad, la posibilidad de armonizar los aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales de los derechos intelectuales y en diversas razones axiológicas cuya exposición es habitual en las obras especializadas.

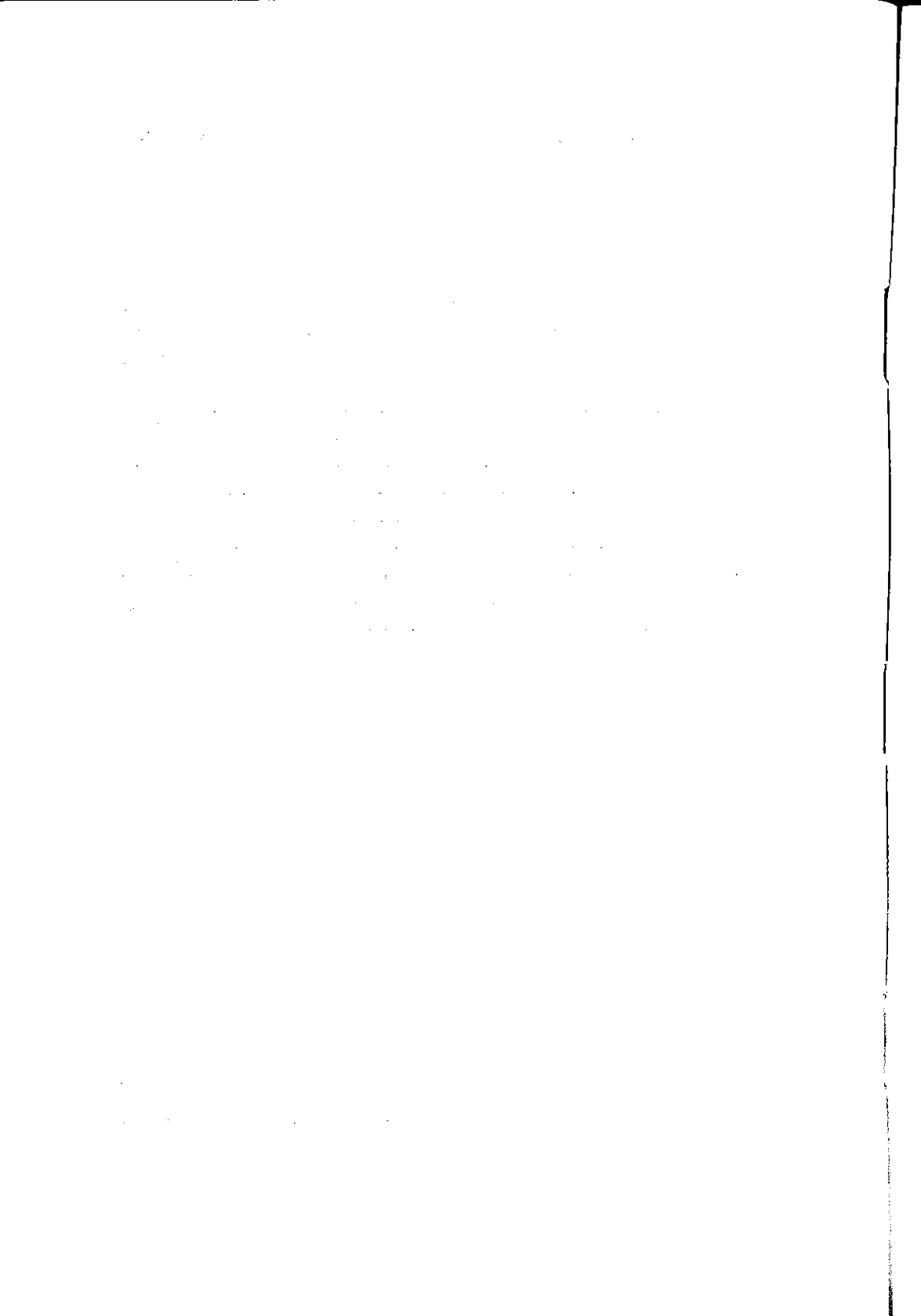
En concreto, el proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/92 propone en el art. 515 que "Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: ... 17) Los derechos derivados de la propiedad intelectual, artística o industrial, cuando la obra intelectual hubiese sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística hubiese sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial hubiesen sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad". De ocurrir la publicación, interpretación, conclusión, patentamiento o registro luego de comenzada la comunidad conyugal los derechos derivados serían gananciales como así también los frutos devengados durante la comunidad de acuerdo con el art. 516, inc. 3º del proyecto.

En caso de disolución de la sociedad conyugal por muerte del autor la herencia se rige actualmente por las reglas aplicables a bienes propios en la postulación de la calidad propia que establece la ley 17.711.

De admitirse la proposición del proyecto de la comisión designada por decreto 468/92 la división hereditaria respecto a derechos intelectuales del autor fallecido deberá efec-

tuarse según reglas aplicables a bienes gananciales. Por aplicación de este criterio de calificación corresponde asignar un valor económico a los derechos intelectuales al formar la masa partible de bienes comunes. Cuestión distinta es determinar si en la partición puede adjudicarse el derecho intelectual al cónyuge no autor o a sus sucesores, o si, por el contrario, viviendo el cónyuge autor sólo a éste corresponde la atribución del derecho intelectual con obligación de indemnizar a los otros interesados. En atención a la naturaleza compleja de los derechos intelectuales, en caso de sobrevivir el cónyuge autor (hipótesis de divorcio, separación de bienes, premuerte del otro cónyuge, etc.) es aconsejable adjudicar la totalidad del derecho intelectual a quien ya le corresponde la titularidad de su contenido moral, o sea al creador de la obra. Deberá indemnización por el contenido pecuniario que pertenecía a la comunidad que se liquida ¹⁹. En virtud de esta regla especial, fundada en la naturaleza compleja de los derechos intelectuales, quedarían exceptuados del principio de división en especie.

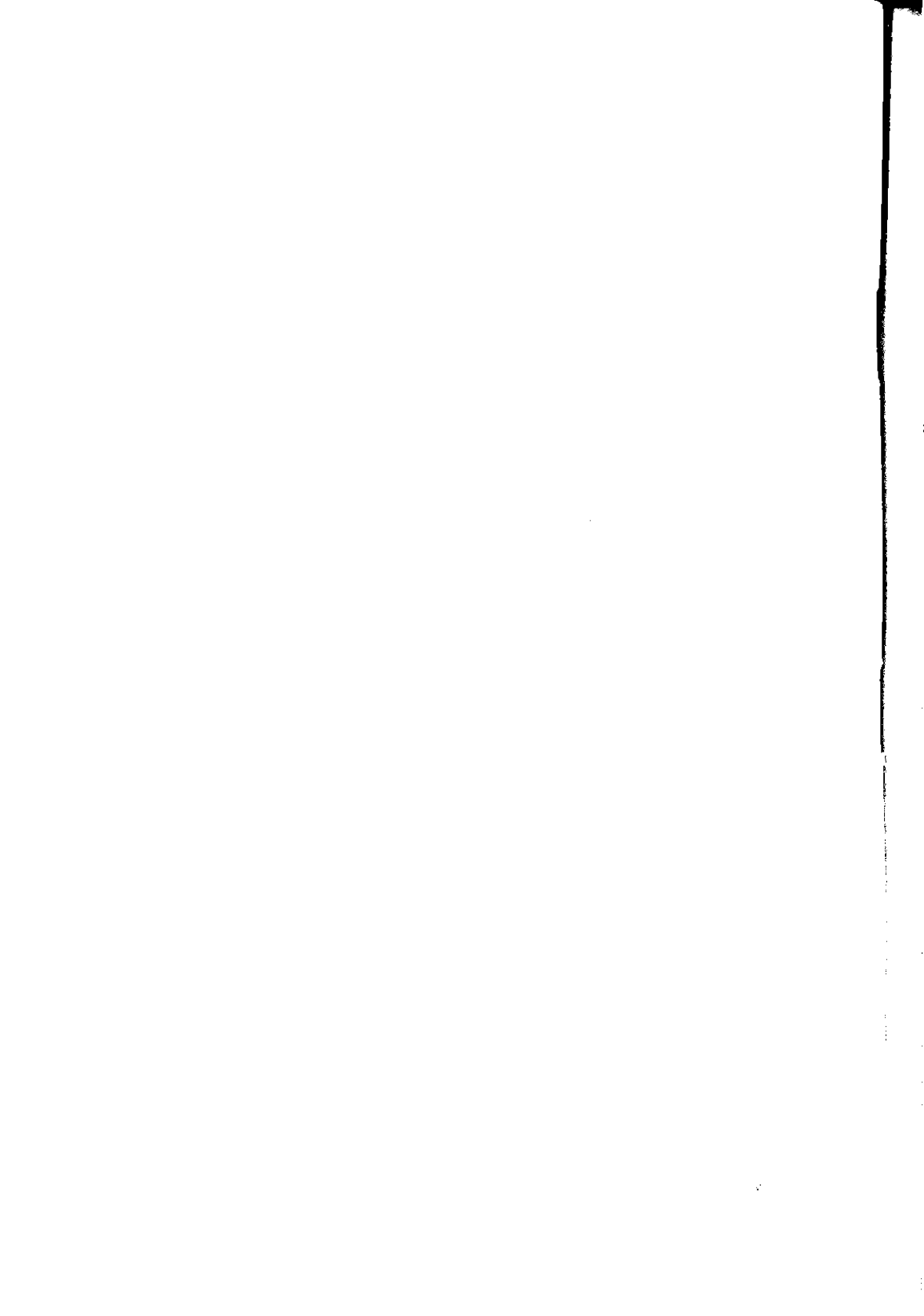
¹⁹ Entre otros, ver DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, París, 1834, XIV, N° 132, p. 176; TROPLONG, cit. en nota 10, I, N° 434; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, París, 1906, XVI, N° 292.



III

JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO

- I. El comienzo de la personalidad y el Estado.
- II. Responsabilidad del Estado con respecto a la familia.
- III. Responsabilidad objetiva en el ámbito del Derecho Civil.



*Palabras del académico Presidente
Dr. Enrique Ramos Mejía*

Tócame a mí, como Presidente de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, hablar en primer término en cumplimiento de un inexorable protocolo y, como es de rigor, comenzando con la bienvenida a los distinguidos juristas que han llegado aquí de la vecina República Oriental del Uruguay para exponer y debatir con sus huéspedes argentinos importantes temas del ámbito del derecho.

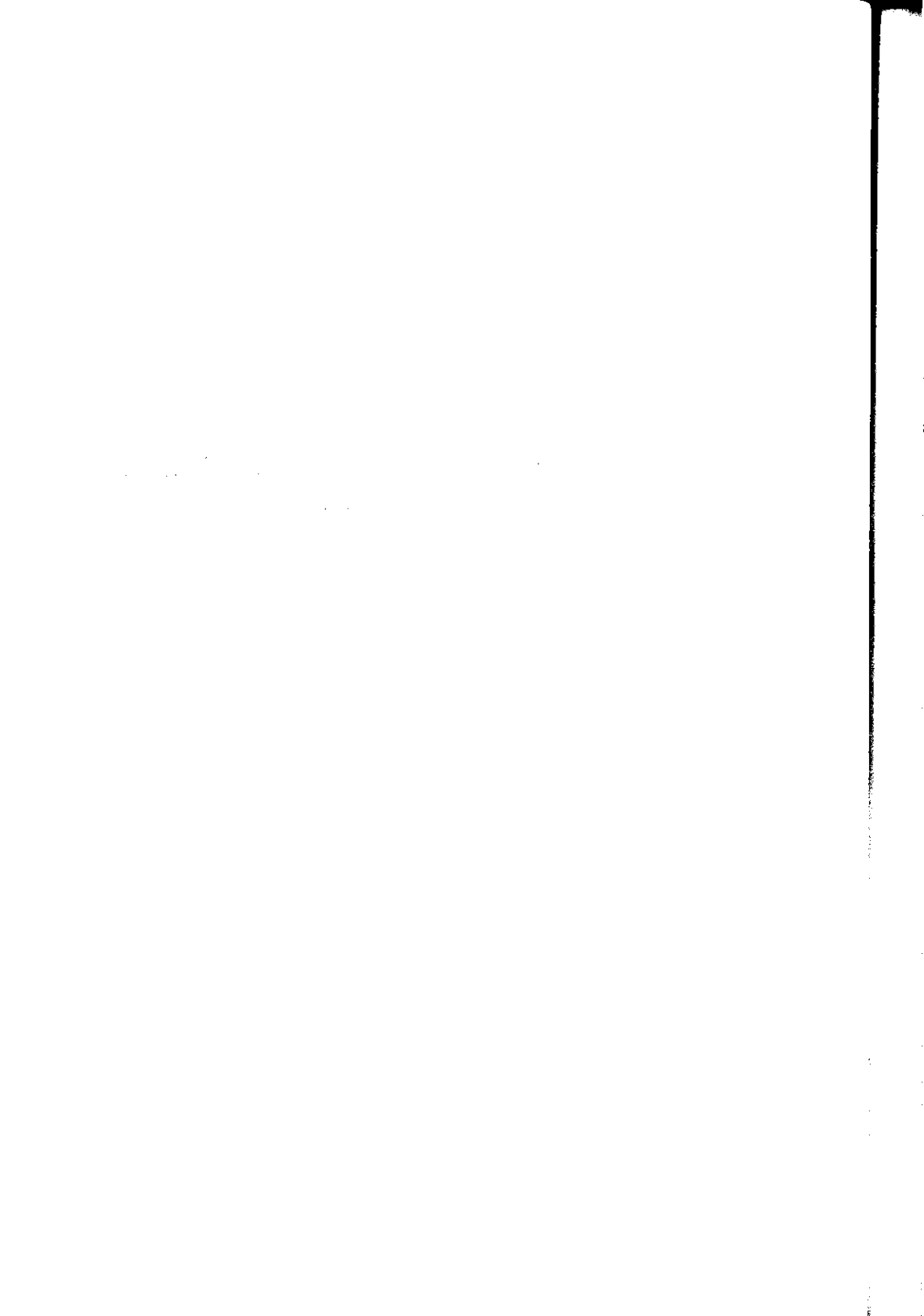
Con ello se cumple por nuestra parte con el Estatuto de esta Corporación que dispone en el artículo 2 entre sus fines "estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales que se promuevan en su seno", y en el artículo 3, entre sus atribuciones, "establecer y mantener relaciones con las instituciones y personas que se dedican a los estudios jurídicos y sociales en la República" y, como ocurre en esta ocasión, también en "el extranjero".

A tal objeto se cuenta en esta Academia con tres Secciones: de Derecho Público, de Derecho Privado y de Ciencias Políticas y Sociales, a las que se suma en un nivel que linda en buena medida con el mayor conocimiento del derecho los Institutos de Investigación, que son actualmente de Derecho Civil, de Derecho Administrativo, de Derecho

Internacional y de la Navegación y de Derecho Empresarial, bajo la dirección de Académicos y con la participación de Abogados que se inscriben y asisten a tal efecto a numerosas reuniones, y así se satisfacen los fines diferentes que distingue nuestro benemérito Académico Dr. Miguel S. Marienhoff, entre el interés científico puro de las Academias y el de instituciones con esenciales propósitos didácticos.

Es oportuno entonces, al margen de tal distingo, llevar a cabo esta reunión rioplatense de juristas, que no ha de ser la única, animados todos fundamentalmente por un serio anhelo de intercambiar ideas de común interés entre quienes son, según la tesis de Marienhoff, por un lado Académicos y por el otro Catedráticos universitarios de renombre, pero que abordarán los temas propuestos con igual autoridad.

I. EL COMIENZO DE LA PERSONALIDAD
Y EL ESTADO



COMIENZO DE LA PERSONALIDAD, COMUNIDAD Y ESTADO

*Por el Dr. Esc. Enrique Arezo Píriz**

1. El planteamiento que vamos a exponer puede resultar, quizá, superabundante examinado a la luz de un ordenamiento, como el argentino, que inicia la personalidad con el acto mismo de la concepción en el seno materno (art. 70 Cód. Civil argentino). Pero de ninguna manera resulta ocioso en ordenamientos como el uruguayo en el que, con particular empeñamiento, se desconoce o se intenta desconocer la personalidad jurídica del simplemente concebido para abrir paso a legislaciones abortistas, no obstante, como queremos demostrar, los textos contundentes ratificados por Uruguay que evidencian, más allá de toda duda jurídica seria, que la personalidad comienza con la concepción de la criatura en el seno materno.

* Director y Profesor de Teoría General del Derecho, Grado 5, en el Centro de Postgrados, en la Universidad de la República (República Oriental del Uruguay).

Profesor de Derecho Privado I y Derecho Privado VI, Grado 5, en la Universidad de la República (República Oriental del Uruguay).

Persona, individuo y personalidad

2. Para comenzar esta indagatoria debemos retrotraernos a examinar la oposición entre "persona" e "individuo". Este último encarnaría tanto la particularidad del propietario como la formalidad extrínseca del "actor" jurídico. Este es, a la vez, el representante fiel así como el producto del desarrollo histórico-fenomenológico de la sociedad occidental moderna. En otras palabras, los términos persona e individuo son atribuidos al mismo ente: el hombre, el cual designa dos modos de ser diversos, en varios títulos y, todavía, reconducibles a la categoría de autenticidad (definiendo la persona) y de inautenticidad (definiendo el individuo). Se trata de categorías introducidas por el existencialismo filosófico, pero que, sin embargo, no le pertenecen de un modo exclusivo, habiéndose tornado de uso común en el lenguaje culto y aun del cotidiano y que adquirió designación propia del llamado "personalismo". La distinción entre persona e individuo es antigua, clásica, pero ello no significa oposición. Para comprender cómo viene valorada esta oposición, conviene poner en claro la perspectiva filosófico-metodológica, por medio de la cual se alcanza la identificación de los dos opuestos modos de ser. Estas perspectivas son principalmente dos, pero, de algún modo, comunicadas entre sí.

3. La primera perspectiva supone la prevalencia del criterio "valorativo" sobre el "cognoscitivo". Persona e individuo son, materialmente, el mismo dato existencial, que se lo considera positiva o negativamente, mostrándose auténtico o inauténtico, según que tenga o no valor. Ciertamente que el individuo "sea" es indudable; lo que se discute es si tiene "valor". Por el contrario, que la persona "sea" también individuo es indudable, lo que se le atribuye es un más: el valor individuo más valor. N. Berdaiev ¹ señala que "la persona no es una categoría biológica o psicológica,

¹ N. BERDAIEV, *De l'esclavage et de la liberté del l'homme*, París, 1946, p. 25, cit. Cotta, op. tomo, y voz cit., p. 163.

sino una categoría ética y espiritual; en cambio, el individuo es una categoría de la naturaleza biológica y sociológica. El hombre es también un individuo, pero no es solamente un individuo. El individuo y la persona se encuentran reunidos en el mismo hombre, no como dos entidades distintas, antes bien, como dos calificaciones, como dos fuerzas. El hombre-individuo vive en el aislamiento preocupado egocéntricamente de sí mismo. El hombre-persona es el mismo hombre pero que procura superar su propio aislamiento egocéntrico, de descubrir en sí el Universo.

4. La oposición individuo-persona no es estructural (no nos encontramos frente a dos entes sino a uno) es, antes bien, axiológica; la persona es una categoría "ética" en cuanto se presenta, ya en la superación del egocentrismo, ya en la "libertad conquistada" mediante una "selección". El individuo es, indudablemente, un sí mismo; lo confirma el antiguo "principio individuationis". Es innegable que, hoy como ayer, existe un modo de vida auténtico y otro inauténtico, pero parece inadecuado referir el primero sólo para la persona y el segundo sólo para el individuo. Tal oposición parece ser convencional, por no decir arbitraria. Las tesis que prescindan del apoyo de la sustancia para definir la personalidad están condenadas a girar en una órbita sin regreso. Basta recordar la VI tesis de Marx sobre Feuerbach, según la cual el individuo, fuera de la abstracción, no es sino el "conjunto de las relaciones sociales". Se ha intentado resolver el problema de un modo nominalista, creemos que se debe encarar su solución bajo una óptica realista.

5. La distinción por oposición entre persona e individuo no es convincente. Por decirlo una vez más y de acuerdo con Kierkegaard, "En todo género animal la especie es la cosa más alta. . . , el individuo es siempre realidad precaria. Sólo en el género humano la situación se invierte —a causa del Cristianismo— el individuo es lo más alto del género. Los que participan de la trascendencia divina, de San Agustín a Kierkegaard, de Santo Tomás de Aquino a

Rosmini, o abierta a la trascendencia (Scheler, Hartmann); como los que la estiman salida de la misma inmanencia, entienden, en general, que no hay oposición entre persona e individuo. La persona es, siempre, el concepto que designa al individuo humano. La afirmada identidad conceptual y estructural entre persona e individuo permite indagar mejor, fuera del nominalismo y de consideraciones meramente empíricas, la fundamental cuestión de las relaciones entre persona y persona. Nadie sostiene que una persona pueda existir, por sí y para sí. El "estado de naturaleza" sostenido por alguna filosofía moderna, no es creíble a falta de todo fundamento. El hombre es un ser gregario, siempre ha vivido en grupos, nunca ha vivido aislado. En síntesis: la persona es-sí-misma y tiene integral conciencia de sí sólo en cuanto ente-en-relación. La persona es única e irrepetible y, utilizando una figura kantiana, no permite ninguna equivalencia, tiene una dignidad propia. Pero, la persona, por su estructura y no por arbitrio propio o de otros, es relacional, esencialmente social al mismo tiempo.

6. En el lenguaje jurídico y de modo general, se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones o, lo que es lo mismo, de devenir sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Aunque en el lenguaje vulgar e, incluso, en el jurídico, suelen emplearse como sinónimos no deben confundirse los términos "persona" con "personalidad". Si persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Se es persona, se tiene personalidad. La personalidad es la condición que el ordenamiento jurídico exige y confiere para poder tomar parte del orden jurídico. Sin personalidad, no se puede entrar en el campo del derecho, de la juridicidad. En el derecho moderno, desaparecida la esclavitud, reconocido a los extranjeros el ejercicio de todos los derechos civiles y admitido que la dependencia familiar no altera la capa-

cidad de derecho, ya no está la personalidad ligada a la posesión de cualidad ninguna y se la puede considerar como una emanación de la naturaleza racional humana.

7. Existen dos grandes líneas que mantienen posturas diferentes acerca de la personalidad. Por un lado, las teorías normativistas, formalistas o puramente jurídicas, para las que la personalidad es una atribución del orden jurídico. Así se invoca a Francisco Ferrara² en cuanto afirma que la personalidad es un concepto jurídico formal que no implica ninguna condición de corporeidad o espiritualidad en el investido. El hombre es persona, no por su naturaleza, sino por el reconocimiento del derecho objetivo. Ciertamente este autor y otros que comulgan con él, no dudan de que todo hombre tiene derecho a ser persona e, inclusive, afirman que la concesión de personalidad debe estar ligada a la protección y promoción de los intereses de los hombres. Pero sus oponentes, provenientes del jusnaturalismo radical, le critican que si es el orden jurídico quien otorga la personalidad humana, con más razón será quien defina y delimite los derechos de la persona. En cambio, para los jusnaturalistas y realistas, la personalidad es, por el contrario, un atributo esencial del ser humano e inseparable de éste, ya que, como ser racional y libre le corresponde la capacidad de querer y obrar para cumplir sus fines, entre otros y el no menos importante, el jurídico. Según esta concepción del hombre, la persona, es un "prius" al derecho. De modo que el ordenamiento jurídico se ve limitado a declarar la personalidad de todo ser humano, a reconocer a todo ser humano como persona.

8. En cuanto al problema de la fundamentación de la personalidad jurídica del ser humano, podemos encon-

² FRANCISCO FERRARA, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid, 1929.

³ No pretendemos circunscribir, maniqueamente, a dos únicas posiciones el complejo problema del fundamento de la personalidad. Pero las dos posiciones expuestas: racionalista y cristiana, son las dos grandes respuestas modernas al problema.

trar dos grandes posiciones: la concepción racionalista y la concepción cristiana³. El primer expositor de la concepción racionalista fue J. J. Rousseau. Este comienza afirmando que la Humanidad, originariamente, se hallaba en un estado de naturaleza en el que cada individuo gozaba de un modo pleno de su libertad. En un momento histórico determinado y ante las ventajas que suponía la vida social, el hombre limita voluntariamente su libertad y comienza a vivir en sociedad. Surge, pues, la sociedad no de un modo natural sino en virtud de un "contrato social" que realizan los individuos originariamente libres. Según esta concepción existe, pues, una radical tensión entre individuo y sociedad. Esta concepción es esencialmente "antropomorfista". El hombre es el dueño del universo y de sí mismo. Dios no cuenta para nada. Es el propio individuo quien define el ámbito de su libertad en su tensión frente a la sociedad. Esta idea antropocéntrica ha persistido en las teorías positivistas y materialistas. La única diferencia es que, en la teoría de Rousseau, en la tensión individuo-sociedad salió triunfante esta última. Al declararse como únicamente existente la voluntad general, expresada en la ley, los derechos subjetivos individuales existirán en la medida en que el propio ordenamiento jurídico los otorgue y reconozca. Los antiguos derechos naturales pasan a ser creados y tutelados por la norma positiva y dejan de ser superiores al Estado. Esta posición se cierra con las corrientes materialistas; aquí, el triunfo de la sociedad sobre el individuo es absoluto. No deja de ser revelador comprobar cómo lo que comienza siendo una autoafirmación orgullosa de la libertad individual termina, en una evolución no exenta de lógica, en una negación radical de la dignidad de la persona humana.

9. Frente al antropocentrismo e individualismo que caracterizan *ab initio* la posición racionalista, la posición "jusnaturalista" y "cristiana" es teocéntrica y afirma la existencia de un orden total en el universo creado por Dios.

La persona humana se da en sociedad, no hay contratos sociales, ni estados de naturaleza, ni la tensión individuo-sociedad tiene carácter primario. El ser humano es social por naturaleza y junto a los demás hombres se esfuerza por alcanzar el fin a que ha sido destinado por Dios. La libertad no es desordenada o ilimitada, sino que debe ejercerse en el orden total de la creación y debe contribuir a la consecución del fin último del hombre. La persona es un "prius" al derecho, entendido éste como derecho humano-positivo. El derecho, en este sentido, tiene su fundamento en el hombre y por ello debe proteger cualquier manifestación de la vida humana. La protección del feto no es algo que deba originarse en la voluntad del legislador sino que viene exigido por la misma naturaleza del hombre y su supremacía frente al derecho. Siendo la persona anterior al derecho positivo, goza de una esfera de libertad que le reconoce el derecho natural. Son los llamados derechos fundamentales de la persona humana que, como exigencia de la dignidad del hombre y nacidos del mismo acto creador de Dios, son derechos naturales, inalienables y superiores al Estado que deben ser reconocidos por todo orden jurídico-positivo, so pena de olvidar al aspecto más noble y profundo del derecho, es decir, la justicia.

10. El ser humano, el ser del individuo, consiste en un "ser por sí" y "para sí mismo", en un modo autónomo e independiente. El individuo no es pura y simplemente una parte del todo. Aunque, desde luego, sea miembro de la sociedad, es al mismo tiempo superior a ella. Es superior a ella, porque es persona en el pleno y auténtico sentido de esta idea, lo que jamás podrá ser la sociedad. La colectividad carecería de sentido si no se afirmase como un medio para los individuos. La cultura está constituida por los actos y obras humanas que aspiran a realizar ideas de valor. Porque el hombre no sabe y necesita conocer, por eso construye la ciencia, porque no alberga en sí la belleza por eso crea el arte, porque es pecador tiene la ética, porque vive

en sociedad se organiza según la justicia y por eso elabora el derecho. La sociedad humana está constituida por personas conscientes y libres; por tanto, ningún "todo" puede superar a esas "partes" que conservan su autonomía. La sociedad humana no es un ser por encima de las personas, sino las personas mismas amándose, luchando, conviviendo entre sí. Adviértase que una cosa son los "valores" y otra cosa los "intereses". Es inhumano sacrificar una generación de hombres a la generación que le sigue, cuando no se tiene sentimiento del destino de los sacrificados⁴. Lo universal es aquello que es debido al yo individual: "Y ¿quién eres tú?, me preguntas, y con Obermann te contesto: ¡Para el Universo nada, por mí, todo!... Yo soy el centro de mi Universo, el centro del Universo y en mis angustias supremas grito con Michelet: ¡Mi yo, que me arrebatan, mi yo...! ...¿Egoísmo decís? Nada hay más universal que lo individual, pues lo que es de cada uno lo es de todos, y no sirve sacrificar cada uno a todos sino en cuanto todos se sacrifiquen a cada uno. Eso que llamáis egoísmo es el principio de la gravedad psíquica, el postulado necesario... Jamás me entregaré de buen grado y otorgándole mi confianza a conductor alguno de pueblos que no esté penetrado de que, al conducir un pueblo, conduce hombres, hombres de carne y hueso, hombres que nacen, sufren y aunque no quisieran morir, mueren; hombres que son fines en sí mismos, no sólo medios: hombres que han de ser lo que son y no otros".

El comienzo de la personalidad desde el punto de vista jurídico

11. La conciencia histórica contemporánea establece, como exigencia indefectible, aun sin condescender, naturalmente, con conceptos jusnaturalísticos, la subjetividad jurídica en todo ser humano, como tal. En la personalidad

⁴ MIGUEL DE UNAMUNO, *El sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos*, pp. 50 y ss.

que es el "prius", está la raíz de todo derecho subjetivo atribuido al hombre, puesto que, negada que fuese su personalidad, quedaría degradado al rango de objeto y serían abolidas en él la autonomía y la libertad. La asimilación completa entre la noción jurídica de persona y la de sujeto de derecho es la enseñanza tradicional en esta materia⁵. Es el "hombre jurídico" si de alguna manera se lo puede llamar. Todo derecho supone un sujeto a quien compete. A este sujeto se le da el nombre de persona⁶. Otro jurista que interesa relacionar es don Guillermo Borda⁷ quien sostiene que la persona natural es el hombre. El derecho existe por causa del hombre, es una forma necesaria del vivir humano-social y es fuerza preguntarse qué papel desempeña el hombre en esa vastedad normativa. Y la respuesta es simplemente que su papel es el de ser "persona".

12. En el derecho comparado se han dado diversos sistemas para resolver el problema del comienzo de la personalidad que son, fundamentalmente tres, según el o los presupuestos fácticos que consideren relevantes para establecerlo. El primer sistema es el "conceptivo" que considera que la personalidad comienza con la existencia del ser humano y desde que ésta comienza con la concepción. toman este dato que deviene, así, el hecho jurídico del comienzo de la personalidad. El segundo sistema es el "nativo", esto es, toma en cuenta el nacimiento, o sea, la

⁵ G. BAUDRY-LACANTINERIE y M. HOURQUES-FOURCADE, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile, Delle Persone*, vol. I, Ed. Fco. Valiardi, Milán, N° 286, pp. 271 y ss.; C. AUBRY et C. RAU, *A Cours de Droit Civil Français*, 5° ed., París, 1872, Tomo I, párr. 52, p. 262; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Civil*, París, A. Durand, ed. 1845, Tomo I, N° 132 a 133; F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, 3° ed., Tomo I, París-Bruselas, 1878, N° 287; M. PLANIOL, *Traité de Droit Civil Français*, Tomo I, N° 362; H. CAPITANT, *Droit Civil Français*, p. 51; HENRI, LEÓN y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Primera, Vol. I, Ejea, Buenos Aires, 1965; MARCEL PLANIOL y JORGE RIPERT, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo I, Las Personas, La Habana, 1945, N° 7, pp. 4 y ss.

⁶ LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo I: "De las Personas", 2° ed., Santiago, 1942, N° 316 y ss., pp. 170 y ss.

⁷ GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, tomo I, 7° ed., Buenos Aires, 1980, N° 233 y ss., pp. 245 y ss.

separación del niño del seno materno con vida. El tercer sistema es el "complejo" o "restrictivo" ya que no solamente exige el nacimiento, sino que, además, reclama una duración mínima de la vida, y también "viabilidad". Dentro de esta posición (que era la claramente dominante en el panorama del derecho positivo uruguayo hasta 1985), se pueden distinguir: a) los que estiman que la viabilidad es un dato cronológico meramente y, por lo mismo, cumplido el plazo de vida legalmente requerido sin que el nacido haya muerto, ya queda configurada la viabilidad, y b) los que consideran que la viabilidad no es mera vida biológica, sino la aptitud para vivir, por lo que la viabilidad es un elemento, requisito o supuesto de hecho autónomo de la vida y, por lo tanto, además del nacimiento, se reclama vivir un determinado tiempo (24 horas naturales en el derecho uruguayo) y además e independientemente, que esa vida sea viable, "de vida", apto, mínimamente, para seguir viviendo.

13. Ilustremos con ejemplos las tres posiciones. Respecto a la primera, es decir, la posición "conceptiva", es recogida en el derecho argentino. El Prof. Borda⁸ lo explicita así: "Según el art. 70 del Código Civil, la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno. Por consiguiente, aún antes del nacimiento, el ser debe considerarse persona. En apoyo de esta solución se argumenta: a) el derecho protege al ser desde su concepción, lo que demuestra que se le reconoce personería, así, por ejemplo, el Código Penal castiga el aborto provocado; b) las legislaciones en las que existe pena de muerte, establecen que la ejecución debe suspenderse si se trata de una mujer embarazada y, c) que, del mismo modo, el derecho civil protege la persona por nacer, capacitándola para adquirir derechos por donación o herencia y autorizando su

⁸ GUILLERMO A. BORDA, Op. parte y tomo cit., pp. 245 y ss.

⁹ ALFREDO ORGAZ, *Personas Individuales*, pp. 34 y ss., ídem *La Persona Humana*, Bol. Inst. Derecho Civil de Córdoba, abril-setiembre 1942, año VII, p. 152, cit., Borda, p. 246.

reconocimiento como hijo natural. Esta posición no está exenta de críticas. Así, Orgaz⁹ sostiene que aquella argumentación parte del error de confundir "vida" humana con "persona" humana. Lo que la ley protege es la vida desde que existe, es decir, desde la concepción, pero ello no significa aceptar que exista persona, pues ésta no debe tenerse por tal sino desde que ostenta individualidad propia, o sea, cuando ya se ha separado del seno materno por el nacimiento. Se critica, además, que este sistema crea la incertidumbre del momento de la concepción que recién se conoce ulteriormente. Sin embargo, la mayoría de la doctrina argentina considera que la solución del Código Civil es la acertada. La persona humana es el ser humano, el hombre; es lógico, pues, que su personalidad jurídica comience desde que se inicia la vida misma, es decir, desde la concepción. Vida y persona son conceptos inseparables. Cuando hay alguien en cuyo favor pueda invocarse el amparo actual de la justicia, ese alguien es una persona¹⁰.

14. En cuanto al sistema "nativo" o del nacimiento es recogido por el Código Civil de Chile, que en su art. 74 dispone que "la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre". Agrega, reconociendo la existencia natural que "la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás". Este es el sistema seguido por el Código Civil italiano de 1942 (art. 1º). Messineo señala que "antes del nacimiento, el sujeto es inexistente y no adquiere personalidad, ni derechos"¹¹. Es igualmente la

¹⁰ A. G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, vol. 3, Nº 727; E. BUSSO, tomo I, comenta el art. 70, Nº 10 y 11; LLAMBÍAS, tomo I, Nº 326; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, tomo I, Nº 386; AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO y EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*, tomo I, ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, pp. 323 y ss.

¹¹ FRANCISCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1971, ed. Ejea, tomo II, p. 90. Creemos que en la expresión transcrita debió decir "concebido" y no "sujeto", ya que si no adquirió personalidad no puede ser nunca sujeto.

solución del Código Civil español (art. 29) y brasileño (art. 4º). En este sistema es muy importante "estar separado de la madre". Se entiende (ya desde el derecho romano) que puede ser un parto común o cesáreo. Cuando en los textos se exige la separación "completa" de la madre se discute si es necesaria la total separación material, lo que implica el corte del cordón umbilical o alcanza con la separación fisiológica que no implica tal corte. La mayoría discreta de la doctrina chilena e italiana se inclina por la segunda posición¹² y a ella nos adherimos por la posición uruguaya hasta 1985.

15. El sistema "complejo" o "restrictivo" ha sido el mayoritario en la doctrina uruguaya, especialmente en la cátedra. Este sistema requiere la concurrencia, además del nacimiento, o sea la separación del niño de su madre, otros dos elementos: la viabilidad y el transcurso de un lapso que, en el derecho uruguayo, es de veinticuatro horas naturales¹³. El fundamento que se ha dado para admitir esta solución es no dejar librado a una situación que puede resultar dudosa y prestarse a pleitos, especialmente en lo relativo a la transmisión de los bienes, cuándo debe establecerse si se ha nacido, o no, vivo y apto para vivir. Es el sistema inspirado en el Código Napoleón y en el proyecto de Código Civil para España de don Florencio García Goyena¹⁴. En el derecho uruguayo no existe una disposición expresa fuera del art. 21, inc. 1º del Código Civil que ilu-

¹² ARTURO ALESANDRI RODRIGUEZ y MANUEL SOMARRIVA UN-DURRAGA, *Curso de Derecho Civil*, Santiago, 1945, Ed. Nascimento, tomo I, pp. 764-765; NICOLAS COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, trad. cast., México, 1938, pp. 158 y 159.

¹³ El término o la expresión "naturales" luego de la indicación de las horas alude a la forma o manera de computar el tiempo en derecho. Hay dos formas de cómputo: a) el civil, que se computa día a día y que constituye la regla general en cuanto al cómputo de los plazos, sean legales o convencionales, salvo que se haga reserva expresa (arts. 1203 y 1229 C. Civil); b) el natural, que se computa momento a momento, y que la ley lo utiliza con referencia a plazos más o menos cortos y en el derecho de familia (arts. 112, inc. 3º y 216, Nº 3 C. Civil).

¹⁴ FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, tomo I, art. 107, Madrid, 1852, pp. 121 y ss.

mine el problema del comienzo de la personalidad ¹⁵. Los partidarios de la tesis mayoritaria la infieren de algunas disposiciones relativas a la capacidad para adquirir por el modo sucesión, como el art. 835, numeral 1º, que dispone: "Son incapaces (para heredar): 1º) El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión o, aunque concebido, no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del art. 216". Y éste a su vez, en materia de paternidad y filiación establece que "Sin embargo de lo dispuesto en el artículo precedente (esto es, los plazos de presunción de la paternidad legítima, desde los 180 días desde la celebración del matrimonio y hasta los 300 días de disuelto), el marido no podrá desconocer la paternidad de la criatura nacida antes de transcurridos 180 días de la celebración del matrimonio, en los siguientes casos: 1º) Si el marido tuvo conocimiento de la preñez antes del matrimonio. 2º) Si se probase que, estando presente, consintió que se expresara su apellido en la partida de nacimiento o bautismo. 3º) Si la criatura no ha nacido viable, esto es, de vida y que haya vivido veinticuatro horas naturales". Esta es la tesis dominante hasta 1985 y todavía hoy se invoca en la judicatura.

16. En cambio, la tesis minoritaria se inspira en el texto del art. 21, inc. 1º C. Civil, que sólo exige para ser persona ser individuo de la especie humana. Los indicados arts. 216, Nº 3 y 835, Nº 1, se aplican en los ámbitos para los que fueron dictados, pero no resulta de ellos una teoría acerca del momento del comienzo de la personalidad. El concepto de "individuo" de la especie humana, ya había sido cuestionado por los avances de las ciencias biológicas y, en especial, la ingeniería genética, desde hace un cuarto de siglo atrás. Pero con las manipulaciones y trasplantes de embriones humanos, quedó evidenciado que el embrión es un perfecto individuo de la especie humana, ya que tiene su propio código genético y su huella papilar, que son irrepetibles. Pero mucho más, no sólo tiene elementos indivi-

¹⁵ Art. 21, inc. 1º: "Son personas todos los individuos de la especie humana".

dualizantes propios y exclusivos, sino que el embrión puede ser trasladado a un claustro materno que lo gesté y que lo dé a luz. De modo, pues, que el embrión tiene todos los elementos para ser, en sentido propio, un individuo de la especie humana. Ya antes de la ley 15.737 del 8 de marzo de 1985 y de la ley 16.137 del 28 de setiembre de 1990 que corrobora la anterior, la cuestión del comienzo de la personalidad en el derecho positivo uruguayo ofrecía perfiles que reclamaban, imperiosamente, un replanteamiento de los criterios empleados hasta ese momento en nuestra doctrina y en la cátedra. Con la ratificación de estos textos la cuestión se traslada desde "individuo de la especie humana" a la de "ser humano", ontológica y jurídicamente idénticos, pero que reclamen un esfuerzo concientizador en nuestros esquemas jurídicos mentales.

17. Con la ratificación ya vista de la Convención de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) por Uruguay, sin hacer reserva alguna, se incorporó a la legislación uruguaya el art. 4º de dicha Convención que tiene por "nomen" "Derecho a la Vida" y cuyo inciso 1º expresa 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". Este texto ofrece una muy interesante lectura. En primer lugar, se alude a que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida". Esto quiere decir, de acuerdo con lo que es hoy pacíficamente admitido, que persona y ser humano es lo mismo (uno es visto desde el punto de vista filosófico y jurídico, el otro es visto desde el punto de vista antropológico y del lenguaje vulgar), que todo ser humano tiene derecho al respeto de su vida. En segundo lugar, se introduce una novedad en el derecho uruguayo ya que el derecho a la vida "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". En tercer lugar, consigna que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; este término es de interpretación compleja, pero estimamos del contexto de la

Convención que debe entenderse sin una causa "legalmente justificada". Por ejemplo, en los países que conservan la pena de muerte, al aplicarla, no se está privando de la vida "arbitrariamente", sino en cumplimiento de una pena, luego de un juicio seguido ante tribunal competente y donde debe el acusado gozar del derecho a una defensa íntegra.

18. A nuestro entender, esta disposición, respecto al problema del comienzo de la personalidad, alteró las bases tal cual eran entendidas en el derecho positivo uruguayo. En efecto, el sistema del nacimiento y el complejo o restrictivo según los más, que explicaban el comienzo de la personalidad o por la sola circunstancia del nacimiento de la criatura viva, o por el nacimiento de una criatura viva y, además, que sea viable y que viva veinticuatro horas naturales, respectivamente, han de ceder sus lugares frente a un sistema que establece que la personalidad comienza con la concepción. El sistema "conceptivo" o de la "concepción" como momento del comienzo de la personalidad es el único verdaderamente adecuado y es el que resulta de la normatividad interamericana adoptada en el indicado Pacto. Nadie discute que no hay derechos sin sujeto; precisamente, sujeto y objeto son los términos de un tipo de relación jurídica. En la protección al derecho a la vida "en general a partir del momento de la concepción" se debe establecer quién es el sujeto protegido, quién es el sujeto activo de la relación jurídica de protección a que se alude. Y aquí se armonizan, perfectamente, la expresión *ab initio* de este inciso 1º del art. 4º del Pacto en cuanto a que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida", que es lo mismo que decir, todo "hombre", o toda "mujer", o todo "ser humano", o "todo individuo de la especie humana" o todo "sujeto de derecho" tiene derecho a que se respete su vida. Se trata de una protección integral de la vida que incluya, claro está, la protección contra los tratos crueles y degradantes, amén de muchos más.

19. Que la concepción determina el comienzo del ser humano era ya sabido desde la remota antigüedad, sin perjuicio de la teoría de la animación por fases de Aristóteles. Existía, obviamente, una imposibilidad material de conocer el proceso de la concepción. El estado de la ciencia no permitía ir más allá que a la admisión de la existencia y alma del concebido pero desde que éste, de alguna manera, se manifestara. Y la cuestión, desde el punto de vista práctico, no ha cambiado gran cosa. Lo que sí se alteró, se clarificó y se consolidó —definitivamente— es que el embrión, el ser humano en gestación, en sus inicios, lo es desde su concepción y ésta existe desde el momento en que el óvulo materno y el espermatozoide paterno constituyen una sola célula, esas dos mitades se convierten en cigoto. Este “cigoto” es tan “homo sapiens” como cualquiera de nosotros, ni más ni menos, ya que la cualidad de persona tanto en filosofía como en derecho, no admite grados. No se es más persona antes o después de nacer; antes o después de la pubertad; antes o después de llegar a la edad propecta.

20. El art. 4º del Pacto, en todo o en parte de su importante contenido, constituye una norma directamente aplicable no programática, sin mediación alguna del legislador nacional. Se requieren dos condiciones para que una norma sea autoejecutiva (“self executing”): en primer lugar debe ser una “norma” de la cual sea posible derivar, en forma directa, un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes. Ambas condiciones se cumplen, acabadamente, con referencia al art. 4º de la nombrada Convención y de los correlativos derechos internos que la ratificaron ¹⁶.

¹⁶ HECTOR GROSS ESPIELL y EDUARDO JIMÉNEZ DE ARECHA-GA, *Normas vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Montevideo, 1ª ed., 1988, p. 50.

21. Con la ratificación por Uruguay, también sin reservas, de la Convención Universal de Derechos del Niño, se consolidó lo establecido por la Convención Interamericana. En el art. 1º de dicha Convención Universal se admite y corrobora que la personalidad comienza con la concepción desde que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Al respecto tuvimos oportunidad de expresar en la Reunión de Expertos propiciada por el Instituto Interamericano del Niño que analizó el texto de la Convención lo siguiente: El “ser humano” comienza a existir como vida autónoma desde que el material genético procedente del padre y de la madre, en el momento de la concepción —que es el instante cuando el óvulo materno y el espermatozoide paterno constituyen una sola célula— se unen para convertirse en embrión, huevo o cigoto. Este ser vivo, enteramente independiente, lleva el material genético propio no sólo de la especie humana sino, también, el de ese ser individual durante el resto de su vida. Es decir, no hay un momento en que el no nacido exista como individuo pero aún no pertenezca a la especie humana. Ni la anidación que tiene lugar más o menos una semana después, ni la falta de forma de ser humano adulto, ni la posibilidad de una nueva división en gemelos, que puede ocurrir alrededor de la segunda semana de vida del embrión, alteran la conclusión científica de que se existe como integral “ser humano”, desde la concepción, ya que, de lo contrario, debería negarse su vida anterior. El bacilo de Coli, individualmente considerado, no deja de representar a su especie por el hecho de que tal bacilo pueda dividirse en dos bacilos en el plazo de una hora ¹⁷.

¹⁷ Estas ideas y conceptos han sido tomados del trabajo del Dr. K. F. GRUNNING, *¿Ha sido el hombre no humano alguna vez?*, en “News Exchange”, julio-agosto 1990, publicación de la “Federación Mundial de Médicos que Respetan la Vida Humana”, con sede en Ostende, Bélgica.

22. Establecido como cuestión científicamente superada que el embrión es autónomo de su madre, no puede hablarse seriamente de que el concebido sea una víscera de su madre, y cabe, por lo mismo, concluir en que es persona en cuanto individuo de naturaleza racional, ya que la naturaleza humana no posee otra modalidad de existencia que la de ser persona. Y esa personalidad intrínseca es inherente e inseparable de su dignidad y lo que lo hace sujeto de derecho. Existe, pues, "ser humano" desde la concepción. Ese "ser humano" no nacido es objeto, específico, de la protección de la vida, tiene derecho a vivir y a que el Estado adopte las medidas asegurativas necesarias para atender el interés superior del niño (arts. 2º y 3º de la Convención). La comunidad tiene un papel fundamental a desempeñar en la defensa de la vida humana y lo tiene, tanto desde el punto de vista jurídico como del educacional.

23. El Estado debe asumir una postura positiva y clara en relación con este problema de la existencia de la vida humana, que es el "prius" de todo el edificio del derecho. El art. 40 de la Constitución uruguaya establece que "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad" y el art. 41 del mismo texto dice: "El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quien tenga a su cargo numerosa prole tiene derecho a auxilios compensatorios siempre que los necesiten" (inc. 1º). "La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso" (inc. 2º). Y en el inc. 2º del art. 42 establece que "La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo". A su vez, el art. 7º del mismo texto constitucional consigna que "Los

habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

24. Si el Estado tiene como primer deber la protección del derecho a la vida, no vemos compatible con esta posición y por lo ya dicho sobre el comienzo de la personalidad, la indulgencia legislativa demostrada respecto de la legislación del aborto. El art. 3º del proyecto aprobado por la Comisión Bioética de la Cámara de Representantes en el pasado mes de julio establece que en las primeras doce semanas podrá realizarse la interrupción del embarazo a pedido de la mujer, con o sin conocimiento ni consentimiento del cónyuge. El plazo podrá extenderse hasta las veinte semanas cuando, a juicio del médico tratante, la edad o condición fisiológica de la mujer hubiera dificultado el conocimiento de su gravidez en los tiempos usuales. En el Informe a la Cámara no se alude a las leyes referidas que ratificaron las Convenciones Interamericana de Derechos Humanos y la Universal de Derechos del Niño, pero aclara que ha creído importante también ofrecer al cónyuge de la gestante posibilidad de configurar causal de divorcio toda vez que una interrupción de la gravidez se realice sin su acuerdo. Estimamos jurídicamente inadmisibles tal actitud del legislador uruguayo. Desconoce, a la vez, las garantías del derecho a la vida, protegido constitucionalmente, y las disposiciones de la legislación internacional que amparan esa misma vida, sobre todo la incipiente y más indefensa: la de la criatura simplemente concebida.

Conclusiones

25. Estimamos que en el derecho uruguayo: 1º) La personalidad comienza con la concepción. Ello obliga a una adecuación de la legislación actual a este principio rec-

tor. 2º) El ser humano no nacido es titular del derecho a la vida, como el ya nacido. 3º) El crimen del aborto no puede ser legalizado en Uruguay, ya que no hizo reserva de los arts. 4º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 1º de la Convención Universal de Derechos del Niño. 4º) La comunidad y el Estado tienen el deber de ajustar sus conductas a los principios arriba indicados.

LA PERSONA ANTES DE NACER

Por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela

Las visiones meramente técnicas del derecho son insuficientes para abarcar en toda su complejidad la noción de persona humana. El positivismo, que tanto influjo ejerció entre los juristas, y que pretendió circunscribir el mundo jurídico a las normas sancionadas por los hombres, demostró que podía servir de base a los peores extravíos antropológicos al facilitar el advenimiento de los regímenes totalitarios del siglo xx. Quedó así en evidencia que el Derecho no se agota en el plano de las normas y de los hechos, y que no puede ser neutral frente a la dimensión de los valores, porque cuando la trascendencia y objetividad de éstos ha sido desconocida, los hombres se han deslizado hacia peligrosas pendientes humanicidas.

El siglo xx y las contradictorias posiciones adoptadas por los ordenamientos jurídicos frente a la persona humana confirman la tesis de Jacques Maritain¹ según la cual el progreso rectilíneo es una vana ilusión del iluminismo. Para el ilustre filósofo francés, la Historia tiene mucho de misterio, en el sentido de que la plena comprensión de su

¹ JACQUES MARITAIN, *Filosofía de la Historia*, Capítulo II, Buenos Aires, 1960.

último sentido excede los límites de la inteligencia humana. Sugiere, por ello, que sin pretender *explicar* al estilo de las ciencias naturales el misterio del hombre y de sus opciones hacia el bien o el mal, usando o abusando de su libertad interior, es posible aproximarnos a dicho misterio recurriendo a ciertas *fórmulas axiomáticas*. Entre ellas menciona a la *ley del doble progreso contrario*. Para desentrañar su sentido y alcance acude a la parábola del trigo y la cizaña expuesta por San Mateo en el capítulo XIII de su Evangelio. Ella se refiere al hombre que sembró buena semilla en su campo pero que una mañana comprobó que su enemigo había arrojado en él semilla de cizaña. Para no arruinar el trigo, optó por aguardar la época de la siega. En esa oportunidad recogió fácilmente la cizaña y la arrojó al fuego, guardando, en cambio, el trigo en el granero.

A juicio de Maritain, esta parábola refleja cabalmente la *ley del doble progreso contrario* que consideramos muy útil para entender cómo en el mismo siglo xx las normas jurídicas y las realidades políticas, al observar o al vulnerar principios axiológicos objetivos y trascendentes, han contribuido a enaltecer o a degradar la dignidad connatural a toda persona.

La fórmula propuesta por Maritain significa que el bien no está separado del mal en la historia humana: ellos crecen juntos. De esta manera la vida de las sociedades humanas avanza y progresa a costa de muchas pérdidas. Avanza y progresa gracias a la vitalización y superelevación de la energía de la historia, que brota del espíritu y de la libertad humanos. Pero, al mismo tiempo, esta misma energía de la historia es degradada y disipada en razón de la pasividad de la materia. Y, desde luego —agrega el autor del *Humanismo Integral*— en ciertos períodos de la historia lo que prevalece y predomina es el movimiento de degradación y, en otros períodos, es el movimiento del progreso. Tenemos así una noción bastante diferente de aquella de un progreso necesario, rectilíneo e indefinido con el que soñó el siglo xviii, y en el cual las cosas venideras se

consideraban siempre y por derecho mejores que las pasadas; y también, distinta de aquella negación de todo progreso y del desprecio por el empuje dado por Dios en nosotros, que aparece entre los que desesperan del hombre y de la libertad.

Las reflexiones de Maritain nos ayudan a entender ciertos criterios antagónicos de fácil comprobación y que demuestran cómo la persona humana ha sido simultáneamente exaltada y menospreciada. Por una parte tenemos que su dignidad ha sido proclamada en constituciones y declaraciones de derechos, a nivel planetario, como nunca en el curso de la historia. Y por otra, advertimos que jamás el hombre ha sido más Caín que en nuestra época, signada por el materialismo, el racismo, el totalitarismo, el genocidio, las guerras mundiales, y todas las catástrofes que, según el cálculo de Zbigniew Brzezinski ², elevan a 170 millones de millones de muertos el número de las víctimas de las atrocidades ejecutadas por los hombres a lo largo de esta centuria.

El inventario adquiere dimensiones aterradoras si abarcamos dentro del obsesivo humanicidio del siglo xx a las *personas antes de su nacimiento*. En esta perspectiva las cifras de Brzezinski resultan un pálido reflejo de una realidad cuantitativamente mucho más significativa. Baste computar que los doscientos cincuenta millones de dispositivos intrauterinos implantados en el mundo generan, estadísticamente, aproximadamente quinientos millones de abortos *anuales* anteriores a la anidación, de menos de 14 días de gestación. A esta cifra debemos sumar los cincuenta millones de abortos de embriones o fetos implantados que, según cálculos conservadores, se practican todos los años en nuestro planeta.

A la luz de estos datos resulta explicable que Julián Marías, en un reciente reportaje publicado en "El Mercurio" de Santiago, sostenga que lo más grave que ha ocurrido en el siglo xx es "la aceptación social del aborto". Agrega

² ZBIGNIEW BRZEZINSKI, *El gran fracaso*, Javier Vergara, Buenos Aires, 1989.

Mariás que “el hombre comete pecados y errores siempre, por desgracia lo hará siempre. Pero que eso parezca bien, que eso parezca un derecho, que eso parezca moral, es lo que no había ocurrido nunca y es lo más grave que ha sucedido en el siglo xx, incluido todo, que es mucho. Yo personalmente —concluye el ilustre filósofo español— vivo angustiado pensando en que en este momento se están matando niños no nacidos, a cientos de miles en todo el planeta. Eso me parece que es lo más grave que ha pasado, más que el comunismo y que el nacionalsocialismo y que todo lo demás, incluidas las dos guerras mundiales”³.

El *doble progreso contrario* y el significado *ambivalente de la historia*, se encuentran implícitamente reconocidos por Juan Pablo II cuando, al celebrar el XXV aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, destacó las “divergencias, al parecer crecientes, entre las significativas declaraciones de las Naciones Unidas y el aumento, a veces, de violaciones de derechos humanos en todos los sectores de la sociedad y del mundo”. Un año después, en su alocución del 22 de diciembre de 1979 a los Cardenales y prelados de la Curia romana, insistía: “Nunca se ha oído exaltar tanto la dignidad y el derecho del hombre a una vida a medida del hombre, pero nunca como hoy ha habido afrontas tan patentes a estas declaraciones”⁴. Bajo la misma inspiración, Niceto Blázquez expresa con crudeza que “la era de los derechos humanos es al mismo tiempo la era del desprecio a la vida inocente y más necesitada, mediante la legalización del aborto, la eutanasia, la sacralización de la violencia y la liturgia del terrorismo”⁵. Con igual enfoque, Duchacek señala que “es la nuestra una época de nuevas aspiraciones, nuevas naciones y nuevas constituciones. Es también una época en que las declaraciones constituciona-

³ “El Mercurio”, Santiago, 21 de agosto de 1994.

⁴ Cit. por JESUS GONZALEZ PEREZ, *La dignidad de la persona humana*, Editorial Civitas, Madrid, p. 35, 1986.

⁵ NICETO BLAZQUEZ, *Los derechos del hombre*, p. 3, Madrid, 1980.

les, tanto las nuevas como las antiguas, son constantemente violadas" ⁶.

Dos visiones del hombre

Muchos son los enfoques antropológicos que se han sustentado en el curso de la Historia. Encontramos, empero, por encima de los matices, dos grandes líneas.

La primera, orientada hacia la afirmación del carácter sagrado de la vida desde la concepción hasta la muerte natural. La segunda, que tiende a considerar al hombre como un objeto, no un sujeto, como sólo materia, como el momento en que el cosmos en evolución cobra conciencia de su propia existencia.

El enfoque que hemos mencionado en primer término toma como punto de partida algo que Jerome Lejeune sintetiza en pocas palabras: *lo que define a un ser humano es su pertenencia a nuestra especie* ⁷. Y esa pertenencia se manifiesta, biológicamente, desde el instante de la concepción. El mismo genetista francés, recientemente fallecido, lo explica con palabras muy claras: "tan pronto como los 23 cromosomas paternos se encuentran con los 23 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" ⁸. Agrega 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

⁶ DUCHACEK, *Derechos y Libertades en el mundo actual*, Madrid, 1976, p. 15, cit. por Jesús González Pérez, op. cit., p. 31.

⁷ JEROME LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?*, Universidad de Navarra, p. 10.

⁸ Cit. por ARMANDO S. ANDRUET (h.), *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación in vitro en particular*, "El Derecho", Tomo 127, p. 824.

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 de su desarrollo"* ⁹.

Las comprobaciones biológicas alcanzadas en el siglo xx, que no pudieron ser imaginadas ni conocidas por los científicos de la época de Aristóteles, ni tampoco en pleno esplendor del pensamiento filosófico y teológico de la Edad Media, consolidan la conclusión irrefutable según la cual el hombre existe desde la concepción. Por eso, como lo explica claramente Olsen A. Ghirardi ¹⁰, "el nacimiento es sólo una etapa de un proceso. No diré que sea totalmente intrascendente; significa, eso sí, salir del vientre materno, ver la luz, y adquirir mayor autonomía biológica como ente independiente. *Pero tanto se es persona dos horas antes del nacimiento como dos horas después*".

Esa sustancia, que existe desde la fecundación, tiene, en la línea de pensamiento que estamos desarrollando, un valor inmensurable. Por su sola pertenencia al linaje humano, es persona, con vocación de eternidad y fines propios que trascienden el orden temporal. Los pueblos de la antigüedad, en general, salvo Israel, no alcanzaron a vislumbrar la dignidad peculiar de la persona humana. Egipto, China, India, Sumeria, Babilonia, Asiria y Persia, por citar algunas civilizaciones relevantes, ignoraron que el hombre, todo hombre, por la sola circunstancia de serlo, tiene un valor infinito y es titular de derechos personales cuya existencia no depende de su reconocimiento por el legislador humano. Repudiaron, en general, las prácticas abortivas, que tendían a eliminar al hombre antes de su nacimiento, pero no vislumbraron los fundamentos metafísicos del derecho a nacer. Con esas limitaciones, sin embargo, la vida humana, desde

⁹ *Manual sobre el aborto*, Pamplona, EUNSA, 1983, p. 22.

¹⁰ OLSEN A. GHIRARDI, *La persona humana antes del nacimiento (el derecho a la continuidad de la vida)*, Córdoba, 1991, p. 10.

la concepción, encontró amparo en el Código de Hamurabi, en la legislación sancionada por asirios y babilónicos, en el Libro de los Vedas y en las Leyes de Manú ¹¹.

Grecia, a pesar de consagrar en las constituciones de sus polis algunas expresiones de libertad política reservadas al sector de los ciudadanos y circunscriptas a la posibilidad de participar en la actividad gubernativa, no llegó a comprender ni a reconocer la dignidad connatural a la persona humana. El hombre, todo hombre, estaba sometido con su yo íntegro a la ciudad. No había derechos personales frente al Estado. Incluso la religión estaba subordinada a la polis. Cualquier deformación física determinaba en Esparta que el recién nacido fuera despeñado desde el monte Taigeto. Tampoco Roma, a pesar de las alturas de la filosofía de Polibio y Cicerón, llegó a elaborar una antropología que reflejara cabalmente la jerarquía del hombre en el Cosmos. No es sorprendente, entonces, que si bien los jurisconsultos de tiempos de la República se habían opuesto a la interrupción provocada de la gestación, con posterioridad surgieran en Roma corrientes permisivas que desafiaron las advertencias de Suetonio, Séneca, Juvenal y Ovidio.

Fue, sin lugar a dudas, la tradición hebrea y cristiana la que efectuó aportes decisivos en el proceso de comprensión de la dignidad inherente a toda persona. Ello así porque el hombre, en la perspectiva del Génesis bíblico, es considerado como creado *a imagen y semejanza del Altísimo* ¹². El reconocimiento de la individualidad y dignidad de la persona por nacer lo encontramos en la tradición judía expresado con singular belleza en varios pasajes del Antiguo Testamento. Isaías, que vivió en el siglo VIII a.C., exclama en el Canto del Siervo: "Yahvé desde el seno materno me llamó; desde las entrañas de mi madre recordó mi nombre" (49,1). Textos similares encontramos en Salmos (70,6) y

¹¹ FRANCISCO P. LAPLAZA, *El aborto en el derecho penal comparado*. Comunicación presentada al III Congreso Argentino Deontológico de Medicina Psicosocial, publicada en IATRIA (Revista del Consorcio de Médicos Católicos), año 52, julio de 1981, N° 172.

¹² "Hagamos al hombre a imagen y semejanza nuestra" (Gén. 1-26).

en Jeremías (1,5). Resulta así explicable que hoy, no obstante haber transcurrido más de dos milenios, los judíos religiosos, como sus ancestros más remotos, mantengan con firmeza la misma doctrina, fundada en la estricta observancia del 5º mandamiento recibido por Moisés en el Monte Sinaí (Éxodo, 20, 13).

Por su parte, el mensaje evangélico, al postular que toda persona, por la sola circunstancia de serlo, con prescindencia de cualquier discriminación jurídica, racial, cultural o social, tiene una dignidad incuestionable, con fines que trascienden el tiempo y se proyectan hacia la eternidad, contribuyó a elaborar una nueva antropología que en el curso de los siglos ha servido de sustento a profundas reformas paulatinamente incorporadas a los ordenamientos positivos.

Para el Cristianismo, el valor del hombre, de todo hombre, es inmensurable y está indisolublemente unido al misterio de la Encarnación del Verbo. Como lo explica el Padre von Ustinov, "Jesucristo en el vientre de María no es una masa de protoplasma, sino una persona divina subsistente en una naturaleza humana desde el momento mismo en que al pronunciar la Virgen su *¡fiat!* (*¡hágase!*) ahí mismo *Verbum caro factum est*, el Verbo se hizo carne". Es este un misterio de Fe, que excede la capacidad de comprensión de la inteligencia humana, y frente al cual los cristianos doblamos la rodilla. El mismo lleva también el reconocimiento de la dignidad connatural de toda persona concebida porque, de acuerdo con el mandato evangélico, debemos ver a Cristo en todo prójimo, especialmente en los más pequeños y necesitados de protección (Mat. 25. 40). *Y no hay nadie más indefenso que la persona por nacer.*

A partir del *Edicto de Tolerancia* promulgado por Constantino el Grande, las enseñanzas del Evangelio ejercieron creciente influencia, a la manera de fermentos, en las legislaciones de los pueblos que aceptaron la prédica cristiana. La prevalencia de esta corriente determinó que con carácter prácticamente universal se sancionara penalmente la voluntaria interrupción de la gestación. Por en-

cima de la cuestión concerniente al momento de la creación e infusión por Dios del alma espiritual, nunca existió controversia en torno a que la vida es sagrada desde el momento de la concepción. Lo expresó tempranamente Lactancio a través de su difundido apotegma: *constituye una impiedad poner manos criminales sobre la obra del Señor*. Podemos afirmar que los avances biológicos de las últimas décadas confirman lo que pudo parecer difuso a quienes examinaban el origen de la vida humana, aún en plena Edad Media, desde las fantásticas teorías biológicas de Aristóteles. En el tiempo que vivimos, el conocimiento de la estructura del embrión torna mucho más clara la visión del hombre y vuelve más nítido el principio según el cual la vida es sagrada desde el momento de la concepción. Como lo sostiene Davanzo, hoy científicamente no puede negarse que la vida humana individual “comienza con la fecundación del óvulo que constituye una nueva realidad biológica *distinta* de la materna con un patrimonio cromosómico propio. En otras palabras, esa pequeñísima célula inicial, llamada *cigoto*, contiene ya en sí el código genético, o sea la determinación de todo el proceso biológico y psíquico hereditario”¹³. En resumidas cuentas, como lo apunta claramente Niceto Blázquez, “lo que biológicamente somos hoy los adultos no es otra cosa esencialmente que lo que fuimos como óvulos fecundados. Allí está nuestro ser y nuestra humanidad como en una microscópica diapositiva. Lo que somos hoy no es más que su ampliación o agrandamiento cuantitativo más o menos logrado”¹⁴.

Esta visión biológica, filosófica y teológica, que recibe el decisivo aporte judeo-cristiano, es la que inspira al Rey Alfonso cuando declara en la séptima partida que “la persona del home es la más noble cosa del mundo”¹⁵. La misma que en nuestro tiempo le hace decir a Tomás y Valiente

¹³ Cit. por DOMINGO M. BASSO O.P., *Nacer y morir con dignidad*, Edic. del Consorcio de Médicos Católicos, Buenos Aires, 1989, p. 88.

¹⁴ NICETO BLÁZQUEZ, *El aborto*, Edición B.A.C., Madrid, 1977, p. 135.

¹⁵ Las siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio glosadas por el Sr. D. Gregorio López, Valencia, 1767, setena partida, título I, ley XXVI.

en la Universidad de Salamanca que “no hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre”¹⁶. Y esto desde la fecundación hasta la muerte natural. Porque como lo ha subrayado la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, en su Declaración Pública del 28 de julio de 1994, “la vida humana comienza con la fecundación; esto es un hecho científico con demostración experimental; no se trata de un argumento metafísico o de una hipótesis teológica. En el momento de la fecundación, la unión del pronúcleo femenino y masculino da lugar a un nuevo ser con su individualidad cromosómica y con la carga genética de sus progenitores”.

En consecuencia, no tiene fundamento alguno, y configura una clara posición humanicida, sostener que se puede aniquilar la vida humana durante los primeros 14 días de vida. Como lo señala Olsen A. Ghirardi, es absurdo sostener que el mero hecho de la anidación hace pasar al embrión de la categoría prehumana a la humana. Porque no hemos sido no humanos antes de ser humanos.

Los científicos están ya persuadidos de que los embriones concebidos en forma extracorpórea dentro de algunos años podrán desarrollar toda su gestación sin ser implantados, nutriéndose a través de placentas artificiales que se están experimentando. No dudamos en rechazar la fecundación *in vitro* por las razones morales que expone el Cardenal Ratzinger en su “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”¹⁷.

¹⁶ Cit. por JESUS GONZALEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 26.

¹⁷ “La fecundación ‘*in vitro*’ es en sí misma ilícita y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal aún cuando se pusieran todos los medios para evitar la muerte del embrión humano”. El Catecismo de la Iglesia Católica declara sobre el tema lo siguiente: “2376. Las técnicas que provocan la disociación de la paternidad por intervención de una persona extraña a los cónyuges (donación de esperma o del óvulo, préstamo de útero) son gravemente deshonestas. Estas técnicas (inseminación y fecundación artificiales heterólogas) lesionan el derecho del niño a nacer de un padre y una madre conocidos de él y ligados entre sí por el matrimonio. Quebrantan ‘su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro’ (CDF, Instr. “*Donum Vitae*”, 2,1). 2377. Practicadas dentro

y porque —como lo ha explicado Leonardo Mc Lean— es un método que genera la destrucción de un alto porcentaje de las vidas humanas concebidas “in vitro”¹⁸. Sin perjuicio de esas objeciones, la concepción y gestación extracorpórea demuestran que carece de toda seriedad fijar como comienzo de la humanización del embrión el instante de su implantación porque ya hoy es previsible la existencia de embriones cuya gestación llegará a término fuera del clastro materno, por lo que nunca serán implantados. ¿Podrá sostener alguien que esos embriones o fetos no son personas aunque tengan una gestación de dos meses, cuatro meses u ocho meses? No parece serio sostener esa posición. La pretendida humanización a partir de los 14 días carece, pues,

de la pareja, estas técnicas (inseminación y fecundación artificiales homólogas) son quizá menos perjudiciales, pero no dejan de ser moralmente reprochables. Disocian el acto sexual del acto procreador. El acto fundador de la existencia del hijo ya no es un acto por el que dos personas se dan una a otra, sino que ‘confía la vida y la identidad del embrión al poder de los médicos y de los biólogos, e instaura un dominio de la técnica sobre el origen y sobre el destino de la persona humana. Una tal relación del dominio es en sí contraria a la dignidad e igualdad que debe ser común a padres e hijos’ (CDF, instr. “Donum Vitae”, 2,5). ‘La procreación queda privada de su perfección propia, desde el punto de vista moral, cuando no es querida como el fruto del acto conyugal, es decir, del gesto específico de la unión de los esposos... solamente el respeto de la conexión existente entre los significados del acto conyugal y el respeto de la unidad del ser humano, consiente una procreación conforme con la dignidad de la persona’ (CDF, “Donum Vitae”, 2,4)”. Ver comentarios a estos textos en: DOMINGO M. BASSO y HUGO O. M. OBIGLIO, *Principios de Bioética en el Catecismo de la Iglesia Católica —textos y comentarios—*, Centro de Investigaciones en ética médica, Buenos Aires, 1993, p. 111. Juan Pablo II ha confirmado la doctrina de la “Donum Vitae” y del Catecismo en la Encíclica *Evangelium Vitae*, Capítulo I, N° 14: “También las distintas técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esa intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida. Más allá del hecho de que son moralmente inaceptables desde el momento en que separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas técnicas registran altos porcentajes de fracaso. Este afecta no tanto a la fecundación como al desarrollo posterior del embrión, expuesto al riesgo de muerte por lo general en brevísimo tiempo. Además, se producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y estos así llamados ‘embriones supernumerarios’ son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo el pretexto del progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple ‘material biológico’ del que se puede disponer libremente”.

¹⁸ LEONARDO MC LEAN y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA, *El Derecho a la Vida*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

de sustento biológico válido y es inadmisibile desde el ángulo de la filosofía moral. Como lo expresa Matilde Zavala de González, "no hay que ser siquiera medianamente inteligente para darse cuenta que lo engendrado por un hombre y una mujer debe, por fuerza, pertenecer a la especie humana (con la misma fuerza con que los perros no engendran gatos ni los naranjos producen manzanas), por lo que la vida inaugurada con la concepción no puede ser sino humana. En verdad, el ser concebido nunca será humano si no lo es ya entonces"¹⁹. Por ende, como lo apunta Jerome Lejeune, no respetar al embrión es hacer acepción de personas. Es, en síntesis, un nuevo *racismo*.

Adherimos, por ello, a la posición de Juan Pablo II cuando sostiene que "las leyes nacionales deben reconocer al embrión como sujeto de derecho, so pena de poner en peligro a la humanidad. Al defender al embrión, la sociedad protege a todo hombre, a quien reconoce en ese pequeño ser indefenso, tal como era él al comienzo de su existencia. Esa fragilidad humana, más que cualquier otra, solicita desde el comienzo el cuidado de la sociedad, que se debe sentir orgullosa de garantizar el respeto de sus miembros más débiles. Así —concluye el Papa— responde a la exigencia fundamental de justicia y solidaridad que une a la familia humana"²⁰.

La legislación argentina

La República Argentina, desde sus orígenes históricos, se encuentra indisolublemente unida a la tradición iusnaturalista de inspiración cristiana. Al adherir al constitucionalismo, lo hizo descartando versiones racionalistas, volun-

¹⁹ MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Aborto, persona por nacer y derecho a la vida*, "La Ley", 10/11/1983. En igual sentido, ver: LISARDO NOVILLO SARAIVA, *Procreación asistida*, en "Anales" del Cincuentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1991.

²⁰ Discurso ante los 30 participantes del grupo de trabajo sobre el genoma humano, pronunciado el 20 de noviembre de 1993. "L'Osservatore Romano", 26/11/93, p. 7.

taristas o iluministas del jusnaturalismo²¹, para optar 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 Sarsfield, 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*²². 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*²³.

La Constitución Nacional, precisamente porque positiviza criterios básicos del derecho natural y de la tradición humanista que hemos reseñado en esta exposición, ampara la vida inocente y proscribe todo pretense "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 dudas el derecho a la vida, porque sin vida humana no se puede ejercer ningún

²¹ Ver: OCTAVIO N. DERISI, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 1980; TOMÁS D. CASARES, *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, 1945; JOSE 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, N° 15; FEDERICO TORRES LACROZE, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1967.

²² *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad de Buenos Aires, 1937, Tomo V, pp. 702 y 705.

²³ Cit. por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, Tomo II, p. 98, Buenos Aires, 1966.

derecho”²⁴. Como lo sostiene Gregorio Badeni, una interpretación finalista, sistemática y dinámica 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 texto constitucional. *Sin el amplio reconocimiento del derecho natural de vivir no existe una Constitución personalista*”²⁵.

La correcta interpretación del texto constitucional de 1853/60, efectuada por Bidart Campos y Badeni, ha quedado reafirmada con las reformas introducidas en 1994. En efecto, el art. 75 inc. 23 protege al niño en situación de desamparo desde el instante del embarazo, proclamando así que hay persona humana intangible y que existen derechos individuales inviolables desde el momento de la fecundación. Además, tienen ahora jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) dos convenciones internacionales que amparan con amplitud a la persona por nacer. Me refiero, en primer término, a la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” suscripta en Costa Rica el 22 de noviembre de 1989 y aprobada por el Congreso mediante la ley 23.054. Su artículo 4, apartado 1º, establece 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”.

El segundo instrumento internacional incorporado a la Constitución y referido a la protección de la vida humana desde la fecundación, es la Convención de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989. Nuestro país, al adherir a su texto mediante la ley 23.849, hizo la reserva de que en la noción de *niño* debía entenderse incluido “a todo ser humano, desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

Acorde con las referidas líneas directrices que emergen

²⁴ Comentario al fallo N° 40.831 publicado en “El Derecho”, 17/6/1988, p. 7.

²⁵ GREGORIO BADENI, Capítulo *El derecho constitucional a la vida*, en el volumen, *El Derecho a Nacer*, p. 31, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

de la Ley Fundamental, cuatro constituciones provinciales (Salta, Córdoba, Santiago del Estero y Buenos Aires), de modo expreso declaran la intangibilidad de la vida desde el instante de la concepción.

El Código Civil Argentino es expresión de esa tradición hebrea y cristiana que hemos reseñado precedentemente. Se aparta de algunas orientaciones del Derecho Romano y del Código Napoleón, que daban prioridad al nacimiento sobre la concepción, incurriendo incluso en contradicciones cuando se refieren a los hijos póstumos, a las herencias, legados y donaciones a las personas por nacer, y a la institución del "curador al vientre". Apartándose de estas posiciones no siempre coherentes, Vélez Sarsfield se inclinó por el criterio adoptado por Freitas en su proyecto de Código Civil para el Brasil.

Al referirse Freitas a las personas de existencia visible, incluyó un título que constituye una definición: "De la existencia antes del nacimiento". Como lo apunta Federico Videla Escalada, "la sola enunciación de estas expresiones adelanta su manera de pensar y la oposición frontal entre su opinión y la que había inspirado a las soluciones elaboradas, como principios generales, por el Derecho Romano y la legislación dominante en el siglo IX"²⁶.

El art. 221 del Esbozo de Freitas declara de modo terminante que "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia visible de las personas, y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido". En la nota a este art. 221, el jurista brasileño explica que "la proposición del texto, en su forma exterior, diverge de la redacción que los códigos y los autores han empleado hasta hoy para designar la existencia antes del nacimiento. *Esta existencia es real, sus efectos jurídicos no dan lugar a duda, sobre ellos no hay divergencia alguna, pero se ha imitado el Derecho Romano,*

²⁶ FEDERICO VIDELA ESCALADA, Capítulo *Los derechos de la persona por nacer*, en el cit. volumen *El Derecho a Nacer*, p. 78.

las palabras han sido infieles al pensamiento y aquello que es verdad se dice que es una ficción...".

Tras la clara línea fijada por el Esbozo, el art. 63 de nuestro Código Civil declara que "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". No se requiere mayor esfuerzo exegético para sostener que, con sujeción a elementales principios de hermenéutica, no sólo del Código Civil sino de la Constitución Nacional y de los tratados antes citados, y por estricta aplicación de la regla analógica fijada por el art. 16 del referido ordenamiento de fondo, *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 Código Civil, pueden adquirir 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: *in utero sunt*.

Otras disposiciones complementan la clara posición del codificador. En efecto, el art. 54 incluye a las personas por nacer entre las incapaces de hecho, como los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. El art. 57 declara que los padres o los curadores que se les nombre son sus representantes. El art. 56 señala que a través de esos representantes pueden adquirir derechos o contraer obligaciones. Y el art. 70 establece que la existencia de las personas comienza en el momento de la concepción. Ya hemos dicho que este criterio es aplicable, indistintamente, a las concebidas tanto dentro como fuera del claustro materno.

La persona por nacer está plenamente protegida en el capítulo del Código Penal reservado para los "Delitos contra la vida". Los arts. 85/88 reprimen con diversas penas el aborto provocado según mediere o no el consentimiento de la mujer, según esta falleciere o no como consecuencia de la interrupción de la gestación, o según se produjere o no el resultado letal en forma preterintencional. Los profesio-

nales 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 Penal²⁷.

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. Esta interpretación ha quedado consolidada como consecuencia de las normas incorporadas en 1994 al texto constitucional, de las que resulta la intangibilidad del derecho a la vida, con prescindencia de la edad de la persona concebida o nacida.

A pesar de la subsistencia en la letra del Código Penal de esas inconstitucionales excusas absolutorias, puede sostenerse que la legislación argentina no es, respecto al aborto, de carácter permisivo. Es sorprendente, sin embargo, que a pesar de lo declarado por la Constitución Nacional, las convenciones internacionales y las constituciones provinciales, periódicamente se presenten en el Congreso proyectos permisivos que tienden a despenalizar más aún el 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 concepción extracorpórea

Al referirme en esta Academia, el 9 de septiembre de 1993, a "la vida y la muerte frente al Derecho", formulé

²⁷ LUCAS J. LENNON, Capítulo *La protección penal de la persona por nacer*, en el cit. volumen *El Derecho a Nacer*, p. 61.

algunos comentarios vinculados con la eliminación de personas humanas concebidas "in vitro". No voy a reproducirlos en su totalidad pero no puedo omitir alguna referencia al tema por su íntima vinculación con el que estamos tratando en estas jornadas rioplatenses.

La ingeniería embrional y genética sorprende diariamente al mundo con sus realizaciones. ¿Son siempre avances? ¿O se trata frecuentemente de retrocesos forjados por una visión inmanentista y relativista del hombre?

Frente a tanta laxitud, y a los comentarios superficiales y huecos que saludan el advenimiento de esos supuestos "progresos", queremos expresar, con toda nuestra voz, que la aplicación de tales técnicas al campo de la generación humana *está sujeta a normas del Derecho Natural, trascendentes y objetivas, incorporadas incluso a nuestras leyes positivas fundamentales, que no pueden ni deben ser vulneradas.*

No obstante lo expuesto, lo cierto y cotidiano es que el extravío generalizado, a nivel planetario, de la conciencia moral, ha inducido a la aceptación por vastos círculos de criterios y medios que se encuentran reñidos con los mencionados ordenamientos básicos de la vida social y política.

Aun a riesgo de navegar contra la corriente, debemos proclamar, enfáticamente, que toda persona concebida, corpórea o extracorpóreamente, tiene derecho a la vida y que —como lo advirtió claramente Pío XII— *nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho a matar de modo directo a un ser humano inocente* ²⁸.

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 ju-

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.

rídico" ²⁹. El embrión —todo embrión— tiene derechos inalienables, figurando entre ellos el derecho a vivir y a no ser muerto con pretextos de investigación o eugenésicos, como si fueran meros objetos y no sujetos de derechos ³⁰.

El legislador humano no debe permanecer indiferente ante un método que tiende a obtener embriones humanos que —según el cálculo expuesto por el doctor Leonardo Mc Lean en su conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas— están destinados a morir en un porcentaje que oscila, en grandes números, entre el 60 y el 80 % ³¹.

El Código Penal argentino, sancionado en 1921, obviamente no contiene disposiciones que repriman la destrucción de embriones concebidos "in vitro". José Ignacio Cafferata, en un importante trabajo publicado en "El Derecho" ³², 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 en un aborto inculminado por la ley". Comprendemos y valoramos la alta inspiración ética de esta exégesis, pero entendemos que difícilmente pueda ser aceptada por ningún tribunal por las razones que han expuesto Roberto Terán Lomas ³³, Jorge Mazzinghi ³⁴, Lucas J. Lennon ³⁵ y Roberto Andorno ³⁶,

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", Tomo 131, pp. 909/910.

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

³² JOSÉ IGNACIO CAFFERATA, *Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino*, "El Derecho", Tomo 130, p. 749.

³³ ROBERTO M. TERÁN LOMAS, *Derecho Penal*, parte especial, Tomo 3, p. 387, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

³⁴ JORGE MAZZINGHI, *Breve reflexión sobre la fecundación in vitro*, "La Ley", 1978-C-993.

³⁵ LUCAS J. LENNON, op. cit., p. 69.

³⁶ ROBERTO ANDORNO, *¿Cómo legislar en materia de procreación asistida?*, en "Propuestas para el debate", Fundación República, año IV, N° 23, Buenos Aires, junio de 1994.

quienes coinciden en la necesidad de formular un nuevo tipo penal. Como lo explica con claridad Lisardo Novillo Saravia³⁷, es menester una norma específica porque en Derecho Penal está proscripta toda interpretación analógica o extensiva³⁸. Pienso, por ello, que el principio de legalidad, consagrado en el art. 18 de la Constitución, impide aplicar la tesis de Cafferata. Lo mismo afirmo en relación con la posibilidad de imponer la pena de homicidio, auspiciada por Corsari³⁹. En consecuencia, parece ineludible que el Congreso deba sancionar una ley que otorgue protección penal a la persona por nacer, concebida fuera del claustro materno. Sin embargo, no todos los proyectos presentados tienden a amparar la vida inocente.

Queremos referirnos, en primer término, al proyecto presentado por legisladores de diversos partidos políticos (Fuerza Republicana, U.C.D., justicialismo y radicalismo). Lo suscriben Fernando J. López de Zavallía, José María Ibarbia, Raúl Álvarez Echagüe, Miguel A. Toma, Raúl R. Topa, Javier R. Meneghini, Julio C. Ibarreche y Alberto R. Germanó. En su artículo 3º se *prohíbe* la fecundación extracorpórea. Al fundarlo, expresan que “la técnica empleada resulta abortiva en probeta y abortiva en el seno de la mujer y trae los corolarios de manipulación ‘in vitro’, de experimentaciones insanas y de eventual alquiler de vientre. Todo esto —concluyen los diputados mencionados— *atenta contra la dignidad humana, contra los derechos de la persona cuya existencia comienza con la concepción misma, de acuerdo a nuestro derecho positivo*”. Agregan los legisladores que los intereses científicos que se invocan no

³⁷ LISARDO NOVILLO SARAVIA, op. cit., p. 205.

³⁸ LISARDO NOVILLO SARAVIA funda su criterio adverso a toda interpretación analógica en Derecho Penal en RICARDO C. NUÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, p. 110; SEBASTIÁN SOLER, Tomo I, p. 145; “Fallos” de la Corte Suprema, Tomo 137, p. 425; CARLOS FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, p. 210.

³⁹ Ver: EDUARDO MARTÍN QUINTANA, *Aspecto legal de la fertilización asistida*, p. 48, en Boletín de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, Suplemento dedicado al Simposio “Del nacer y del morir”. Aspectos de las nuevas tecnologías aplicadas en reproducción humana y en el proceso de la muerte, 4-5 de mayo de 1993.

son válidos, subrayando que “una ciencia que se aparte de la ética no merece protección”. Con palabras severas descalifican el manipuleo embrional que se observa hoy en muchos lugares del mundo: “Los caminos hacia los que algunos de sus cultores se dirigen —concluyen los autores del proyecto— apuntan al delirio: fecundación de óvulos de mona con espermatozoides humanos, implantación de embriones humanos en una chimpancé, y ya se habla de la posibilidad de alojar en varones homosexuales embriones obtenidos ‘in vitro’ ”.

Hay otros quince proyectos cuyo examen obliga a formular algunas precisiones. En primer término, es importante destacar que en nuestro ordenamiento jurídico son inexorablemente ilícitas ciertas prácticas ligadas a la fecundación “in vitro”: producción de embriones en exceso, transferencia múltiple, congelación, donación, experimentación embrional, etc. Además, como lo apunta Roberto Andorno, el empleo de gametos de terceros anónimos atenta contra el interés del niño en contar con un padre y una madre conocidos: “En virtud del principio de indisponibilidad del estado civil de las personas, no es civilmente lícita, ya que esta práctica supone disponer, por un acto privado, del estado civil del niño por venir: éste se verá privado, desde el comienzo y en forma deliberada, de sus verdaderos padres”⁴⁰.

Sobre la base de lo expuesto, podemos con Andorno clasificar a los proyectos en dos grandes grupos. Uno permisivo y el otro restrictivo. Los del primer grupo privilegian la regulación de las técnicas de fecundación “in vitro” y tienden a considerar al embrión más como un objeto que como un sujeto. El de Storani y Laferriere (1991) sólo le reconoce la condición de “persona” a partir de su implantación en el útero. Este criterio es muy objetable y prescinde in-

⁴⁰ ROBERTO ANDORNO, *¿Cómo legislar en materia de procreación asistida?*, cit. p. 5. El argumento que se expone en el texto fue sostenido en Francia por la Cámara de Apelaciones de Toulouse para considerar ilícita la inseminación heteróloga (fallo del 21 de septiembre de 1987, Dalloz, 1988, p. 184). Los dieciséis proyectos presentados en el Congreso de la Nación han sido publicados por la Revista “Ginecología y Reproducción”, de la Fundación Edgardo Nicholson, septiembre-diciembre 1994, Volumen IV, N° 3/4.

cluso de algo que ya vislumbran los científicos. Me refiero a que la *ectogénesis*, es decir, la obtención de un ser humano íntegramente "in vitro", será posible en pocos años. Con el criterio de este proyecto ni siquiera un feto de seis u ocho meses, en gestación en algún claustro extracorpóreo, sería "persona" hasta su "nacimiento". En la misma línea, el proyecto de Mendoza y Troyano (1993) reconoce que el embrión es persona desde que posee la "capacidad necesaria para ser implantado". En cuanto a los de Natale y Antelo (1993), Juan P. Cafiero (1993) y Gómez Miranda (1991), eluden el tema. Los proyectos de Natale y Antelo (1993) y Gómez Miranda (1991), admiten la selección de embriones, lo que podría interpretarse que los que no son transferidos pueden ser destruidos. "De este modo —comenta Andorno—, se desconoce cualquier valor intrínseco a los embriones humanos" ⁴¹.

Los proyectos restrictivos —Britos (1992), Camaño y Corchuelo Blasco (1993) y Ruckauf e Iribarne (1993) adoptan una actitud que tiende a la protección del embrión humano, sin perjuicio de aceptar y regular la fecundación "in vitro". Incluso reconocen al embrión derecho a la vida, a la propia identidad, a no ser congelado, a no ser objeto de experimentación, etc., fijando un límite al número de embriones que pueden obtenerse. Este número varía según los proyectos: uno sólo para Ruckauf e Iribarne y Camaño y Corchuelo Blasco y tres para el presentado por Britos (1992).

En la legislación comparada hay dos grandes corrientes. Una muy permisiva, cuya expresión más censurable lo constituye la ley española del 22 de noviembre de 1988. El desvarío de esta ley llega al extremo de autorizar expresamente en su artículo 14 la mezcla de gametos humanos y no humanos a través del "test del hamster". El mismo artículo permite otras fecundaciones entre gametos humanos y animales si se cuenta "con el permiso de la autoridad pública correspondiente o, en su caso, de la Comisión Nacional

⁴¹ ROBERTO ANDORNO, op. cit.

Multidisciplinaria". En sus disposiciones finales se establece que el Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá los requisitos para autorizar "la experimentación con gametos, preembriones, embriones o fetos humanos".

No hay palabras para comentar los extravíos morales de esta ley que suscriben el Rey de España y el Presidente del Gobierno, Felipe González Márquez. Es la más cabal demostración del grado de decadencia alcanzado por un país que en tiempos pretéritos inspiró su legislación en valores que extrajo de la tradición hebrea y cristiana.

La pretensión de legalizar la mezcla de gametos humanos y no humanos ya tiene sus partidarios en la Argentina, a contramano de la Constitución Nacional y de toda nuestra tradición jurídica e institucional. Fiel exponente de esta tendencia es el proyecto presentado en la Cámara de Diputados (Trámite Parlamentario N° 70 del 9-8-1990, reproducido en 1992), en el que se autorizan las "fecundaciones de gametos humanos con otras especies" cuando "se practiquen con la finalidad de diagnosticar enfermedades y siempre que el híbrido que resultare fuere destruido al alcanzar el nivel de dos células". A la luz de todo lo que venimos exponiendo creemos que los comentarios huelgan. No podemos siquiera imaginar que el Congreso Argentino sancione este proyecto. Los antecedentes que se registran en la legislación comparada, citados en los fundamentos, no alteran el carácter inaceptable de la iniciativa.

La corriente restrictiva tiene su expresión en la ley sancionada en Alemania el 13 de diciembre de 1990. No prohíbe la fecundación "in vitro" pero sanciona penalmente algunas conductas como la transferencia de óvulos entre diferentes mujeres, la fecundación artificial de un óvulo con cualquier fin que no sea el embarazo de la mujer de la cual procede; la implantación de más de tres embriones; la fecundación de más óvulos que los que pueden ser implantados en un mismo ciclo; la extracción de un embrión del interior de una mujer para transferirlo a otra o utilizarlo con fines distintos a su protección; la aplicación

de las técnicas FIV a una mujer dispuesta a abandonar el recién nacido en manos de terceros (alquiler de vientre); la fecundación de embriones con destino a la experimentación; la selección de sexo; la fecundación post mortem; la alteración de la información genética contenida en los gametos; la clonación y la formación de híbridos.

La breve e incompleta reseña que hemos hecho de antecedentes legislativos vinculados con la fecundación extracorpórea es suficientemente elocuente como para que se advierta la complejidad de un tema que concierne a valores esenciales, objetivos y trascendentes, incorporados a nuestras leyes fundamentales, que ninguna ley del Congreso puede ni debe vulnerar. Confiamos en que, en definitiva, prevalezca la sensatez y no se sancione ningún ordenamiento que resulte violatorio del orden natural.

Graves atentados contemporáneos

Nunca en la historia mundial se cometieron atentados contra la persona humana antes de nacer como los perpetrados en el curso de las últimas décadas. En vísperas de finalizar el segundo milenio cristiano el panorama es desolador. La cantidad de víctimas de este nuevo holocausto es realmente aterradora.

En los países que han despenalizado la interrupción provocada de la gestación, no sólo ciertos laboratorios de fisiología y farmacología experimental están interesados en comprar fetos humanos. También algunos fabricantes de cosméticos se encuentran comprometidos en ese macabro negocio. En el semanario "Nouvel Observateur" se denunció hace algunos años que de Roma a Budapest, pasando por Londres, Amsterdam y París, miles de embriones que tienen su origen en el aborto "legalizado" se comercializan para elaborar cremas y ungüentos que se venden por un puñado de dólares. Incluso la Gaceta Oficial del Palacio de Justicia de París llegó a informar que un camión proceden-

te de Europa Central, cargado con fetos humanos congelados y destinados a laboratorios franceses de productos de belleza, fue interceptado en la frontera suíza por unos estupefactos guardias aduaneros. Lo notable es que dichos agentes públicos no encontraron en la reglamentación vigente ninguna cláusula que les autorizara a impedir que el vehículo continuara con su siniestra carga. Aparentemente se tomaron algunas medidas pero el problema subsiste. En 1994 "L'Osservatore Romano" clamó nuevamente contra las discriminaciones que efectúan los hombres que se consideran con derecho a determinar cuáles vidas humanas pueden ser impunemente segadas y cuáles restos humanos serán enterrados con honores fúnebres, arrojados a tachos de desperdicios o utilizados en laboratorios y en la industria farmacéutica.

El menosprecio hacia la dignidad connatural a toda persona concebida se ha acentuado en el último cuarto del siglo xx. Un ejemplo de esta tendencia lo vemos en los criterios amorales que se observan en materia de experimentación con embriones y fetos. En una importante revista científica, editada en los Estados Unidos de América, se publicó un estudio con fotografías referidas a una "investigación" que tuvo por objeto el trasplante de páncreas fetal humano a ratas. Para concretar dichas operaciones los roedores recibieron las células de veinte creaturas en gestación abortadas al amparo del criterio fijado en 1973 por la Corte Suprema Americana en el tristemente célebre caso "Roe vs. Wade" que despenalizó las interrupciones provocadas de la gestación.

Las aberraciones que el ingenio humano, emancipado de toda moral objetiva, puede imaginar y ahora realizar son alucinantes. Los investigadores que solicitaron autorización al Consejo Superior de Sanidad de la Gran Bretaña para trasplantar embriones humanos a hembras de cerdos o conejos ponen en evidencia que, extraviada la genuina visión del hombre, desaparecen virtualmente los límites éticos. Los intentos de obtener fecundaciones mezclando gametos

humanos y no humanos constituyen otra manifestación de una creciente *anomia moral*. El informe de la Comisión Warnock, elaborado para asesoramiento del gobierno británico, los autoriza expresamente en ciertos casos bajo la condición de que "el desarrollo de cualquier híbrido resultante sea interrumpido al nivel de dos células".

La desaprensión hacia los valores deontológicos que se observa en determinados círculos científicos, surge nítida de un informe del Profesor Edwards —precursor y propulsor de la fecundación "in vitro"—, quien reconoce que algunos laboratorios recogen ciertos óvulos y los fertilizan en una probeta sin intención de transferirlos a ningún útero. Los utilizan —confiesa Edwards— "de manera semejante a los embriones de animales usados en la investigación".

Graciela Iglesias, en un comentario publicado en "La Nación", informa que científicos de la Universidad de Edimburgo están por iniciar la implantación de óvulos extraídos a fetos concebidos con ese objeto. Procurarán así traer al mundo niños cuyas madres jamás nacieron y cuyos restos fueron arrojados a un horno incinerador de basura.

No menos escalofriante es el capítulo referido a la experimentación fetal. Baste recordar que en el Hospital George Washington se practicaron abortos con bebés de siete meses de gestación para experimentar placentas artificiales. Cuando se consideró suficiente la información recibida, se interrumpieron los circuitos y los bebés murieron. Igualmente repugnante es la tarea cumplida por "científicos" que se empeñaron en perfeccionar los sistemas de diagnóstico precoz de enfermedades o malformaciones para "liberarse" de los discapacitados antes de su nacimiento. El último capítulo de estas aberrantes prácticas está referido al trasplante de células fetales para el tratamiento de la enfermedad de Parkinson. Para ello se implantan 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 se extraen con precauciones especiales para someterlos a una vivisección, con la ayuda de la ecografía y un sistema especial de aspiración ⁴².

Conclusión

Parece mentira que en el siglo xx, después de las espantosas experiencias totalitarias en las que se practicó la discriminación en escala cósmica, resulte necesario levantar la voz para defender a los más pequeños, a los más indefensos, a los más necesitados de protección.

El profesor Jerome Lejeune, al visitarnos en octubre de 1998, subrayó la grave incongruencia en que incurren los gobiernos que, al tiempo que derogan la pena de muerte para peligrosos criminales, la establecen para personas inocentes, que todavía no han nacido, a través de la despenalización del aborto y de la experimentación embrional y fetal. Estos legisladores no han advertido algo elemental que destaca Olsen A. Ghirardi, en el sentido de que el derecho a la vida no abarca sólo un *periodo* sino *toda la vida, desde la concepción hasta la muerte*. No tiene, por ende, sentido ni coherencia amparar sólo un *segmento* de la vida y condenar al otro a la experimentación y a la muerte. La vida humana es sagrada *antes y después* del alumbramiento. Porque como dice un antiquísimo proverbio oriental: *el niño al nacer tiene casi un año de vida*.

La tradición hebrea y cristiana, que comparte también el Islam, de riguroso respeto al nasciturus, inspiró a las leyes sancionadas bajo su influjo durante dos mil años. Resulta por ello sorprendente que en el final de este contradictorio siglo xx, cuando se proclama a diario la intangibilidad de los derechos humanos, se haya extendido a lo largo del planeta la negación más completa del primero y fundamental: el derecho a nacer y vivir. Solzhenitsyn ha dicho, re-

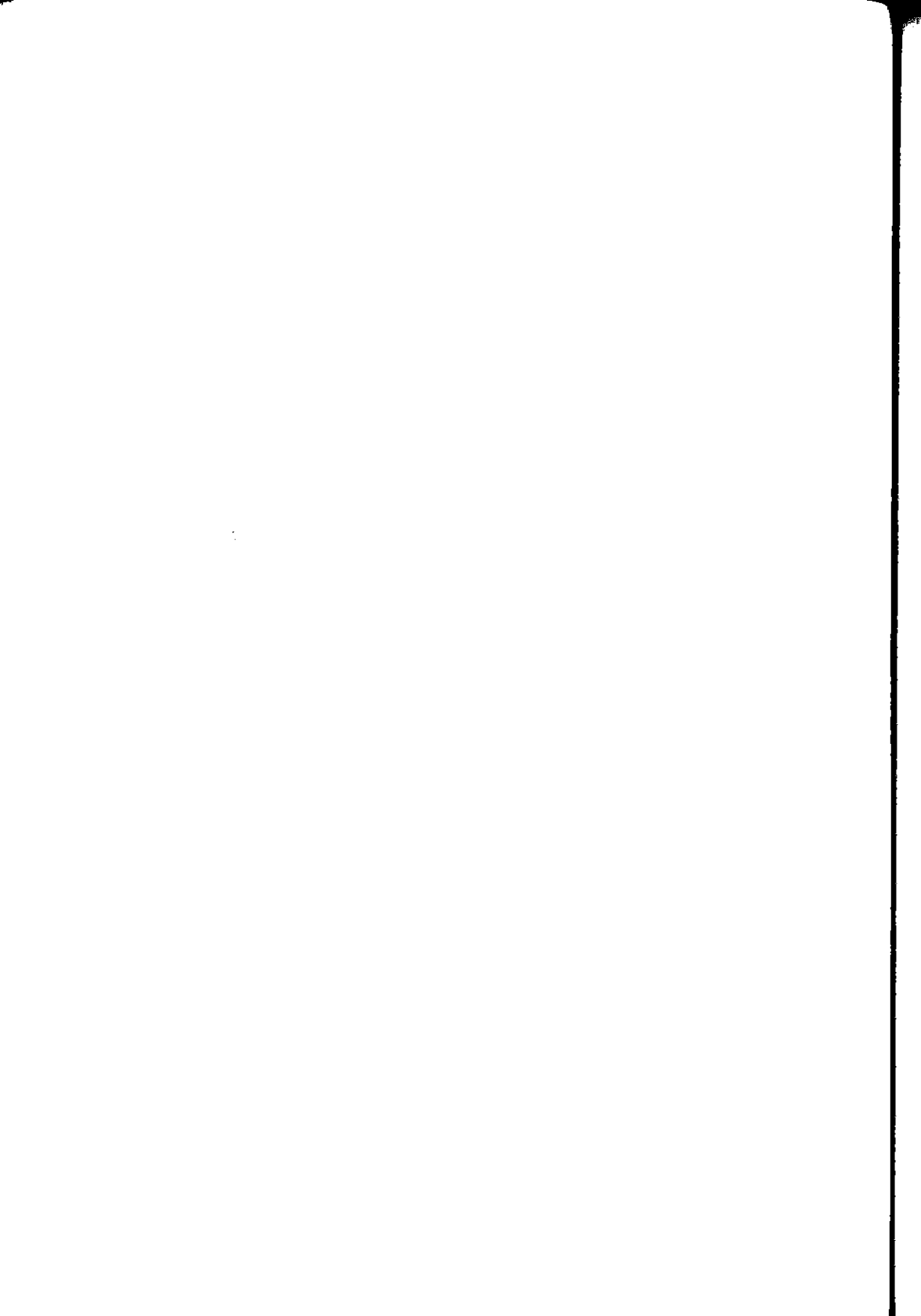
⁴² "ASD Prensa", N° 300.

cientemente, que una de las mayores sorpresas de esta centuria es la expansión impresionante del materialismo y el relativismo en pueblos de añeja tradición espiritualista. Vivimos bajo el signo de una apostasía planetaria que mueve a prescindir de valores que hasta hace pocas décadas parecían incontrovertibles.

Urge volver a Dios para recuperar la verdadera dimensión del hombre. Porque hemos sido creados a Su imagen y semejanza (Gén. 1, 26). Por haber prescindido de ese origen los pueblos han extraviado el camino, olvidado la dignidad humana, y aceptado aberrantes criterios legislativos.

Es necesario poner fin a la matanza de inocentes. Hay que volver a las fuentes. Para ello, el mundo todo, sin distinción de creencias, con Fe en Dios o al menos en el hombre, debe comenzar por observar el principio elemental de la bioética, claramente definido por Juan Pablo II en su discurso del 20 de noviembre de 1993: *Todo ser humano —dijo el Papa— ha de ser considerado y respetado como persona desde el momento de su concepción.*

II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON RESPECTO A LA FAMILIA



RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON RESPECTO A LA FAMILIA

*Por el Dr. Mariano Brito**

I

CRITERIOS BÁSICOS DE VERDAD EN LA MATERIA

1. *En cuanto concierne a la familia*

1.1. *Naturaleza de la familia*

La multifacética presencia de la familia en el contexto social, político, económico, religioso y cultural de la humanidad, y aun sus situaciones de crisis, no deben servir para desconocer su presencia histórica y misiones trascendentes sin solución de continuidad; antes bien, para advertir que ella es una realidad entrañable, organismo natural fundamental.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay.

Profesor Titular de Fundamentos de Derecho Administrativo, en el Master de Derecho Administrativo Económico, del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo.

Desde una perspectiva de visión unitaria de la familia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)¹, pudo proclamar:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado” (art. 17.1).

Se halla que ella es “...una institución fundada sobre la misma naturaleza de la persona humana, que por serlo tiene una dignidad incondicional e inalienable”².

1.2. *Naturaleza de la familia y ordenamiento jurídico*

Conocido el ser de la familia, debe seguir el obrar recto en el caso, el ordenamiento jurídico estatal e internacional, y su juzgamiento.

Bástenos aquí reseñar las siguientes normas positivas, en actitud consecuente con la naturaleza apuntada:

1.2.1. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” [Declaración Universal de Derechos Humanos (O.N.U.), de 10 de diciembre de 1948, art. 16.3].

1.2.2. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado” (Pacto de San José de Costa Rica, en la ya citada regla).

1.2.3. “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de general e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: ...la protección integral de la familia” (Constitución argentina, art. 14 bis).

1.2.4. “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.

“Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare” (Constitución de la República italiana aprobada el 22 de diciembre de 1947, Título II, 29).

1.2.5. “La familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del

¹ La República Oriental del Uruguay ratificó dicho Pacto, siendo aprobado por ley 15.737, de 8/3/85.

² I Congreso Panamericano sobre Familia y Educación. Conclusiones (numeral 1), Monterrey, México, 23-26 mayo 1994.

Estado. Igualmente tendrá derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido" (Constitución de la República de Costa Rica, de 1949, art. 51).

Por su art. 52 se establece: "El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges".

1.2.6. "La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" (Constitución francesa, de 3 de junio de 1958, Preámbulo, con remisión al Preámbulo de la Constitución de 1946).

1.2.7. "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad" (Constitución uruguaya de 1967, art. 40).

1.2.8. Por último, al cabo de la reseña efectuada, la Constitución de la República de Filipinas, de 1986, asegura:

Article II

Declaration of principles and State Policies

Principles

.....

State Policies

.....

"Sec. 12. The State recognizes the sanctity of family life and shall protect and strengthen the family as a basic autonomous social institution. It shall equally protect the life of the mother and the life of the unborn from conception. The natural and primary right and duty of parents in the rearing of the youth for civic efficiency and the development of moral character shall receive the support of the Government".

.....

Article XV

The Family

Section 1. The State recognizes the Filipino family as the foundation of the nation. Accordingly, it shall strengthen its solidarity and actively promote its total development.

Sec. 2. Marriage, as an inviolable social institution, is the foundation of the family and shall be protected by the State.

Sec. 3. The State shall defend:

1) The right of spouses to found a family in accordance with their religious convictions and the demands of responsible parenthood;

2) The right of children to assistance, including proper care and nutrition, and special protection from all forms of neglect, abuse, cruelty, exploitation, and other conditions prejudicial to their development;

3) The right of the family to a family living wage and income; and

4) The right of families or family associations to participate in the planning and implementation of policies and programs that affect them.

Sec. 4. The family has the duty to care for its elderly members but the State may also do so through just programs of social security.

1.3. *Caracteres de la familia*

1.3.1. Es un bien moral y positivo

Enraizada la familia en la misma naturaleza de la persona humana, participa de la dignidad incondicional e inalienable de la última ³. El desarrollo de la persona humana—vida desde la concepción— reclama el acendrado cuidado

³ *Ibidem*, 1, in fine.

y asistencia hasta la afirmación de la autonomía personal, y aun su prolongación y renovación constante ante los reclamos de la afectividad y procura del bien personal de sus componentes en las múltiples situaciones de necesidad a las que cada uno enfrenta. La familia es, pues, un bien moral, y sabido es —como afirmaba Arturo Sampay— que “La moral no se identifica con la costumbre ni es una proyección subjetiva, sino que su fuente está en la naturaleza específica del ser humano”⁴.

El ordenamiento jurídico —como hemos visto— recoge tal dimensión para darle positividad, consignando su calidad de fundamento de la sociedad, sujeto social y patrimonio de las naciones⁵.

1.3.2. La familia es “*principium et fundamentum societatis*”.

El desarrollo personal en perfección halla su cobijo natural en la familia, porque “El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”⁶.

1.3.3. Le atañen, por razón de su ser, unas misiones esenciales.

La acabada comprensión de su ser muestra unas misiones esenciales, en las que la familia no puede ser sustituida, porque es en su seno que se desenvuelve la naturaleza personal del hombre (varón y mujer)⁷. Como afirmáramos en otra ocasión, “Ese ser personal del hombre —masculinidad y femineidad— que se realiza en el matrimonio, se abre a la transmisión de la vida”⁸.

Matrimonio, vida y persona humana —bienes morales y jurídicos que en la familia se dan— sólo reconocen, ante

⁴ ARTURO SAMPAY, Prólogo a la *Teoría de la Institución y de la Fundación*, de Maurice Hauriou, Argentina, Buenos Aires, 1968, p. 14.

⁵ *Ibíd.*, p. 12.

⁶ Convención Universal de Derechos del Niño, de 6/12/89, inciso 9. Aprobada por Uruguay, ley 16.137, de 28/9/90.

⁷ PEDRO JUAN VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal*, España, Pamplona, 1984, p. 21.

⁸ MARIANO BRITO, *El cuidado de la familia por el Estado*, Monterrey, México, 24/5/94.

su ausencia, la procura de sustitutos de aquélla, siempre parciales e insuficientes, como lo revela una reiterada y constante experiencia universal.

1.4. *Conclusiones del I Congreso Panamericano sobre Familia y Educación.*

Su reciente celebración —con la participación de 2.854 asistentes provenientes del continente americano, de Europa y de Asia— vigoriza las conclusiones que adoptara en asamblea plenaria, el 26 de mayo de 1994, en Monterrey, México⁹. Frecuentemente acudiremos a esas Conclusiones en el desarrollo de nuestra exposición.

2. *En cuanto concierne al Estado*

2.1. *El Estado es gestor eminente del bien común*

La recta ordenación jurídica de nuestros países revela la presencia hacedora del Estado en orden al bien común, en términos de preeminencia, aunque no de exclusividad.

La preeminencia apuntada viene dada por su razón de ser. El, expresión política de la nación, existe para la realización de aquel bien participado, de todos los habitantes. Su erección en Estado Social de Derecho conforma su obrar según un orden vicarial: el Estado no es ser en sí ni por sí; antes bien, no es sino por y *para* el bien común más general. Su expresión ordinaria habilita su actuación aun en la esfera de limitación y sacrificio de derechos patrimoniales y no patrimoniales, “conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”¹⁰. De esa su naturaleza —su razón de ser— deriva con razón de necesidad que el Estado está obligado por conductas debidas para con la familia. Al Estado compete “velar por su estabilidad moral y material”, atendiendo a la persecución de un valor fundamental: “la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”¹¹.

⁹ Se incorpora como Addenda el texto de las referidas conclusiones.

¹⁰ Constitución uruguaya, art. 7º, in fine.

¹¹ *Ibíd.*, art. 40, segundo párrafo.

2.2. *La familia es parte del bien común*

La concepción propia del Estado Social de Derecho —que anima nuestros sistemas— desecha toda radicación en el Estado de fin en sí mismo. Reconócese su naturaleza instrumental, para el bien de sus componentes, así como éstos —a su turno— por la operación de sus roles o misiones concurren al bien más general.

2.3. *El Estado* —para realizar el bien común más general— *debe asegurar el de sus elementos constitutivos y el propio de los componentes sociales; entre éstos, la familia* (“est principium et fundamentum societatis”).

Reconocida regla de moral natural —con correspondencia, en su respectivo ámbito, en las ciencias sociales y en la psicología— muestra a la familia como célula básica de la sociedad. Por esto el Estado debe concurrir a su desarrollo y operación. El orden jurídico normativo ha enfatizado esa misión del Estado recordando que “En especial, la ley establecerá la protección integral de la familia”¹² o que “El Estado velará por su estabilidad moral y material. . .”¹³. Y todavía, particularizando la exigencia de protección debida, se preceptúa que “El ‘bien de familia’, su constitución, conservación, goce y transmisión, será objeto de una legislación protectora especial”¹⁴.

La normativa citada, con la que anteriormente reseñamos, advierte la situación de obligación del Estado —conducta debida— que no se agota en la actitud generalmente protectora mediante la ordenación legislativa, sino que debe seguir a ésta el quehacer estatal de apoyo mediante la actividad administrativa y jurisdiccional. Cuestión fundamental será advertir la consecuencia de la omisión estatal en orden a la responsabilidad.

2.4. *La familia es titular de situaciones jurídicas activas, derechos e intereses frente al Estado (sujeto pasivo de*

¹² Constitución argentina, art. 14 bis.

¹³ Constitución uruguaya, art. 40 segundo párrafo.

¹⁴ *Ibidem*, art. 49.

las obligaciones correlativas). La cuestión se vincula con el ser de la familia y sus fines propios, y las misiones del Estado a su respecto.

“Básica y radicalmente la familia es titular del derecho al cuidado estatal y la operación consecuente de éste para asegurar su participación en el bien común, así como su concurrencia a él”.

“Matrimonio, vida y persona humana —bienes jurídicos y morales que en la familia se dan— reclaman una doble postura y actitud del derecho estatal regulador y de las políticas estatales respectivas”.

“A) Por un lado, la postura propia de la *abstención debida u obligaciones de no hacer*”.

Al respecto, procede establecer las precisiones siguientes:

a) El Estado se cuidará de operar, habilitar o facilitar los mecanismos de interrupción de la gravidez (aborto), de esterilización y de concepción o contra concepción al margen del orden natural; también de subterfugios desconocedores de las diferencias radicales entre planificación familiar orientada desde el poder y paternidad responsable radicada en el fuero del matrimonio. Todo esto porque no es suyo, del Estado, el orden de la transmisión de la vida o la aptitud para ello, así como la vida misma. Aquí, con singular vigor, ha de subrayarse la naturaleza instrumental del Estado; él sólo es —en el punto— “cometido” (tarea) para servir a los fines propios de la familia.

b) Los extremos citados sólo pertenecen al fuero personal del hombre (varón y mujer) en quienes radica la aptitud generadora de la vida. Está en juego, pues, la dignidad del hombre y el orden de sus perfecciones: la intimidad y la vida privada, cuya inviolabilidad reconocen los textos constitucionales americanos y los pactos internacionales respectivos.

Baste aquí destacar el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada

por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, según la cual, "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia...", y "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

Y aún, el artículo 16.3., definiendo el principio, piedra sillar del sistema, estatuye:

"La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

c) Tampoco puede ser de recibo la injerencia de la ley con sus prescripciones, de la Administración estatal con actuaciones prestadoras de servicios o de la justicia con sus sentencias protectoras de conductas, que invocando la voluntad general o un consenso colectivo o aun el requerimiento personal, obran al margen de aquel "elemento natural" que la familia es. Si así fuera, el Estado se sustituiría al fuero personal del hombre —varón y mujer— incurriendo en injerencia arbitraria en su vida privada y familia (art. 12 de la Declaración Universal ya citada), o habilitaría una conducta al margen del orden natural, cuya disposición no le pertenece ni compete.

d) Nuevamente, se llega a la zona del encuentro de Justicia y Derecho. En la problemática en examen este encuentro constituye el cimiento hacedero de toda la elaboración conceptual que siga en torno a las relaciones hombre-familia-Estado.

Es necesario aquí rescatar y repetir una y otra vez que el derecho del Estado no ha de ser mero producto positivo, alentado por las variables históricas y coyunturales o fruto exclusivo de ellas, sino que debe responder, antes y más allá de éstas, a unos asentamientos más sólidos y constantes radicados en la justicia.

¿Puede acaso el derecho —instrumento regulador de los comportamientos humanos— desenvolverse al margen de los fundamentos de la justicia, que como reclamo constante se plantea a la conciencia del hombre y a su obrar; puede ali-

nearse él en la prescindencia de las distinciones morales, de la cuestión de los límites del bien y del mal o, antes bien, ha de ser —como quiso Celso— “ars boni et aequi”; ha de ignorar la realidad de la razón y del deber o, por el contrario, respondiendo al pensamiento clásico, será prescripción racional ordenada al orden justo?

El rechazo de esta verdad que *es* un producto de la realidad, de las dimensiones ontológicas del hombre y de la familia y de las axiológicas que se derivan, supone despojar al derecho estatal de su entraña más propia, en la referencia a los fines, porque, siendo instrumento regulador de la convivencia entre los hombres, le conviene —como al hombre mismo— la nota de lo justo, verdadero y bueno.

e) El derecho —orden que postula la justicia— no podrá resolverse, pues, en una injerencia sustituyente de la familia en sus misiones naturales sin lesionar la dignidad humana; debe abstenerse al respecto.

Tampoco podrá, en actitud puramente pragmática, estar al socaire de la opinión general, “ya que el derecho no lo establece la opinión, sino la justicia”¹⁵.

También aquí se verifica que “No existe, pues, más que un solo derecho al que está sujeta la sociedad humana, establecido por una ley única: esta ley es la recta razón en cuanto ella manda o prohíbe, ley que escrita o no, quien la ignore es injusto”¹⁶.

Y, por cuanto el derecho es ordenador de conductas “vida vivida”¹⁷, debe regular también la conducta estatal de abstención en orden a la familia, sabiendo que —en los términos expuestos— “En el reino del derecho, el deber ser tiene un nombre apropiado y se llama justicia”¹⁸.

En esa línea de actuación estatal deben mencionarse aquellas prescripciones constitucionales que operan el reco-

¹⁵ M. CICERÓN, *Tratado de las leyes*, Argentina, Buenos Aires, Ed. Anaconda, 1946, T. 2, p. 663.

¹⁶ *Ibidem*, p. 668.

¹⁷ GIUSEPPE GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Argentina, Buenos Aires, Eudeba, 2ª ed., nov. de 1977, p. 4.

¹⁸ *Idem*, p. 7.

nocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad de conciencia, con una afirmación radical: los bienes indicados son ajenos al derecho positivo en cuanto objeto originario, propio; sólo puede ocuparse de ellos para su tutela. Para el non plus ultra de su acción se opone la radical pertenencia de ellos al fuero de la dignidad humana. ¡Cuán expresiva resulta ser la regla constitucional por la cual se reconoce "El hogar es un sagrado inviolable" (Constitución uruguaya, art. 11)!

Con el afincamiento de su acción dentro de los confines reseñados, el Estado atenderá debidamente a la promoción del bien común, porque éste, si bien no es la mera suma de los bienes particulares, ni tiene identidad de ser y objeto con el bien particular, "no excluye a éste de la misma manera que el todo tampoco excluye a la parte"¹⁹.

B) Por otro lado, el Estado debe asumir la postura positiva, mediante *obligaciones de hacer o de dar en orden al cuidado de la familia y la promoción del bien común*.

Está en juego el *fundamentum societatis*; el Estado no puede, entonces, desconocer las misiones a él imperadas. Al respecto, la suya es una situación de poder-deber.

a) Esas medidas positivas —como las de abstención a su turno— emergen de la adecuación al derecho natural, según el orden de los bienes comprometidos y las misiones de la familia y del Estado.

b) El ordenamiento jurídico positivo es harto elocuente al respecto.

El artículo 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica afirma el principio por el cual "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado".

El jurista y ex canciller de Uruguay, Dr. Héctor Gros Espiell, comentando esta norma, advertía que ella "se refiere a la familia legítima, fundada en el matrimonio, sin

¹⁹ ANTONIO MILLAN PUELLES, *Sobre el hombre y la sociedad*, p. 122.

perjuicio de la protección de los hijos naturales, que resulta del último párrafo del artículo 17. Todos los restantes párrafos —el 2, el 3 y el 4— que son la consecuencia del 1, se refieren al matrimonio y a los cónyuges, lo que confirma que es a la familia legítima que se aplica el párrafo 1”²⁰.

Al respecto, una norma fundamental de la Constitución uruguaya (art. 40) pone a cargo del Estado velar por el fomento social de la familia, “. . . lo que implica que toda la estructura jurídica estatal (legislación, administración, jurisdicción) dirigirá sus esfuerzos a bregar por este fomento social, por medio de leyes, actos administrativos, decisiones jurisdiccionales y actos materiales de ejecución”²¹.

Ese régimen postula “. . . el fomento social de la familia legítima, fundada sobre el matrimonio, tal como la organiza la ley civil, recogiendo las ideas y las costumbres de la civilización cristiana occidental”²².

“Sin perjuicio de la familia legítima, definida sobre la base conceptual señalada —fundada sobre el matrimonio— la Constitución uruguaya, por su artículo 41, prevé el derecho a la asistencia estatal para quienes tengan a su cargo numerosa prole”.

“En resumen, el criterio constitucional consiste en que el Estado fomenta socialmente la familia legítima, pero sin olvidar la situación resultante de las uniones irregulares, por lo cual si bien éstas no pueden ser naturalmente fomentadas, deben establecerse previsiones para ayudar y proteger a los hijos naturales y a la madre, cualquiera sea su condición y estado”²³.

c) En términos contundentes debe hacerse oír la voz de quienes se ocupan de estas cuestiones, porque asiste a la

²⁰ HÉCTOR GROS ESPIELL, *El derecho de familia en la Convención Americana sobre derechos humanos*, en “Revista Uruguaya de Derecho de Familia”, Uruguay, Montevideo, 1989, N° 4, p. 69.

²¹ HÉCTOR GROS ESPIELL, *Principios constitucionales en la protección del niño y la familia*, en “Revista Uruguaya de Derecho de Familia”, Uruguay, Montevideo, 1989, N° 4, p. 69.

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

familia —fundada sobre el matrimonio— el derecho al reclamo de lo suyo, lo justo debido.

d) En el terreno de las conductas operativas —especialmente las prestaciones— corresponde al Estado la actividad subsidiaria y aun supletoria, en las hipótesis de insuficiencia, imposibilidad u omisión de las conductas a cargo de los gestores y responsables naturales de la familia, así como el apoyo, mediante las oportunas asistencias y asignaciones de recursos detraídos del producto social mediante los tributos. Ello facilitará a las familias el acceso al más perfecto cumplimiento de sus misiones y ejercicio de sus derechos (entre otros, a la educación de los hijos, con la elección de instituciones y maestros).

e) Por idénticos fundamentos, el Estado debe concurrir a asegurar el derecho de todas las personas a elegir libremente su estado de vida y, por lo tanto, a contraer matrimonio. Tras ello seguirán aquellas políticas de Estado; medidas legislativas y decisiones administrativas consecuentes que favorezcan las condiciones morales, sociales y económicas que permitan el derecho a contraer matrimonio (V. art. 1 de la Carta de los Derechos de la Familia).

f) “La sociedad, y de modo particular el Estado y las Organizaciones Internacionales, debe proteger la familia con medidas de carácter político, económico, social y jurídico, que contribuyan a consolidar la unidad y la estabilidad de la familia para que pueda cumplir su función específica” (V. Preámbulo de la Carta de los Derechos de la Familia, lit. I y art. 9)²⁴.

²⁴ MARIANO R. BRITO, *Conf. cit. supra*, nota 8.

COMPROMISO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON RESPECTO A LA FAMILIA

1. *Responsabilidad ante, para y por la vida*

Cuanto viene de exponerse concluye en la afirmación de la responsabilidad del Estado para la concurrencia a la salvaguarda del bien primario del hombre —su vida— y su desarrollo en el ámbito más idóneo para el perfeccionamiento: la familia.

1.2. El orden jurídico internacional se desenvuelve en la línea del aserto formulado. Será suficiente ahora recordar que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Pacto de San José de Costa Rica, art. 4.1).

Igual reconocimiento se constata, en general, en nuestros ordenamientos jurídicos constitucionales.

2. *Fundamento de la responsabilidad estatal al respecto*

2.1. *El respeto del orden natural, anterior y superior al Estado*

El Estado —ente lógico y de razón—²⁵ halla ante sí, y antes que él, un orden natural, del cual la familia es parte y expresión. En orden a su perfección debe obrar aquél según su naturaleza vicarial.

Se hallará entonces comprometida la responsabilidad del Estado cuando él, por su actuación lícita o ilícita, por acción u omisión, vulnere, comprometa dañándolo o menoscabe aquel bien.

²⁵ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Brasil, San Pablo, 1994, 5ª ed., pp. 484-5.

2.2. A aquel fundamento —respecto del orden natural— siguen en armonía *las prescripciones del ordenamiento jurídico* disponiendo a cargo del Estado las conductas protectoras, ora mediante obligaciones de no hacer, ora de hacer, según se vio antes.

Una vez más corresponde señalar que frecuentemente se hallarán comprometidas cuestiones de moral natural cuya disposición no ingresa en las facultades de disposiciones del Estado. Demostrativo de esto es el art. 11 de la Constitución uruguaya, según el cual “El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie puede entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo de orden expresa de juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley”.

He aquí afincada la cuestión de la posible responsabilidad al respecto emergente de la conducta estatal dañosa.

2.3. El estado actual del derecho público entiende “...por responsabilidade patrimonial extracontractual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera jurídicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáseis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”²⁶.

2.4. La proyección de la responsabilidad por actividad lícita y por actividad ilícita del Estado debe admitirse frente al bien jurídico y moral familia, tanto para la esfera de los derechos absolutos como de los derechos relativos. Para los primeros, la protección es garantía de abstención, de turbar e impedir la libre acción de terceros respecto al disfrute de determinados bienes o respecto al desarrollo de determinadas actividades personales o cualidades naturales²⁷. Para los segundos, la protección es garantía de una determinada prestación de parte del sujeto Estado, dando vida a los derechos de crédito.

²⁶ *Ibidem*, p. 472.

²⁷ RENATO ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Italia, Milán, Ed. Giuffré, 1955, p. 4 y p. 10.

Pero, en todo caso, se llegará, en nuestra opinión, no sólo a la admisión de la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita, mas también por actividad lícita. Es que los fundamentos invocados en el derecho público para la admisión de la responsabilidad general del Estado se dan también en la especie.

Citamos aquí la generalidad de la doctrina y jurisprudencia en sentido coincidentes.

Con Marienhoff, es de recordar: "La generalidad de la doctrina, tanto nacional como extranjera, está de acuerdo con que, en el plano extracontractual, el Estado es responsable por las consecuencias dañosas de su actividad lícita, pero los autores o expositores difieren en cuanto al fundamento de tal responsabilidad" ²⁸.

El autor citado, luego de reseñar los diversos criterios doctrinales, concluye: "Pero el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actividad lícita es exactamente el mismo que sirve de base a la responsabilidad general del Estado, o sea el mencionado complejo de principios de derecho público inherentes al Estado de Derecho, contenido en nuestra Ley Suprema. Vale decir, tanto la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, como por su actividad lícita, tienen el mismo fundamento" ²⁹. En idéntico sentido, dice Celso A. Bandeira de Mello: "No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação creada pelo Poder Público —mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso— entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuizos ocorridos per ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse

²⁸ MIGUEL S. MARIENHOFF, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita*, en "La Ley", Rep. Argentina, Buenos Aires, Año LVII, N° 217, 15 de noviembre de 1993.

²⁹ *Ibidem*.

de todos. De conseqüente, seu fundamento é o principio da igualdade, noção básica do Estado do Direito”³⁰.

3. *La cuestión del posible carácter programático de las normas del ordenamiento jurídico internacional y del ordenamiento jurídico nacional, protectoras de la familia.*

3.1. Cabe aquí considerar si no se está, frecuentemente, ante normas puramente programáticas, cuya virtualidad y eficacia jurídicas queden supeditadas a la adopción de normas jurídicas consecuentes.

3.2. Tal vez, en el punto, sea del caso, ante todo, efectuar algunas precisiones y distinciones.

3.3. Para Uruguay es de recordar el texto del art. 332 de la Carta Fundamental, por el cual “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

3.4. Las normas arriba mencionadas postulan perfecciones debidas al hombre —derechos— no sólo concernientes a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y protección, y a la protección consecuente, y a todo cuanto atañe a su interioridad —privacidad—, sino también derechos económicos y sociales. Unos y otros ineludibles para la perfección acabada del hombre, verdaderamente inherentes a su personalidad.

Es procedente mencionar aquí el art. 11, P. 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponiendo: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de

³⁰ CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 484.

vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejoría continua de las condiciones de existencia". Los Estados Partes se obligan, además, a tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho ³¹.

3.4. No creemos que ante su presencia pueda afirmarse la necesidad de un texto legal de aplicación y desarrollo, para concluir negándole exigibilidad en caso de su ausencia. Parafraseando a François Luchaire, cabría preguntarse: "¿Es necesario un texto para ser libre?" ³² o, en la especie, diciendo: ¿Es necesario, acaso, un texto legislativo para la aplicación de las normas internacionales y constitucionales nacionales, reconocedoras de los apuntados derechos de la familia y correlativas obligaciones del Estado?

No compartimos, en general, la opinión afirmativa. Antes de ahora dijimos:

"Se trata siempre, por determinación de la realidad (del ser de las cosas-orden natural), de otras tantas perfecciones que al hombre corresponden. Derechos son del hombre; cosa diversa es la defectuosa e imperfecta protección. Obrar de otra manera es confundir la realidad con la preservación de la realidad, cambiar el orden ontológico con el orden normativo".

"Podrá ocurrir que los mecanismos y medios de protección a su respecto se hayan visto particularmente necesarios en nuestro tiempo y no se advirtieran antes, o que, en el futuro no sean ellos tan necesarios porque hayan alcanzado su debida satisfacción. Pero, de todas maneras, los derechos respectivos seguirán siendo parte inescindible de personalidades humanas enterizas, sin solución de continuidad. Sí admitimos que los instrumentos de protección y satisfacción pueden estimarse afectados por cierto carácter contingente y relativo".

³¹ Uruguay ratificó el Pacto. Int. de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, habiendo sido aprobado por la ley 13.751, de 11/7/69.

³² FRANÇOIS LUCHAIRE, *El Consejo Constitucional Francés*, en "Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales", España, Madrid, 1984, p. 70.

“Aquella conclusión, sobre el carácter de esos derechos sociales y económicos, que entendemos procedente, no es unánime para el derecho positivo. Véase así, que para el derecho francés se ha dicho: ‘todos los ‘derechos fundamentales’ que el Consejo Constitucional intenta proteger de las posibles violaciones del legislador, no son de la misma naturaleza. Los ‘principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo’, enunciados por el Preámbulo de 1946, no poseen exactamente el mismo valor constitucional que los derechos proclamados en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República o que figuran en el propio texto de la Constitución, tales como la igualdad ante la ley o la independencia de la autoridad judicial’”³³.

“En igual sentido, se ha dicho, para Alemania Federal: ‘La Ley Fundamental, en lo esencial, limita su garantía de los derechos fundamentales a los clásicos derechos del hombre y del ciudadano. En cambio, renuncia a los derechos fundamentales calificados de ‘carácter social’, tal y como figuran en un cierto número de Constituciones de los Länder alemanes (Baviera, Hesse): derecho al trabajo, a una remuneración suficiente del trabajo realizado, derecho a la vivienda. La Ley Fundamental ha optado, al contrario, por la vía de la plasmación en normas jurídicas de una misión del Estado, a través de la utilización de la fórmula Estado social de derecho’”³⁴.

“Entre nosotros, Justino Jiménez de Arechaga, en el Tomo II de *La Constitución Nacional* apuntaba: ‘Las disposiciones programáticas constituyen un mandato de hacer dirigido al legislador o la fijación de ciertos criterios o fines que deben inspirar su actividad. Pero suponen reglas in-

³³ FRANÇOIS GOGUEL, *El Consejo Constitucional Francés*, en “Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 310.

³⁴ HANS G. RUPP, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, ob. cit., p. 324.

completas, no susceptibles de ser aplicadas inmediatamente” (p. 175)³⁵.

“No obstante, sea nuestra ratificación en aquella opinión antes enunciada, una cita del constitucionalista argentino Jorge A. Reinaldo Vanossi: ‘Por último, en cuanto a su disponibilidad las normas constitucionales pertenecen a la categoría de las normas imperativas o normas de ‘orden público’, pues son todas ellas indisponibles por los órganos ordinarios y por las partes sin perjuicio de la renuncia de los derechos adquiridos (en cambio, en el ámbito del derecho privado, existen las normas facultativas o discrecionales, cuyas prescripciones son disponibles por las partes)’”.

“Y agrega: ‘Pero en definitiva, las cláusulas económicas y sociales como todas las normas constitucionales de cualquier tipo y clase, cumplen el rol de normas de competencia, ya que están señalando afirmativa o negativamente, positiva o prohibidamente, la órbita de la esfera estatal y la órbita o el ámbito de la libertad personal. Son razones históricas y cuestiones de técnica constitucional las que motivan que en unos casos se acuda a la redacción ‘positiva’ y en otros se haga uso de la forma ‘negativa’. Esto es así, con prescindencia de quien sea el demandable, que tratándose de las cláusulas económicas y sociales, en unos casos puede serlo el Estado, en otros los particulares o, a veces, ningún sujeto en concreto (cláusulas inocuas). Esto último es lo que ocurre cuando dichas cláusulas son ‘directivas’ a los poderes políticos: en el actual reparto de competencias, el Poder Constituyente utiliza la técnica de las cláusulas programáticas-directivas con el objeto de imponer funciones a ciertos órganos. mas con la singularidad de que esos deberes estatales se cumplen y se exigen puramente en el terreno de la responsabilidad política’”.

“La operatividad no es una cualidad propia de los derechos individuales e impropia de los derechos sociales. La determinación de la operatividad es una cuestión de hecho.

³⁵ MARIANO R. BRITO, *Derechos Fundamentales*, en “Evolución Constitucional del Uruguay”, Uruguay, Montevideo, 1989, pp. 17-20.

a dilucidar por la autoridad de aplicación en cada caso y en definitiva por los jueces". Y continúa: "No creemos que operatividad sea sinónimo de no programático; ni que lo programático sea necesariamente lo equivalente a no operativo. Desde el momento que las cláusulas programáticas están dirigidas a los jueces (regla de interpretación) y éstos las incorporan a su selección axiológica, resulta que tales cláusulas tienen una aptitud aplicativa inmediata".

"La principal función de las cláusulas programáticas consistirá en evitar que en la aplicación de la Constitución sus intérpretes les asignen un sentido reñido con los valores y los fines consagrados más recientes o contemporáneamente en la norma suprema o que simplemente la comunidad ha vivenciado como prioritarios. En definitiva: que el intérprete no pueda regresar al ámbito preexistente y deba estar inmerso en los objetivos de hoy y aquí"³⁶.

3.5. En suma, es necesario advertir que la familia es una institución natural que responde al ser del hombre, y como tal, sus derechos, con las obligaciones correspondientes a cargo del Estado, deben ser atendidos. Su omisión o acción dañosa —lícita o ilícita— serán susceptibles de comprometerlo en la responsabilidad pública a su cargo.

³⁶ JORGE R. VANOSSI, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, 1987, p. 372.

CONCLUSIONES

1. La familia es un "sujeto social"³⁷ y, "a su manera, una sociedad soberana"³⁸; soberanía, "que en relación con el Estado le era ya reconocida por la sabiduría griega, como en la *Ética a Nicómaco*, de Aristóteles"³⁹. Ella es sujeto activo de derechos cara al Estado en orden a la protección que le es debida y para el apoyo consecuente de éste en vista de la realización que a ella corresponde de sus misiones naturales.

2. La familia no se agota en la dimensión privada o de interioridad —o privatista—; antes bien es, además, parte del bien común más general, a él concurre como sujeto social y de él es partícipe, debiendo consecuentemente ser reconocida en su protagonismo político, cultural, económico y educativo. Bien podría repetirse para la familia aquello que Hauriou refería al sujeto de un Estado (y la familia es uno de estos): "... porque estando expuesto a los riesgos de la empresa es justo que adquiriera, en cambio, un derecho de control y de participación en el gobierno de ésta"⁴⁰.

3. La conducta omisiva del Estado con resultado dañoso y la conducta dañosa por omisión, son susceptibles de comprometer la responsabilidad de aquél, sea su actividad lícita o ilícita, aunque por orígenes diversos.

4. No será oponible el carácter programático de algunas normas para excluir la responsabilidad estatal porque se hallan en juego derechos inherentes al hombre y a la familia, sujeto social de la que aquél es integrante.

³⁷ JUAN PABLO II, *Carta a las familias*, del 2/2/94, México, D.F., N° 17, p. 64.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ ALFONSO LÓPEZ TRUJILLO, Conferencia en I Congreso Panamericano, cit. supra, Monterrey, México, 23/5/94.

⁴⁰ MAURICE HAURIU, ob. cit., p. 46.

5. El Estado debe cuidar de su general papel subsidiario respecto a la familia, excluyendo toda pretensión sustituyente para el decurso de las misiones naturales de aquella; antes bien le corresponde apoyarla sin pretender exonerarse del deber de subordinación en aquel ámbito.

I CONGRESO PANAMERICANO SOBRE FAMILIA Y EDUCACIÓN

Conclusiones

En el Año internacional de la familia, reunidos en asamblea plenaria, los 2.854 asistentes inscriptos al I Congreso Panamericano sobre Familia y Educación, organizado del 23 al 26 de mayo de 1994 por el Pontificio Consejo para la Familia y Fomento de Instituciones Educativas (FIE), de Monterrey, México, provenientes de los países del continente americano, de Europa y de Asia, aprobaron por unanimidad las siguientes conclusiones:

1. La indefinición de lo que es familia es la causa principal de la injusticia contra ella, ya que no puede dársele lo que le corresponde a lo que no sabemos lo que es. Hay que definir claramente lo que es "familia": una institución fundada sobre la misma naturaleza de la persona humana, que por serlo, tiene una dignidad incondicional e inalienable.

2. El matrimonio es la roca donde se asienta la familia: afirma a la persona y facilita el amor. Es el santuario natural de la vida, único lugar de encuentro de un solo hombre y una sola mujer para ejercer una sexualidad responsable.

3. La familia debe asumir su papel y no dejarse relegar por el Estado. Nada sustituye a la familia. Las leyes deben proteger a la familia y dignificar el matrimonio. El matrimonio y la familia son camino de perfección. Tam-

bién el Estado deberá velar por las familias irregulares, sin confundirlas con la familia matrimonial, para evitar abusos e injusticias.

4. Fe y ciencia no se oponen. Teólogos, filósofos y científicos deben trabajar unidos para enseñar "la verdad". Los padres han de tener valor para participar en la totalidad de los procesos educativos, sobre todo en la educación en la fe, y contribuir así, eficazmente, en el desarrollo de toda la sociedad.

5. Los padres han de dejar a sus hijos una sociedad mejor y brindar a la sociedad unos hijos mejores; deben enseñarles a querer, a sufrir y a alegrarse por amor a los demás; a comprender que la vida del hombre puede ser dramática, pero nunca trágica y deben, sobre todo, transmitirles que para entrar erguidos al próximo milenio, debemos cultivar la capacidad de compromiso, la capacidad de renuncia y la capacidad del don de sí.

6. Las actividades en familia hacen descubrir las cualidades de sus miembros: se requiere de tiempo libre que hay que aprovechar para educar, escuchar, comprender, descansar y divertirse.

7. La empresa, que tiene en principio los mismos valores que la familia, es decir, el desarrollo del hombre, debe apoyar y defender a la familia para no dejarla sola en su promoción del bien a la persona.

8. Para que la familia sea ella misma debe mantener los principios siguientes: a) dar relevancia a los valores espirituales y culturales; b) realzar el valor social de la ética, que tiene su fuente en la familia; c) estimular la solidaridad que tiene en la familia su lugar propio.

9. La pobreza en la familia y en la sociedad no se debe al número de miembros, sino a problemas complejos que pueden solucionarse con un sano mercado, educación básica y políticas de exportación. La primera escuela de trabajo

es la familia. Y de los hijos surge la fuerza creadora que ayuda a resolver los problemas de la humanidad. El ingenio humano, más que dirigido a defender y fomentar la posibilidad de la vida, parece orientarse a limitar, suprimir o destruir las fuentes de la vida, incluyendo incluso el recurso abominable al aborto.

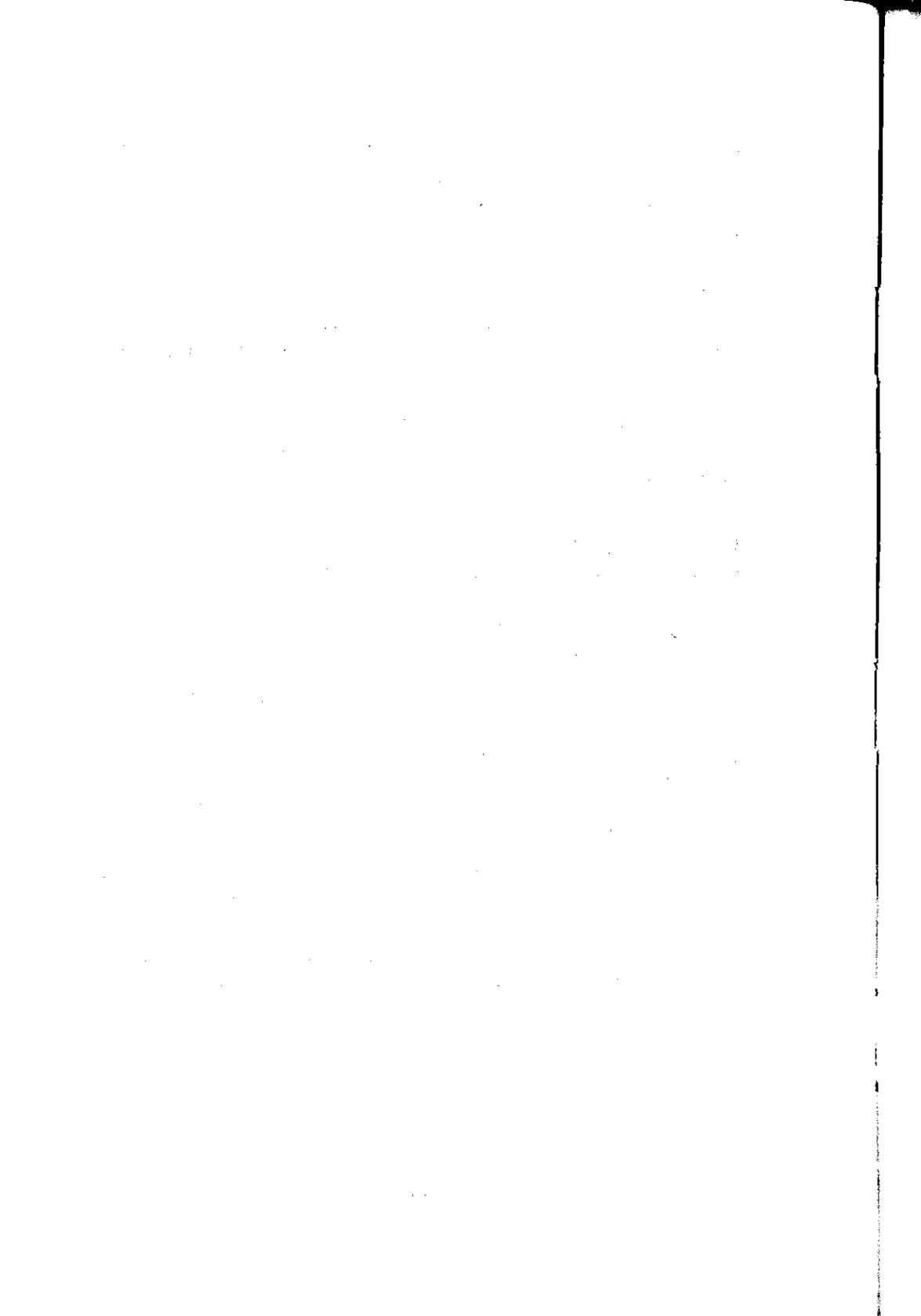
10. El Estado debe ayudar a la familia, nunca suplantarla: tendría un coste social altísimo, de incalculables consecuencias.

11. Los padres son titulares de la educación de sus hijos. Deben tener valor para cumplir sus deberes y derechos en este aspecto tan trascendental.

12. Al ser la familia fundamento de la sociedad, sujeto social, y patrimonio de las naciones, deben tener representatividad social y política en los organismos intermedios y en los Estados mediante un "ministerio" o "secretaría" de asuntos familiares, de modo que pueda incidir en el ámbito público con sus propios valores.

13. Buena parte del desorden social vigente se debe al descentramiento de la familia de los fines que le son propios: procrear, educar y ayuda mutua. Por tanto, urge la creación de centros de educación familiar y de asociaciones familiares a nivel local, nacional y mundial, que enseñen y apoyen a vivir estos fines.

14. Que América está decididamente en favor de la vida desde el primer momento de la concepción; y repudia, en su actual redacción, el borrador de la Conferencia de El Cairo, suscripto por la ONU, que carente de toda ética, suscribe el aborto como derecho de la persona, y la libertad sexual indiscriminada.



RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON RESPECTO A LA FAMILIA

Por el académico Dr. Guillermo A. Borda

Uno de los fenómenos más preocupantes de la sociedad moderna es, sin duda, la crisis de la familia. Muchas son las causas que han concurrido a desencadenarla. Ante todo, causas económicas. Hasta hace no muchos años, la economía familiar se fundaba en los ingresos aportados por el padre, mientras la mujer quedaba al cuidado del hogar; hoy, en cambio, se apoya, salvo en las clases acomodadas, no sólo en el sueldo del padre sino también en las entradas de la mujer y aun de los hijos menores. La vida en común tiende a desaparecer. El padre, la madre y los hijos se reúnen quizás a la hora de comer y luego retornan a sus ocupaciones o diversiones fuera de la casa. Contribuye a ese estado de cosas el agudo problema de la vivienda; la estrechez de los departamentos o habitaciones en que conviven promiscuamente numerosas personas, crea una sensación de disgusto por el ambiente familiar, que impulsa a vivir fuera de él. El problema de la concentración urbana obliga a vastos sectores a vivir en barrios de emergencia, con todos los gravísimos problemas que ello implica para la familia.

No menos importantes son los factores espirituales y políticos. Han declinado los principios éticos y religiosos.

Las nuevas generaciones se desentienden de sus deberes; no existe ya la tolerancia que hacía fácil y alegre la convivencia. Aumenta la violencia social, repercutiendo en la familia. La elevación de la mujer en el plano cultural, económico y político, le hace desdeñar las tareas domésticas. Limpiar y fregar, coser o remendar, cocinar e inclusive cuidar de sus hijos, le parecen tareas opacas, cuando no sórdidas, frente a la posibilidad de oír y dar conferencias o conciertos, a la atrayente actividad de los negocios, la dirección de una industria o de un organismo de gobierno, la actuación parlamentaria. Todo esto está hoy a su alcance. Pero este fenómeno cultural, que debe ser saludado como una de las grandes conquistas de nuestro tiempo, no está exento de aspectos negativos. La mujer ha perdido el sentido de sus responsabilidades hogareñas y su tolerancia para aceptar los problemas, a veces graves, de la convivencia. Culpa de hombres y mujeres, la disciplina familiar ha sufrido un rudo quebranto: los divorcios proliferan; en todo el mundo se observa una preocupante disminución de los matrimonios. Son muchos los que hoy prefieren convivir sin ataduras y sin asumir obligaciones permanentes.

Gravita también la acelerada transformación de la sociedad moderna como consecuencia de la explosión tecnológica. No hay tiempo para esperas, se quiere todo y ya, porque no se sabe qué ocurrirá mañana; no hay cabida para esfuerzos prolongados.

Todo ello ha provocado una honda preocupación en políticos, sociólogos y juristas. Hoy existe consenso respecto a que el Estado no puede permanecer ajeno a este grave problema y que es responsabilidad suya adoptar las medidas necesarias para solucionar o, por lo menos atenuar, algunas de las más graves de sus consecuencias.

La responsabilidad del Estado es, ante todo, la correcta regulación de las relaciones familiares; debe intervenir para garantizar la seguridad de esas relaciones, para mejorar en lo posible el organismo familiar y dirigirlo rectamente para la consecución de sus finalidades.

El problema habitacional debe ser una de las prioridades. Así es como nuestra ley protege el bien de familia, concede al cónyuge supérstite el derecho a continuar habitando el hogar conyugal no obstante la existencia de otros herederos y pone restricciones, en caso de divorcio o separación, a la posibilidad de partir el inmueble que fue asiento del hogar conyugal.

Pero el Estado no debe limitarse a estas medidas legislativas, sino que debe ir más allá. Debe contribuir con su aporte económico a facilitar la solución del problema habitacional, para lo cual es necesario construir barrios económicos, conceder préstamos de fomento para viviendas modestas, contribuir con desgravaciones fiscales, etc.

Otra responsabilidad muy importante del Estado es la protección de la maternidad, otorgando períodos de descanso, subsidiando a las familias numerosas y asegurando un buen servicio hospitalario a las madres carentes de recursos. Los problemas de carencia de recursos de muy numerosas madres casadas o solteras suelen ser dramáticos y es función del Estado contribuir a su solución.

La acción subsidiaria del Estado en materia de educación es fundamental. Digo subsidiaria, porque la función educativa es responsabilidad primaria y esencial de los padres, pero el Estado debe asegurar que nadie quede sin escuela primaria o secundaria por falta de medios de los padres para pagar los colegios. Pero además, el Estado debe tener una función de contralor. Sabido es que la educación de los hijos se ve hoy perturbada gravemente por los medios de comunicación de masas, principalmente la televisión. Esta pantalla, incrustada en el hogar, transmite a los niños y jóvenes una visión deformada de la vida, exalta valores falsos, los incita a la frivolidad y al consumismo, a lo que todavía se agrega una pornografía igualmente malsana. El Estado tiene la grave obligación de impedirlo. Claro está que hacerlo significa enfrentarse con el problema de la censura, que algunos agitan de buena fe, pero los más lo hacen para defender su fructífero negocio. Lo que significa que

el Estado debe obrar en este caso con suma prudencia. No adoptar medidas exageradas ni demasiado severas, pero tampoco permitir que los medios masivos de comunicación, y muy en especial la televisión, se conviertan en un elemento de corrupción social. Considero tan serio este peligro que no dudo de que a corto plazo empezarán a tomarse medidas en todo el mundo para conjurarlo.

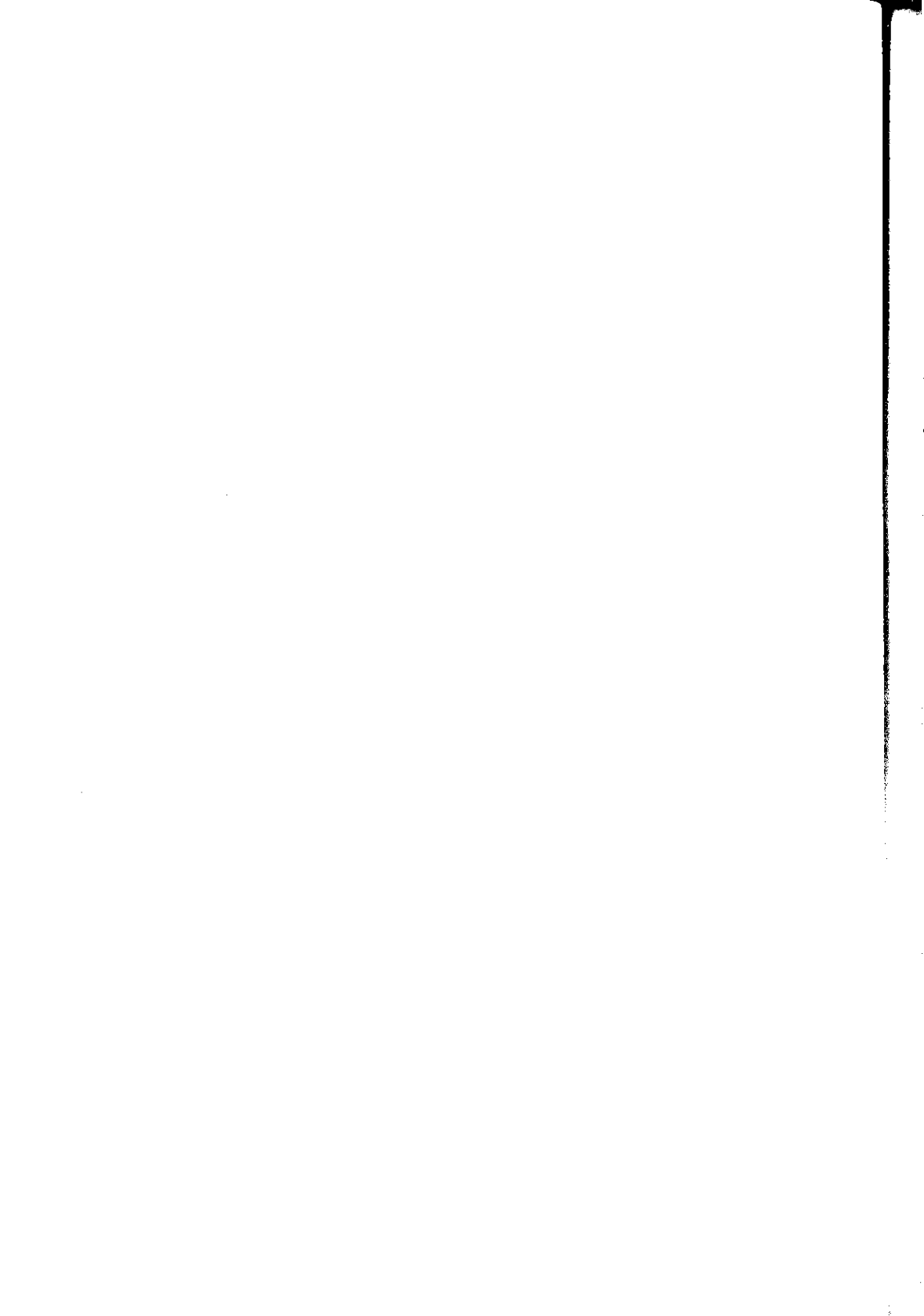
Un papel fundamental en materia de familia le toca al Estado a través de los jueces. Es su misión impedir los abusos, la violencia familiar, sancionándola penalmente; también debe ocuparse del abandono de los derechos de familia, ya sea privando de la patria potestad a los culpables y aun haciéndolos pasibles del delito de incumplimiento de los deberes de familia. También tiene la mayor importancia su intervención en los juicios de separación personal o divorcio. Llegado ese momento, el espíritu de los cónyuges, influido por agravios o desinteligencias recíprocas, está en posición combativa y poco dispuesto a conceder nada en torno a los graves problemas que la separación significa: tenencia y educación de los hijos, alimentos, régimen de visitas, división de los bienes de la sociedad conyugal. Mi larga actuación como Juez me ha permitido palpar la importancia de la actuación del magistrado para apaciguar los ánimos y para ponerles de manifiesto las ventajas que para ellos y sus hijos significa llegar a soluciones de común acuerdo. Ello exige muchas veces una tarea ardua, tenaz, la necesidad de compenetrarse de los problemas de la familia y lograr que la paz vuelva a reinar en ella.

Claro está que la intervención del Juez en los problemas familiares debe ser prudente. Un excesivo intervencionismo es a todas luces negativo. La Sala D de la Cámara Civil de la Capital ha sentado un importante precedente. En un caso de divorcio por presentación conjunta, los cónyuges habían llegado a un pleno acuerdo respecto de la tenencia de los hijos, el régimen de visitas y los alimentos; no obstante lo cual el Juez de Primera Instancia designó una visitadora social que debía, sin límite de tiempo, con-

trolar la forma en que se desenvolvían las relaciones familiares. La Cámara dejó sin efecto esa designación fundándose en que la ausencia de una conflictiva concreta en derredor de estos puntos, determina que toda cuestión vinculada con los menores queda cubierta con la autoridad de los padres; y agregó que una demasía de los poderes del Estado en dicho sentido configuraría un dirigismo familiar vulneratorio de garantías amparadas por la Constitución Nacional, tales como la libertad y la privacidad.

Es, creo, la buena doctrina. Y cabe recordar aquí las palabras de un ilustre jurista alemán, Lehmann, que vivió la penetración del Estado nacional socialista en la familia: "Del individuo y de su fuerza moral cabe esperar lo mejor para la feliz estructuración de la vida familiar. Y ello aún más si se tiene en cuenta que las obligaciones para la sociedad familiar no se agotan en una prestación única, sino que exigen entrega continuada y viva de sus miembros. Corresponde pues al legislador adoptar cierto ponderado retraimiento al reglamentar el Derecho de familia. No puede garantizar a través de preceptos el cumplimiento de los fines de la sociedad familiar; ha de conformarse por estimular dichos fines y mantener alejado lo que a ellos se oponga".

Finalmente hay que tener presente que la familia es una comunidad de orden natural y, como tal, preexiste al Estado. De donde se desprende que éste debe respetar sus derechos, no invadir indebidamente su privacidad y adoptar medidas de apoyo que la fortifiquen. Pues no hay que olvidar que en su seno, el hombre nace, vive, ama y muere. En ella se confunden lo individual y lo social. Es el centro, el cálido centro de la vida humana.



III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA
EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL

RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA

*Por el Dr. Jorge Peirano Facio**

I. Introducción

Antes de comenzar a exponer el tema que se me ha fijado deseo hacer dos comentarios: el primero se refiere a la alta distinción que constituye para mí el haber sido invitado por la Academia Nacional de Derecho para desarrollar en ella esta disertación. Este ambiente cargado de tradición y de solemnidad me trae el recuerdo de la conferencia que tuve el gusto de pronunciar en 1949 en el gabinete privado del Decano Juliot de la Morandière que en aquel momento regía la Facultad de Derecho de París.

El segundo comentario que haré en el deseo de no defraudar a mis oyentes refiere al tema que debo tratar en la tarde de hoy: responsabilidad y garantía. No se trata de un gran tema ni de un asunto trascendente que nos introduzca en el estudio de profundas cuestiones de filosofía, de moral, o aun de conceptos vinculados a la organización de la sociedad, tal como fueron los temas que se analizaron en la sesión de ayer. Por el contrario, hoy veremos un pequeño asunto que en sí mismo no tiene gran importancia

* Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Católica "Dámaso Antonio Larrañaga", de Montevideo. Dicta los cursos correspondientes al Derecho de las Obligaciones y de los Contratos.

pero como todos los temas jurídicos ayuda al progreso de nuestra disciplina. Se trata del tema de la garantía como concepto afín, pero no idéntico, al concepto de responsabilidad.

Muchas veces ocurre con el derecho lo que sucede con las ciencias biológicas; aunque el hombre parece un ser sencillo y limitado, el estudio de su fisiología y su morfología resulta prácticamente inagotable, y el análisis de cada uno de sus aspectos, aun el de las células más pequeñas del organismo humano, permite echar luces sobre el funcionamiento y la estructura general del mismo. Así también este tema que vamos a encarar en la tarde de hoy no supone descubrir o inventar cosas nuevas; simplemente vamos a ocuparnos de aspectos conocidos de cosas también sabidas pero que, a veces, no han sido debidamente valoradas.

En el lenguaje común es frecuente confundir las nociones de responsabilidad y de garantía; garante es el responsable; el responsable garantiza algo. Pero este concepto vulgar de garantía no es el concepto técnico que analizaremos en la exposición de hoy.

Cuando reflexionamos acerca de la garantía observamos que aunque ésta es una noción afín a la noción de responsabilidad, no se identifica totalmente con la misma; y observamos también que muchos casos que históricamente han sido considerados como hipótesis de "responsabilidad" no son casos de tal responsabilidad, sino casos de garantía, que es algo diferente a la idea tradicional de responsabilidad, y que se asimila, por así decir, a la responsabilidad objetiva. Pasa aquí algo similar a lo que ocurre con la legitimación y la capacidad, la inoponibilidad y la nulidad, etc. El progreso de la ciencia jurídica ha marchado por el camino de distinguir y subdistinguir. Y así en el ámbito de la capacidad la legitimación apareció como una distinción tardía que separó algunos casos específicos que hasta ese momento se englobaban en el antiguo concepto de capacidad. Ocurrió lo mismo con la inoponibilidad y la nulidad: algunos casos de inoponibilidad que antiguamente se consideraban comprendidos en la noción de nulidad, gracias a estudios

más afinados se fueron diferenciando de ella, y permitieron distinguir entre ambos conceptos; de este modo de desgajó de la vieja noción de nulidad el concepto de inoponibilidad, así como el concepto de legitimación se desgajó del concepto de capacidad. Algo parecido ha ocurrido en el caso de la responsabilidad: la idea de garantía se ha desgajado del concepto primitivo de responsabilidad y hoy tiene perfiles propios que podemos deducir de una lectura atenta del Código Civil.

Habitualmente la palabra garantía se suele usar en sentidos diversos, que conviene revisar para lograr así una primera aproximación a nuestro tema. Sustancialmente estos sentidos son tres:

En un primer sentido la expresión garantía alude a tutela, amparo o protección que derivan para el individuo de la circunstancia de vivir sometido a un régimen de derecho. En este sentido, por ejemplo, la Constitución uruguaya posee un capítulo denominado "Derechos, deberes y garantías", en el cual se analizan las diversas protecciones que el individuo recibe del régimen jurídico. Este latísimo concepto de garantía, por supuesto, cae fuera del objeto de nuestro análisis en el día de hoy, y no nos interesa considerarlo.

En un sentido más restringido, y limitándonos ya al Derecho Civil, encontramos la noción de garantía como algo vinculado al deber jurídico y, más propiamente, al concepto de obligación. En este sentido garantía equivale como hace ya mucho tiempo señaló el profesor Mario Rotondi, a cualquier medio que el derecho emplea para asegurar el cumplimiento de una obligación o el goce de un derecho. Ninguna obligación, ni aun las obligaciones naturales, están desprovistas de garantías (conviene recordar aquí la acción subrogatoria, la acción pauliana, la prenda, las astreintes, la cláusula penal y otros muchos institutos que son mecanismos o medios que el derecho brinda a los acreedores para lograr el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor).

Finalmente, en un tercer sentido, hablamos de garantías para aludir a relaciones accesorias que suponen la existencia de una obligación principal, cuyo cumplimiento tienden a asegurar.

Ninguno de estos conceptos se identifica totalmente con el sentido que aquí queremos atribuir a la palabra garantía. Ello nos lleva de la mano a la necesidad de investigar cuál es el sentido de la palabra garantía desde el punto de vista en que la consideramos en la tarde de hoy. El camino que parece más adecuado para llegar a este resultado consiste en partir de la idea de responsabilidad que, como dijimos anteriormente, aunque no se identifica con la garantía, constituye algo bastante parecido a lo que la garantía es en sí misma. Esto nos conduce a entrar a otro capítulo que se integra con un breve análisis del concepto de responsabilidad.

II. *La responsabilidad*

En este ámbito me referiré a tres puntos fundamentales, en forma muy sintética, porque ésta es una materia en la cual es muy difícil decir cosas nuevas diferentes a las que todo el mundo conoce.

El primer punto es el relativo al concepto de responsabilidad. Sobre esto conviene recordar que el término de responsabilidad es bastante nuevo en la historia del derecho. Pocas veces se menciona en el Código de Napoleón, sólo por excepción aparece en la obra de Pothier, y nunca es usado por Domat que tanta influencia tuvo en la elaboración de la noción de responsabilidad y que tan acabado sistema había llegado a concebir a este respecto. La palabra responsabilidad recién empieza a usarse en Francia en el siglo XVIII por los filósofos y escritores de la Enciclopedia; ellos la tomaron del derecho inglés en el cual aparece ya en 1789, en el diccionario crítico de Necker y Féraud.

Etimológicamente la responsabilidad, del latín "responsus", da idea de obligación asumida frente a otra persona. Se trata de un concepto derivado: no se es responsable por

sí y ante sí, sino frente a otro, que no somos nosotros. Por eso la responsabilidad implica siempre un cierto linaje de dependencia.

Según esta idea la responsabilidad puede definirse por sus efectos, tal como lo hace Ferrara en sus *Scritti Giuridici*, diciendo que ella existe "cuando hay obligación de soportar las consecuencias dañosas que derivan de un hecho ilícito".

El segundo punto a que debe aludirse para precisar los perfiles de la noción de responsabilidad es el fundamento de la misma. La noción de responsabilidad no puede ser definitivamente fijada si no se piensa en el "fundamento" que el derecho atribuye a dicha obligación. Sobre este tema se han formulado múltiples teorías que se trabaron en un debate tan farragoso como inútil, porque en definitiva la responsabilidad no es un concepto dogmático sino un concepto histórico; y por esto mismo el fundamento de la responsabilidad varía a medida que varía la configuración del instituto a lo largo del tiempo. Reflejando esta evolución se han elaborado varias teorías, fundamentalmente las tres que analizaré brevemente, sin perjuicio de señalar luego que el fundamento de la responsabilidad, al menos en el plano del derecho positivo, es de carácter estrictamente técnico.

La primera teoría está recogida en casi todos los códigos civiles contemporáneos: es la tesis de la culpa. No basta la materialidad del hecho humano para que haya lugar a responsabilidad: sin dolo o culpa no hay propiamente tal hecho humano. La responsabilidad sólo se configura, como dice Josserand con su lenguaje siempre pintoresco, cuando se perfila un verdadero "pecado jurídico". Demogue encuentra en esta tesis, que tuvo su mayor aceptación con la sanción del Código de Napoleón, un cierto paralelismo con la teoría de la autonomía de la voluntad en materia contractual: tanto una como otra destacan y realzan, casi hasta el exceso, la trascendencia del papel de la voluntad en la materia jurídica. Esta tesis que comenzó a ser criticada hacia fines del siglo XIX y a lo largo del siglo XX se defendió sin embargo de estos embates con un conjunto de refina-

mientos técnicos entre los cuales se encuentran las presunciones de culpa, la extensión de los principios de la responsabilidad contractual al campo de la responsabilidad extracontractual y una mayor sutileza en el perfilarse de la noción de culpa que, finalmente, vino a ser apreciada en abstracto, con lo cual propiamente se destruía la base del fundamento psicológico y moral de la idea de la responsabilidad fundada en la culpa.

En el extremo opuesto al de la teoría de la culpa aparece otro grupo de tesis que pretenden prescindir del factor culpa y fundar la responsabilidad en circunstancias dependientes del ánimo del agente. A estas teorías que prescinden de lo subjetivo se las llama, en general, teorías de la "responsabilidad objetiva". Pero esta denominación es criticable por ser demasiado amplia: la sola causalidad material no basta para fundar un concepto auténtico de responsabilidad. Así, para perfeccionar este concepto, sale a la palestra a fines del siglo pasado y principios de éste, la teoría del riesgo con sus diversas modalidades: teoría del riesgo creado, del riesgo provecho, del riesgo profesional, etc.

Finalmente, en tercer lugar encontramos algunas teorías eclécticas, de carácter intermedio, que habían sido defendidas, ya de antiguo, por autores como Bettremieux, Josserand, Demogue, Savatier, etc. Estas teorías, en definitiva poco científicas porque se basan en una componenda, han resultado muchas veces de gran utilidad para atender problemas que la realidad de la vida contemporánea plantea ante los tribunales judiciales. La última de estas teorías, al menos la que ha tenido más resonancia en tiempos recientes, es la teoría formulada por Starck, llamada teoría de la garantía. Starck emplea la palabra garantía en otro sentido que aquel que aquí procuramos atribuirle. De acuerdo con Starck las dos concepciones mencionadas anteriormente, la de la culpa y la objetiva, tienen un vicio y una limitación: son subjetivas, y no miran a la víctima; se ubican sólo en la posición del agente que comete el daño, lo que, a juicio de Starck, constituye un grave error. Starck entiende que

en algunas oportunidades los daños que se infieren, el caso de los daños causados a la integridad corporal de una persona o a la integridad material de los bienes que le pertenecen, son de tal gravedad que deben ser reparados sin que medie la culpa, teniendo sólo en consideración los perjuicios que la víctima ha sufrido sin mirar si el ofensor es o no responsable o aun causante material de estos daños. Por el contrario en otros casos, casos de daños morales o puramente económicos que, a juicio de Starck, son de menor gravedad que los anteriores, sólo se respondería cuando se ha actuado con culpa. En ese sentido la teoría de la garantía es una teoría en cierto modo ecléctica, porque combina la idea de culpa con la idea de la responsabilidad automática.

Estas teorías, en definitiva, no satisfacen plenamente a los intérpretes. Como ya dijimos, tanto unas como otras están en función del estadio histórico en el cual se aprecia el problema de la responsabilidad. Lo que sí debe aceptarse desde un punto de vista técnico, es que la responsabilidad tiene su fundamento en el actuar antijurídico: si el derecho aceptara, como cosa definitiva y no reparable, las consecuencias de un actuar antijurídico, el derecho estaría destruyéndose a sí mismo porque estaría consagrando como legítimas situaciones que atentan contra el propio derecho. En definitiva el fundamento técnico de la idea de responsabilidad no radica en otra base que en la necesidad de mantener la integridad de un ordenamiento jurídico dado.

El tercer punto a que aludimos al comenzar este numeral se refiere a qué consecuencias podemos extraer acerca de la noción básica de responsabilidad que se desprende de lo dicho. Acá debemos volver a la definición de Ferrara que habíamos recordado al comienzo de esta exposición: la responsabilidad, en tanto que obligación de reparar, es la obligación de compensar las consecuencias dañosas que derivan de la comisión de hechos ilícitos. De esta definición se deduce que la responsabilidad se configura con tres elementos básicos: ilicitud, daño y nexo causal; a los que, según la teoría clásica a que hemos aludido, debe agregarse un

cuarto elemento constituido por la culpa que es el elemento propiamente subjetivo.

III. *La garantía y la culpa*

Perfilado en los desarrollos que anteceden el aspecto sustancial de la noción de responsabilidad, debemos ahora profundizar el concepto de garantía, procurando distinguir aquello que —en último análisis— separa esta noción de la idea de responsabilidad que acabamos de considerar.

Con referencia al derecho contractual Reynault, en una tesis publicada en París en 1902, estima que “garantía” equivale a la obligación que asume todo el que trasmite un derecho en el sentido de asegurar al adquirente la posesión efectiva del mismo y, eventualmente, incluso la realización de las ventajas que él significa. Este concepto aparece claramente dibujado en el contrato de compra-venta en el cual el vendedor queda sujeto al saneamiento de la cosa vendida, lo que significa asegurar al comprador contra toda eventualidad que se oponga a la posesión pacífica o que derive de vicios o defectos inherentes al objeto vendido.

Enfrentados a esta noción de garantía recogida por el Código Civil debemos preguntarnos, para fundar su autonomía, o por lo menos su diferenciación frente al concepto de responsabilidad, cuál es el factor que puede determinar esa autonomía o, si se quiere, esa diferenciación respecto del concepto de responsabilidad civil. Algunos autores se inclinan por la solución más sencilla: según ellos la nota que distingue la garantía de la responsabilidad civil radica en que en aquélla no es necesario que concurra el elemento culpa. Así, cuando la ley civil, hablando del acreedor prendario, dispone que éste responde por los deterioros que la cosa prendada haya sufrido por su hecho o culpa (Código Civil oriental, art. 2304) lo que nos está diciendo, como ha argumentado muy claramente Ferrara, es que la responsabilidad del acreedor puede ser no culposa.

Según esta tendencia se podría admitir que aquello que perfila la diferencia entre el concepto de garantía y el concepto de responsabilidad consiste en que respecto de la garantía, no es necesaria la existencia de culpa para que se actualice la obligación del deudor.

Este punto de vista, sin embargo, no puede ser aceptado, y ello por dos razones: la primera de carácter teórico, porque la tesis de que la culpa es esencial a la responsabilidad civil sólo es sustentada por una de las teorías de la responsabilidad, que no es la única; en consecuencia la mera "ausencia de culpa" no bastaría para sustraer a la garantía del campo de la responsabilidad civil. La segunda razón radica en que el Código Civil al analizar el concepto de responsabilidad en la zona de la responsabilidad extracontractual claramente da a entender que emplea la expresión "responsabilidad" con referencia a situaciones en las cuales existen conductas no culposas. Así ocurre, por ejemplo, con los artículos 1326 y 1327 del Código Civil uruguayo, que configuran verdaderos casos de responsabilidad objetiva; lo que nos está diciendo que el concepto legal de responsabilidad también puede configurarse sin que exista culpa.

Esto que acabamos de expresar lleva a una indiscutible conclusión: no puede fundarse la autonomía del concepto de garantía respecto de la responsabilidad en la ausencia del elemento culpa.

IV. *Garantía y nexó causal*

Descartando el elemento culpa como factor determinante de la noción de garantía, debemos preguntarnos ahora si existe otro criterio que permita separar la garantía de la responsabilidad. La respuesta es afirmativa, y el criterio radica en el elemento relación de causalidad material. La causalidad material es esencial a la materia de la responsabilidad que, por definición, tiende a reparar el daño injustamente causado. En la antigua Roma incluso el daño

tenía que ser *corpore corpori*, es decir de un cuerpo sobre otro cuerpo. El derecho moderno dulcificó esta exigencia pero permanentemente reclama que el daño responda a la conducta del agente. Aun las teorías objetivas no desconocen que el nexo causal es un elemento esencial para el surgimiento de la responsabilidad. Este principio está recogido por el Código Civil uruguayo en el artículo 1323 que ha sido tomado del Código Civil argentino (arts. 1068 y 1069) y no tiene parangón en la mayoría de los códigos contemporáneos, aunque todos aceptan la idea básica que lo inspira.

De donde se deduce una conclusión sumamente interesante a los efectos de la tesis que estamos desarrollando: a veces en el Código Civil se obliga a reparar daños que no se han causado; o mejor dicho, daños cuya causación no resulta acreditada. Esto ocurre por ejemplo con el artículo 1329 del Código Civil uruguayo (Código Civil argentino, art. 1129) que habla de la responsabilidad que incumbe a aquel que posee un animal feroz, que siempre es responsable de los daños que el animal cometa aunque haya existido caso fortuito o fuerza mayor, es decir aunque obviamente se haya interrumpido la cadena de la responsabilidad. En estos casos se debe reparar aun cuando no se causara el daño. Igualmente en materia contractual el artículo 1822 del Código Civil uruguayo relativo a la responsabilidad del arrendatario, establece que él debe responder por todas las personas, ya sean huéspedes, subarrendatarios, etc., aun cuando el daño no haya sido causado por él sino por personas ajenas. Lo mismo ocurre, según ya vimos, con el Código Civil oriental en materia de responsabilidad respecto del artículo 1330 (Código Civil argentino, art. 1119, "in fine") que establece una responsabilidad sin nexo causal a cargo de todas las personas que habitan la misma parte de un edificio. salvo que se determine quién es el causante del daño.

Es obvio que en todos estos casos no puede hablarse ya de responsabilidad, sino que hay que hablar de un instituto jurídico distinto de la responsabilidad, al cual deberíamos denominar "garantía". Estas son hipótesis en las que, por

definición, no existe el nexo causal; en ellas no puede, por tanto, haber responsabilidad, pero igualmente alguien está obligado a reparar los daños que se han provocado a otra persona. Esta es, a nuestro modo de ver, la esencia de la noción de garantía. Ella aparece así desgajada de la noción de responsabilidad, tal como la idea de legitimación aparece desgajada de la noción de capacidad, y el concepto de inoponibilidad se ha separado de la noción de nulidad.

Resumiendo lo dicho podemos afirmar que existe garantía en el sentido que aquí atribuimos a esta palabra cuando, aun con prescindencia de la idea de que el obligado haya causado el evento dañoso que se debe reparar, dicha persona está constreñida a la tal reparación.

Este concepto de garantía tiene vigencia tanto en materia contractual cuanto en materia extracontractual. En materia contractual es relativamente frecuente, tal como ocurre en la compraventa con la obligación de sanear que es independiente de la existencia de una relación de causa a efecto entre la conducta del vendedor y la producción de los hechos que dan origen a la evicción; o con el depósito hotelero que en el artículo 2278 del Código Civil oriental (art. 2230 del Código Civil argentino aunque menos claro que el nuestro) en el cual también se deben reparar daños a los cuales no se ha dado causa.

Y en el campo extracontractual un caso típico se encuentra en el artículo 1330 del Código Civil uruguayo que refiere a cosas que caen o se arrojan de la parte superior de un edificio: de acuerdo con él, si no puede averiguarse quién fue el causante del daño todos deben repararlo, aunque, obviamente, no todos lo hayan cometido. En estos casos no sólo se prescinde de la idea de culpa; se prescinde también, tal como lo habíamos dicho, de la noción de nexo causal como elemento de la responsabilidad.

V. *Garantía e ilicitud*

Profundizando un poco más en el tema de la garantía conviene que analicemos si aparte de la ausencia del nexo causal la caracteriza algún otro elemento. La respuesta es afirmativa. En estas hipótesis falta también el elemento ilicitud, que es propio de la idea de responsabilidad tal como la hemos definido con anterioridad.

En el derecho contemporáneo existen varios conceptos de ilicitud: algunos entienden que la ilicitud consiste en infringir un deber que de antemano impone la ley (Código Civil argentino, art. 1066) o la moral (Código Civil uruguayo, art. 1288). Otros afirman que la ilicitud radica en el actuar culpable, tal como lo ha sostenido la doctrina francesa especialmente por boca de Rabut, Mazeaud y otros autores según los cuales la ilicitud se configura como un actuar que constituye un error de conducta. Y, finalmente, existe la corriente que entiende que la ilicitud se identifica con la comisión del daño. Esta es la tesis del procurador general Leclerq que sostuvo en Bélgica que el daño se asimilaba a la ilicitud (“injuria”). Esta última teoría también aparece en forma más o menos subrepticia en la moderna tesis de la garantía de Starck.

Pero ninguna de estas nociones de ilicitud tiene vigencia en el ámbito de la garantía. La primera porque en ella el daño no responde a la conducta del agente; sería por otra parte absurdo crear una presunción de ilegalidad que no está en la ley y que nada justifica; si el daño no responde a la conducta del agente, es decir, si no hay conducta humana atrás del daño, mal puede haber ilicitud en la comisión del mismo.

Tampoco es aceptable la segunda tesis pues si la admitiéramos estaríamos violando el principio general del derecho que afirma que las acciones humanas, en principio, se presumen lícitas. El concepto del error en la conducta, propiciado por Mazeaud, no sería suficiente para fundar la responsabilidad puesto que en el caso de la garantía, no existe

conducta humana. Tampoco sería aceptable una posición del tipo de la sustentada por el Procurador Leclercq por cuanto el daño siempre tiene que derivar de una acción humana para que haya ilicitud y en este caso, por definición, al desaparecer el nexo causal entre el mismo y la conducta del agente, el daño no deriva de acción humana alguna.

De donde se deduce que en los casos de garantía no existe, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad, ni culpa, ni nexo causal, ni ilicitud.

En consecuencia, estos casos de garantía no pueden ser considerados como hipótesis de responsabilidad. El análisis jurídico lleva a desglosarlos de la noción de responsabilidad, tal como hemos expresado anteriormente.

VI. *Explicación histórica*

Frente a un recién llegado, sobre todo en materia científica, cabe preguntarse: ¿de dónde salió?, ¿qué razones justifican, o al menos explican, esta figura de la garantía?

Si analizamos la trayectoria del instituto observamos que dichas razones son de índole fundamentalmente histórica, cosa que a nadie debe asombrar porque el derecho, tal como dijimos antes, no es sólo una categoría dogmática sino también, y en muchos casos, por sobre todo, una categoría histórica.

En el primitivo derecho romano, en el derecho romano clásico, en la edad media, e incluso hasta el surgimiento de los autores jus naturalistas, no se conoció ningún principio general que consagrara la responsabilidad. Hay que llegar a Puffendorf, Grocio, Heinecio o Domat para ver surgir un principio general de responsabilidad en razón de los daños causados por nuestra conducta.

Hasta ese momento sólo se reparaban los daños que emergían de situaciones específicamente previstas por un texto legal. Y es bastante lógico que así haya ocurrido porque en ese estadio primitivo del derecho las normas no

procuraban elaborar categorías racionales sino que, simplemente, tendían a solucionar casos concretos, en razón de motivos de justicia o de equidad que justificaban la reparación, sin necesidad de controlar, como se hace ahora, si existen elementos que responden a un concepto general de la idea de responsabilidad, tales como el daño, el nexo causal, la culpa, o la ilicitud. Estos casos concretos que conoció la historia del derecho son los que luego pasaron al Código Civil a través de algunos artículos como los que determinan la responsabilidad por la acción de los animales, o la responsabilidad por las cosas que se arrojan o que caen de un edificio, o por los daños causados por la ruina del mismo.

Cuando se elaboró el principio general de responsabilidad, que nuestro Código Civil aceptó luego en su artículo 1319, y el Código Civil francés en el artículo 1382, los casos concretos que habían cabalgado en la historia del derecho desde los tiempos de Roma hasta nuestros días debieron haberse eliminado. Sin embargo esos casos concretos convivieron con el principio general. Es más: se les consideraba como aplicaciones de aquel principio general de la responsabilidad. Esto era un grave error: porque esos casos nada tenían que ver con aquel principio general; eran aplicaciones de un criterio de justicia, sin rigor técnico, que buscaba soluciones concretas para casos también concretos. Por eso en los códigos civiles modernos subsisten las normas que consagran ese coto especial del derecho de la responsabilidad al que hemos llamado "garantía".

Esta secuencia histórica explica el surgimiento de las hipótesis en las que queda eventualmente obligado a reparar quien no ha concurrido a la producción del daño, ni tampoco ha actuado en forma ilícita. Estos casos, por supuesto, siempre deben tener su fuente en un precepto legal. puesto que no existiendo un principio genérico en el cual puedan fundarse no es posible aceptar que ellos deriven de un principio general del cual podrían extraerse por analogía o por deducción.

VII. Conclusiones

De lo expresado se deducen, a mi juicio, las siguientes conclusiones:

a) existe una figura afín a la responsabilidad civil que sin embargo no se confunde con ella, y que obliga a reparar el daño. Esta figura es la que llamamos "garantía" y tiene respecto de la responsabilidad la misma relación que tiene la legitimación respecto de la idea de capacidad;

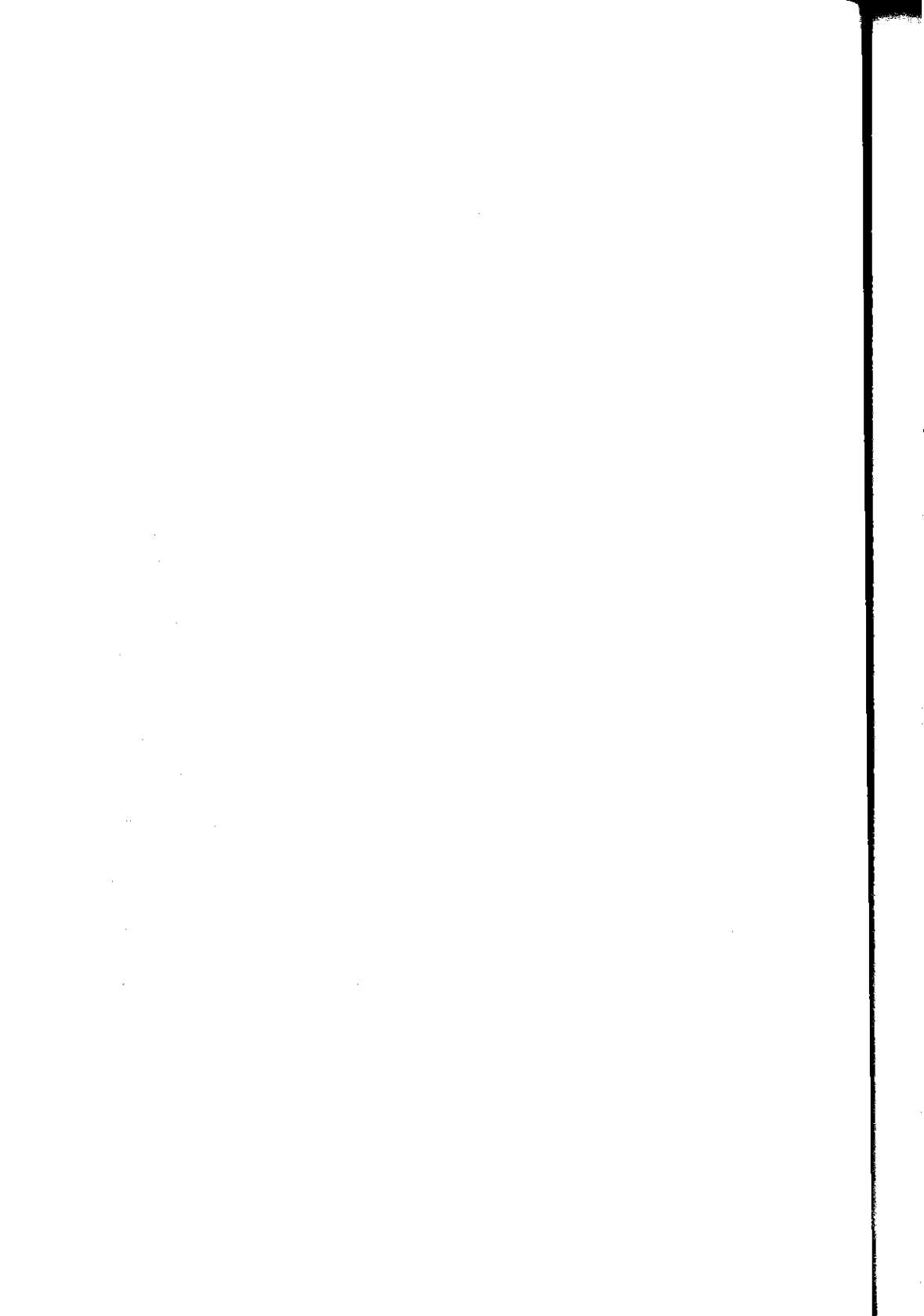
b) la garantía puede encontrarse tanto en el campo contractual como en el campo extracontractual;

c) se caracteriza por no requerir la concurrencia de ninguno de los elementos básicos de la responsabilidad civil, ni la culpa, ni la ilicitud, ni el nexo causal. Obviamente el daño sí debe existir, porque sin él no habría lugar a ninguna reparación;

d) esta figura de la garantía no resulta de un texto general de la ley, sino que surge de casos concretos que aparecen a lo largo de la historia por avatares de la evolución del derecho;

e) por esta misma razón, la garantía no admite aplicación extensiva sino que sólo debe limitarse a los casos especiales en que está prevista.

Tales son las principales ideas que quería exponer en la tarde de hoy respecto del tema de la garantía. Como dije al principio no se trata de nociones nuevas, ni de nociones trascendentales, sino simplemente de un ajuste de nociones ya conocidas, y de un repaso de algunos elementos que podemos rastrear en el código para adquirir un conocimiento cada vez más profundo de esta ley civil que siempre nos depara sorpresas y nuevas interpretaciones, por más que a veces nos pueda parecer que la hemos conocido y agotado totalmente.



PAUTAS Y CRITERIOS PARA LA AVALUACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA

*Por el Dr. Gustavo Ordoqui Castilla**

PARTE I

GENERALIDADES

1. *Problemática de la evaluación del daño a la persona*

El estudio de las pautas y criterios de evaluación judicial del daño a la persona, constituye sin lugar a dudas hoy por hoy, el tema más importante del denominado Derecho de Daños, y su razón de ser está, precisamente, en lograr a través de su aplicación una protección real y eficaz de la persona en su total naturalidad y dignidad.

En su origen, la evolución del estudio de este tema importa una verdadera revolución, pues supone partir de un enfoque, de una redimensionalización de lo que es en realidad la persona, que no es por cierto el que siguió originariamente nuestro codificador. Nuestro Código, así como las fuentes que lo inspiraron, centró su atención en el movimiento del patrimonio de las personas y no tanto en la protección de éstas como tales.

* Profesor de Derecho Civil de las Facultades de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica "Dámaso Antonio Larrañaga" (República Oriental del Uruguay).

Las personas originariamente valían por lo que tenían, por lo que producían, y a la hora de resarcir un daño, en atención a la riqueza que podían producir. Sólo se consideraba el daño emergente (pérdida de patrimonio) y el lucro cesante (pérdida de ciertas ganancias futuras). Pronto se advirtió que la persona debe protegerse, no sólo en relación con *lo que tiene* o produce sino *por lo que es en sí misma*, en su total integridad y dignidad. Comenzó a desarrollarse un nuevo enfoque de los denominados Derechos de la Personalidad, a través del cual comienza una verdadera época de revisión de lo que es en realidad una persona. Se destaca su derecho a la vida, derecho a la salud, a la privacidad, al honor, a la imagen, al nombre, a la identidad (Ordoqui Castilla, *Estatutos de los Derechos de la Personalidad*, Montevideo 1984, p. 11). Lo más importante es que, con el ánimo de desentrañar su verdadera esencia, cobra especial importancia su espiritualidad, sus aspectos psicológicos. La gran revolución se da cuando se advierte que el valor verdadero de la persona no está en las posibilidades que tenga de producir riquezas, —como dijéramos— sino que se relaciona con los valores inherentes a su ser y se desarrolla a través de sus funciones naturales, ordenadas en aspectos biológicos, sociales y culturales.

Giannini (*Il rizarcimento dell' danno alla persona*, Milán, 1991), en el prefacio de su obra, concreta esta idea sosteniendo que en el último decenio se ha registrado una profunda mutación, pasando de una concepción patrimonialista del daño a una concepción personalista, que pone en el centro del sistema no tanto el patrimonio, sino más bien a la persona, juntamente con su derecho a la integridad psicofísica, todo lo cual importa una verdadera conquista ética. Busnelli (*Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona*, p. 36), completando el enfoque antes señalado, advierte que en nuestro tema, se ha dado una doble revolución. En el interior del concepto de daño, dándose primacía al concepto de daño a la persona sobre el daño patrimonial, y dentro mismo del propio concepto de daño a

la persona, destacando sus proyecciones y los distintos matices a través de los cuales éste se presenta. La persona es considerada en su realidad, configurada en el conjunto de sus funciones naturales, biológicas, sociales, culturales, estéticas.

2. *Enfoque integral de la esencia de la persona*

Con la llegada de la Revolución Industrial, se incrementaron notoriamente las situaciones de daño a la persona, lo que desencadenó un progresivo avance en la necesidad de intensificar los medios para incrementar su protección efectiva. Este proceso pasó por replantearse cuál es la esencia de la persona, comenzándose a desentrañar sus diversas facetas, como ser libre, social, cultural, estético, etc. Se dimensiona su verdadera dignidad, con el respeto debido a ciertos valores que son inherentes a su ser, —como decíamos— su libertad de circulación, de expresión, su integridad psicofísica, su salud, su honra, su intimidad, su imagen, etc. Pronto se comenzó a evaluar a la persona, en su verdadera dimensión y dentro del género “daño a la persona” (al que refiriéramos por primera vez en el año 1974, en la obra titulada *Derecho Extracontractual*, p. 96) comienzan a pulirse como verdaderas caras de un diamante, las distintas formas que lo integran: primero se entendió que era conveniente diferenciar la figura del daño moral del daño personal. En efecto, en el caso del daño moral, se destaca la existencia de una lesión psíquica, una afección a los sentimientos, una sensación de dolor, de sufrimiento, que tiene fuerza, intensidad y duración, que dependerá de la persona. Lo que se afecta concretamente es un estado anímico. El daño moral se caracteriza por ser esencialmente transitorio, y tiende a desaparecer con el tiempo.

El daño personal es un concepto genérico dentro del cual el daño moral no es nada más que una especie, pues existen toda una serie de afectaciones a la persona, en las que no se afecta básicamente su sentimiento, no se causan

sensaciones de dolor, pero no obstante se afecta a la dignidad o a la integridad de la persona.

En un segundo momento, se advierten en la persona básicamente dos dimensiones: la primera, que refiere a la persona en sí misma a considerar; la segunda, que considera a la persona en su relación social, en su dependencia social. Legaz Lacambra (*El Derecho y el amor*, p. 7) destaca que la persona es en esencia un ser social. El hombre nació para vivir en sociedad. No hay más vida auténtica que la vida personal, es decir la vida de las personas y de la persona, y añade inmediatamente que la vida personal es constitutivamente vida social, si por vida social quiere decir nada más y nada menos que vida de relación con otro y con otros. Así la vida de relación social forma parte de la esencia misma de la persona. El hombre, que es persona, se constituye en y por la relación con los demás. La vida humana es, pues, esencialmente conviviente; la existencia del hombre es existencia compartida. Como señala muy bien Carlos Fernández Sessarego, en la obra *Daño y protección a la persona*, lo social no es primariamente algo exterior a la persona, no se puede ser persona sino en relación, en comunicación con los demás seres humanos, con los otros. Se es con ellos, por ellos y a pesar de ellos. El *yo* es indesligable de *los otros*.

El individualismo, por error, tiende a presentar los derechos de la persona aislados de su contexto como fuera de la natural intersubjetividad, que es propia de la experiencia jurídica. Para el individualismo los derechos subjetivos son absolutos. En realidad, se pierde la dimensión social, y es precisamente en esta dimensión social que aparecen nuevas formas de afectación a la persona, particularmente cuando nos referimos al denominado daño a la vida de relación, daño a la actividad, daño al determinar o al limitar la actividad que desarrolla el sujeto en sociedad. Toda persona tiene derecho a que se le respeten sus valores estéticos, sus relacionamientos amorosos, sexuales, sociales, deportivos, sus apreciaciones políticas.

En este proceso evolutivo se da un punto que marca

un claro avance en la eficiencia de la reparabilidad como instrumento resarcitorio. Ello ocurre cuando se tienen conceptos claros de que la vida y la integridad física funcional de la persona tienen un valor en sí mismos, con prescindencia absoluta de que se haya afectado la capacidad de producir bienes del sujeto.

Enfocando a la persona en su misma individualidad, se pasan a considerar otros aspectos básicos de su misma esencia y dignidad, como ser el daño biológico que refiere exclusivamente a la lesión en sí misma y por sí misma considerada en forma estática, que se separa del daño a la salud que refiere al aspecto orgánico, funcional de la afectación orgánica causada. Ambos son aspectos del mismo fenómeno pero su separación nos ayuda a ver la verdadera dimensión del perjuicio.

Se ha profundizado también en los aspectos psicológicos, destacándose que la persona tiene derecho a un bienestar integral, que abarca aspectos tales como daños por privación de placeres o privación de alegrías.

En definitiva, en todo lo que se traduce en un daño fisiológico.

Este proceso de revisión de la tutela de los diferentes daños que se le puedan llegar a causar a la persona no se detiene. En los últimos años ante el "ruido incesante" que causaban ciertas actividades industriales, se buscó proteger a la persona precisamente del daño por ruidos molestos. El punto llega a un grado tal que la propia Comunidad Europea establece pautas al respecto (Scalisi, *Inicioni di rumore e tutela de la salute*, en "Rivista di Diritto Civile", 1982, p. 127). Especial protección se busca con la preservación del medio ambiente y la custodia de los intereses difusos. La persona tiene derecho a la salubridad del medio ambiente en el que se desarrolla y a un mínimo de calidad de vida. En definitiva, se considera a la persona no sólo desde el punto de vista individual sino desde el punto de vista colectivo.

En síntesis, la persona debe ser protegida no sólo por

lo que tiene, y puede obtener, sino por lo que es, y en la integridad de su proyección debe jerarquizarse la esfera espiritual, biológica y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad.

En el afán de lograr una protección más integral de la persona se destacan las distintas facetas que pueden ser posibles de daño, haciéndose referencia al daño estético, al daño a la vida de relación, daño a la intimidad personal, daño biológico, daño psíquico, daño a la vida sexual, daño estético, etc. Ciertas teorías que podemos calificar de *unificadoras* tratan de incluir todos estos rubros dentro del concepto de daño moral (Venturini, *El daño moral*, p. 57; tesis que también sigue Gamarra, p. 65) quienes entienden que "El daño moral absorbe la categoría de daño biológico porque éste se traduce en una alteración psíquica o sensación disvaliosa del espíritu que puede originarse en la lesión de derechos inherentes a la personalidad que incluyen la integridad física como la salud psíquica o el honor". No compartimos estas teorías de la absorción, pues corren el riesgo de que, si no individualizan perfectamente los distintos tipos de perjuicio, los mismos carecerán de un "rubrado" individualizado que es lo que permite llegar a evaluaciones más próximas a la realidad. Mosset Iturraspe (*El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", N° 1, p. 39) con acierto califica como "guerra de etiquetas" o "guerra de las autonomías" los debates que se están planteando acerca de la verdadera diferenciación de estos "ítems" de daños a la persona. Pero más allá de que esta discusión pueda ser más o menos conducente, lo cierto es que existen diversas facetas que deben ser evaluadas en forma independiente. Así no todo daño a la persona supone la existencia de daño moral, o la existencia de un daño estético, o la existencia de un daño intensivo a la vida de relación. Habrá que analizar rubro por rubro y ver finalmente que el monto responda a la realidad del perjuicio causado. Viney

(*Traité de Droit Civil: les obligations, la responsabilité, effets*, N° 66 y N° 105), destaca que la evaluación de los perjuicios no puede ser global, porque no permite controlar qué es lo que específicamente ha considerado el Juez para llegar a una determinada cifra. La evaluación debe ser instrumentada rubro por rubro, en atención a las características del perjuicio. Avaluar es cuantificar en términos económicos las consecuencias perjudiciales que el hecho dañoso causó a la persona, este perjuicio debe ser presentado en rubros o ítems. Sólo de esta forma se evitan arbitrariedades y se llegará a fallos realmente fundados.

PARTE II

PAUTAS Y CRITERIOS DE AVALUACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO A LA PERSONA

3. *Pautas para la evaluación del daño a la persona*

Ricardo Lorensetti ("La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y lucro cesante" en la obra *Daños a la persona*), destaca que la vida humana no tiene por sí un valor pecuniario porque no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero. Los perjuicios a las personas no tienen una dimensión pecuniaria, pero ello se debe exclusivamente a la ausencia de mercado. No hay un lugar donde se compren y vendan los sentimientos y, por lo tanto, no se forma un precio de mercado. La persona no está en el comercio de los hombres, no puede cotizarse, no siendo posible determinar cifras de valor concretas, seguras o probables.

No obstante lo dicho, el principio general en el tema es el de que la reparación debe ser íntegra, y que debe existir equivalencia entre el daño y la reparación. Debe tenderse a restituir el equilibrio pre-existente y no enriquecer injustamente al afectado. Este principio por todos repeti-

do, como bien destaca Viney (ob. cit.) en la esfera del daño a la persona, en realidad configura “un verdadero anhelo”, una verdadera intención a la que todos tendemos, pero en relación a la cual no se tiene la certeza en ningún caso de haber llegado. Comenzamos por señalar que no se trata de un principio absoluto, pues en varias situaciones la ley ha admitido excepciones. Así, en el art. 1346 del Código Civil uruguayo, se dice concretamente que las consecuencias emergentes del incumplimiento del contrato, sólo abarcan la reparación de los daños directos o previsibles a la época de la formalización del mismo, excluyéndose la resarcibilidad de los daños imprevisibles que pueden ser precisamente los daños a la persona. O sea, el daño a la persona en algunos casos puede quedar excluido de la reparación en la esfera contractual. También en materia de accidentes de trabajo, existen disposiciones muy claras que establecen determinados montos para la fijación de los valores de los daños a la persona. También por acuerdo de partes se puede limitar o exonerar la reparabilidad de estos perjuicios, siempre que se respeten ciertos requisitos como ser: que estos acuerdos no estén prohibidos; que no refieran a derechos irrenunciables; que no atenten contra el orden público o que no eximan de reparación en el caso de dolo. Las dificultades que según la lógica vuelven a nuestro tema como una “verdadera misión imposible”, pasan por ser concientes de que aquí se le trata de dar un valor a algo que —como dijéramos— no lo tiene en el mercado. A algo que no tiene naturaleza económica y no tiene valor de cambio o de sustitución, no es posible darle un valor cierto. Tampoco es posible utilizar aquí el criterio de la reparación integral o completa en sentido técnico, pues ello parte de la base de que se tiene un valor seguro, como para luego poder decir que algo es completo, incompleto, íntegro o no íntegro o limitado.

Varias han sido las tesis sustentadas con respecto a la función que cumple en estos casos la suma de dinero que se entrega en respuesta al perjuicio causado a la persona.

Muchos han sostenido que esta suma de dinero cumple una función preventiva, otros la han considerado como reparatoria, otros la han ubicado como distributiva, otros como sancionatoria.

La doctrina mayoritaria entiende que aquí el dinero no cumple una función reparatoria porque no es posible, con lógica, partir de la idea de eventuales equivalencias. Se sostiene, entonces, que esta suma de dinero cumple una función satisfactoria en la medida en que se trata de lograr un consuelo complementario, o un consuelo para que se pueda enfrentar el perjuicio causado, que se sabe, en sí mismo, no es eliminable. Desde nuestro punto de vista, el dinero que se entrega en respuesta al daño causado cumple una función satisfactoria y concomitantemente punitiva, pues al mismo tiempo que contempla la situación del afectado en su persona, termina por sancionar a quien debe hacerse cargo de la suma de dinero a entregar.

Por último queremos destacar que el principio de la reparación integral del daño a la persona está implícito en el art. 1319 del Código Civil y en lo que surge de los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución de la República. El art. 1319 alude a la obligación de reparar, y las normas Constitucionales no sólo consagran los derechos de la persona sino que *los garanten*, y la forma de garantizar estos derechos en la esfera del Derecho Privado es específicamente con la aplicación de la responsabilidad extracontractual y la consabida satisfacción por los perjuicios personales causados.

Como señalara Zavala de González (*Daño a la persona*, 2 A, p. 505), en el estudio del daño a la persona, existen tres áreas claramente delineadas: la primera, que se refiere a *qué* es lo que se repara (la dimensión del daño); la segunda, *cómo* se repara (en dinero, capital o renta); y la tercera, *cuánto* es que se tiene que asignar para conformar esta reparación.

En las dos primeras etapas se ha avanzado sensiblemente, en la última sin lugar a dudas es en la que existen mayores dificultades. Se avanzó, en definitiva, en *qué* es lo

que se repara y cómo se repara, pero no en el cuánto se repara, que es precisamente en el tema en el que comenzamos a avanzar.

A la hora de comenzar el enunciado de *las pautas o de las bases*, que suelen ser tenidas en cuenta por los Jueces para determinar los montos satisfactorios del daño a la persona, si de ser realistas se trata, debemos señalar que existen pautas que aparecen en forma visible y otras que no aparecen a la vista del lector de las sentencias, pero que, en realidad, en muchos casos nos consta que tienen una clara incidencia en el monto resultante. Al igual que lo que ocurre en un espectáculo teatral, hay actores que aparecen en la escena a la vista de todo el público y otros que están detrás del telón, pero de los cuales igualmente depende el resultado final del espectáculo. Si corremos el telón e intentamos apreciar las pautas que en muchos casos pueden estar determinando invisiblemente los montos resarcitorios, debemos destacar que puede advertirse la incidencia de factores emotivos, culturales, políticos y económicos. Emotivos, pues el monto puede estar determinado por situaciones lastimosas, caso por ejemplo, de los daños causados a incapaces, casos de personas en indigencia, en relación con los cuales el Juez se presta más proclive a incrementar las sumas reparatorias. Pueden incidir fenómenos culturales, por ejemplo la existencia de cierto pre-concepto en relación con la mayor negligencia con la que se mueven ciertas personas, por ejemplo, pensar que los taximetristas suelen manejar mal y atribuirles mayores montos de reparación. Otros fenómenos políticos, pensando por ejemplo, que el que tiene que reparar es el Estado, y como el Estado es solvente las cifras pueden ser superiores. Otros factores pueden ser económicos, como por ejemplo, razonar inconcientemente y decir que como el que causa un daño tiene seguros y las empresas aseguradoras son solventes, el monto a fijar puede ser mayor, y además, sería una forma de redistribuir con justicia distributiva el efecto del perjuicio. Lo mismo si el que causa un daño es una Empresa a la que se

considera solvente, y en definitiva por esta razón los montos son mayores.

Todos estos factores obviamente no aparecen, por lo menos en forma notoria, en forma visible, pero nos consta que en muchos casos la experiencia judicial nos está demostrando, al menos en nuestro país, que estos factores tienen alguna incidencia en el "mundo del ser". Nosotros no sostenemos, obviamente, que, desde el punto de vista dogmático, estos factores deban ser considerados, pero en la práctica esta es una realidad a la que no puede omitirse una referencia.

Pasamos ahora al análisis de las pautas de evaluación del daño, que sí deben de ser tenidas en cuenta y sobre las cuales debe de fundarse el monto a determinar.

3.1. *La relación de causalidad*

Como ya señaláramos en otra oportunidad (Ordoqui Castilla, *Derecho Judicial y la evaluación del daño extracontractual*, "Anuario de Derecho Civil Uruguayo", T. 8, p. 253), el primer elemento a considerar para la determinación del monto resarcitorio, es la relación de causalidad. De ella dependerá en definitiva la extensión del monto con el que se deba reparar el perjuicio. La relación de causalidad tiene incidencia desde dos puntos de vista, primero como elemento estructural del cual depende la existencia del fenómeno que justifica la reparación del daño, o sea, debe existir una relación causal entre el comportamiento del sujeto y la existencia del perjuicio. Pero además, en lo que refiere a los efectos, a las consecuencias, esta relación causal toma otra dimensión, pues va a determinar la extensión del perjuicio; la entidad del mismo. En atención a la apreciación de la relación causal, es posible valorizar como elementos a tener en cuenta, la existencia, por ejemplo, de una "conducta concurrente" por parte de la víctima, o la existencia de alguna "predisposición" en la misma, o la posible

aplicación del principio denominado *compensatio lucro cum dano*. En estas tres hipótesis el monto resarcitorio disminuirá o desaparecerá en atención precisamente a que no es posible imputar al causante la totalidad del perjuicio existente.

No es nuestra intención desarrollar aquí estos tres fenómenos, pero haremos algunas reflexiones, por su importancia acerca de las situaciones de "predisposición" en que puede encontrarse la víctima, que tengan una influencia directa sobre la entidad del perjuicio de modo tal, que ella no pueda ser imputable al causante del daño.

En otra ocasión (Ordoqui Castilla, *Responsabilidad Civil del Profesional Liberal*, Montevideo, 1993, p. 106), señalábamos que la predisposición morbosa de la víctima en la Responsabilidad Civil nunca debe perderse de vista. Predisposición implica todo estado patológico previo, toda particularidad física, psíquica o mental anormal, propensa a agravarse con el accidente o el nuevo hecho. La predisposición se refleja en parte como hecho de la víctima y no puede exigírsele al causante del perjuicio sino el resarcimiento del "plus" del incremento del daño. Esta predisposición no opera como eximente porque no corta la relación causal, pero en realidad atenúa su proyección resarcitoria. No puede considerarse como un caso fortuito, porque no es un hecho imprevisible (Viney, *La responsabilité...*, ob. cit., Nº 434, p. 514). La predisposición debe probarse por quien la alega (art. 139 del C. G. P.). Como es obvio sólo se responderá por los daños que se causan pero no por los pre-existentes. El daño para ser resarcible debió aumentar o agravar la situación pre-existente, y sólo en la diferencia es que se justificará un derecho al resarcimiento (L.J.U., T. 87, Caso 9954 y T. 102, Caso 11653). En estos casos, obviamente, deberá recurrirse al criterio de la proporcionalidad, o sea al que causa el perjuicio debe atribuirse la obligación de resarcir la diferencia, pero no la resarcibilidad del daño pre-existente. La proyección de la relación causal en la existencia y entidad del perjuicio debe de pro-

barse. Por esta razón en nuestro tema adquiere particular importancia la realización de *pericias médicas* y los análisis de las *historias clínicas* de las personas afectadas. Deberán considerarse factores concretos como ser: la duración del tratamiento seguido para la curación; la gravedad de las lesiones; las secuelas que puedan dejar, etc.

El Juez, en muchos casos, no estará capacitado para, en forma directa, apreciar las afecciones fisiológicas, o la entidad de las afecciones físicas, o saber si las curaciones son eventuales, o las afectaciones son permanentes, etc. En la pericia médica se deberá describir la afectación, sus secuelas, sus derivaciones, sus posibilidades de curación. Esta pericia, para ser útil, debe enunciar los ítems del perjuicio considerado; el tipo de incapacidad; la entidad; el grado de padecimiento; la eventual existencia de predisposiciones, etc. Consideramos que las pericias médicas no deben inmiscuirse en aspectos que son judiciales. Es decir, un perito médico no puede pasar al campo de la evaluación. Podrá sí marcar con claridad porcentajes de incapacidad y describir las características de la misma o de las afecciones que haya recibido la persona, pero no podrá pasar a la esfera de las evaluaciones, tema que consideramos privativo de la justicia.

Para calibrar la entidad del dolor o del padecimiento o de la afección a la persona, no consideramos conveniente recurrir al criterio del "sentimiento del hombre medio" (Montel; Scognamiglio). No compartimos este *criterio abstracto*, sino que debe evaluarse y apreciarse el dolor o la afección en la situación *en concreto*, tema que abordaremos en números siguientes.

Es de señalar que a nivel tecnológico, en los Estados Unidos, se viene progresando sensiblemente en un tema denominado "dolorimetría". Los psicólogos de Estados Unidos miden el dolor como se mide el ruido en decibeles, así, por ejemplo, se le califica al dolor como muy suave, suave, moderado, medio, más importante, importante y muy importante, y a cada una de estas escalas se les da un valor concreto.

3.2. *Circunstancias del caso: edad, sexo, estado civil, actividad social, etc.*

Como la apreciación de la entidad del daño a la persona debe ser considerada *in concreto*, en forma subjetiva, no hay más remedio que estar a las circunstancias del caso concreto, partiendo de la base de la consideración de las características propias, individuales de cada caso. Se dice con acierto que no hay dos casos iguales y aquí radica, precisamente, la gran complejidad que caracteriza nuestro tema. Así, por ejemplo, si tomamos el caso de la evaluación del daño a la persona que puede ocasionar la existencia de una cicatriz, la misma variará según *el lugar* en que se encuentre la cicatriz, porque no es lo mismo que esté en la cara, o que esté en un brazo, o que esté en la espalda de la persona; no es lo mismo que esta cicatriz se haya causado a una persona del *sexo* masculino o femenino; no es lo mismo que esta persona realice *actividades intensamente sociales*, como que no las realice; no es lo mismo que esta persona se gane la vida por ejemplo, a través de los medios de comunicación y esta cicatriz pueda tener una incidencia directa en que no pueda estar más presente en público. No es lo mismo que sea una persona *casada* o soltera, etc.

La edad, por ejemplo, es trascendente en atención al tipo de afección. Así si el perjuicio es permanente el daño será mayor cuanto menor sea la edad del afectado. Por la misma lesión permanente sufre menos una persona de edad que una joven. En lo que refiere a la estética y a la vida de relación, pueden ser muy diversos los criterios.

En síntesis, las circunstancias del caso son realmente indeterminadas y sustancialmente variables según los casos, esto es lo que obstaculiza las posibilidades de efectuar generalizaciones.

3.3. *Comportamiento de las partes*

En doctrina se ha discutido arduamente si el comportamiento doloso o culposo de las partes intervinientes tiene alguna repercusión en el momento de determinar el monto de lo que se deba reparar.

En este tema tiene particular incidencia la posición que se adopta respecto a la naturaleza jurídica que tiene el monto resarcitorio. Quienes entienden que tiene la función exclusivamente compensatoria, y en lo más mínimo punitiva, es evidente que concluirán que el comportamiento del sujeto no tiene ninguna relevancia. Quines, por el contrario, entienden que puede cumplir una función ambivalente, sí podrán encontrarle alguna relevancia a la conducta del sujeto. Debemos advertir que en ciertos ordenamientos jurídicos existen normas que aluden en concreto al tema, así por ejemplo, en el art. 2059 del Código Civil Italiano se prevé específicamente que el daño moral solamente se resarce en el caso de dolo. Lo mismo ocurre con ciertas disposiciones (arts. 1069 y 522 del Código Civil argentino) que han llevado a que el Dr. Mosset Iturraspe (*El daño moral*, Nº 69, p. 192), sostuviera que la culpa o el dolo tienen incidencia en los montos resarcitorios. En nuestro Derecho no existe ninguna norma que nos induzca a pensar o a exigir este requisito.

En otra ocasión, al analizar el estudio de este tema (Ordoqui Castilla, *Derecho Judicial*, ob. cit., p. 254), sostuvimos que para ser realistas en el análisis de este tema tenemos que deslindar lo que es el *mundo del ser*, cómo son las cosas en realidad, de *cómo deberían ser*. Destacamos cómo autores del prestigio de De Cupis señalan que en el plano de la realidad la culpa cumple una función importante. Mazeaud llega a decir, "inspirarse en la culpa para fijar la tasación del daño es una tendencia natural del hombre, no cabe sino denunciar este error sin esperanza de suprimirlo". O sea, sostuvimos que en el plano teórico este elemento no debería tener incidencia, pero en el plano práctico nos consta que sí la tiene.

En este aspecto también hemos sido objeto de alguna crítica por parte de Gamarra (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*) que creemos injustificada por no haber leído con atención los textos. Al igual que con el elemento anterior, debe deslindarse lo que es el "deber ser" del "ser". Si bien desde el punto de vista teórico nosotros podemos sustentar que el monto resarcitorio no puede estar determinado por la situación económica de las partes, desde el punto de vista práctico, desde el punto de vista de los hechos, es indudable que la situación económica de las partes en muchos casos se considera.

En realidad si lo que se busca es "satisfacción de la víctima", no hay duda de que ello dependerá de la situación real en que ésta se encuentre. Según su estado y situación, serán las proyecciones del hecho dañoso, y será necesaria tal o cual cantidad de dinero, para lograr la satisfacción buscada como compensación del perjuicio causado a su persona.

A nivel doctrinario, este tema también ha sido particularmente discutido, y existen sentencias que se han pronunciado en uno u otro sentido. A modo de ejemplo, podemos citar el caso 6751 del T. 55 de La Justicia Uruguaya, en el que concretamente se sostiene que la situación del autor del daño justifica la elevación de la cifra de la indemnización porque el Estado es la persona de mayor solvencia dentro de la República.

La situación económica no solamente se contempla desde el punto de vista de quien debe reparar, sino que, en muchos casos, se atiende a la situación económica de la víctima. Así, en el caso publicado en La Justicia Uruguaya, T. 101, N^o 11571, en el que se le causa un daño a un menor con un ascensor, se considera específicamente no tanto la situación económica de la empresa de ascensores, sino la situación económica de la víctima.

En forma prácticamente unánime nuestra doctrina y jurisprudencia han entendido que no procede determinar la cuantía del daño a la persona según la entidad del daño

patrimonial (Gamarra, ob. cit., p. 403; Van Rompaey, *Criterios Avaluatorios*, p. 222).

Interpretó mal Gamarra (*Tratado...*, T. 25, p. 406) nuestra posición cuando nos atribuye haber dicho que en nuestra opinión "es necesario considerar la conducta del actor del daño, no sólo para establecer la existencia de la responsabilidad, sino también para determinar el quantum resarcitorio, que quedará condicionado al comportamiento de los que causan el daño". Estas frases sueltas sacadas de su contexto hacer perder de vista que lo que en realidad opinamos es que este factor tiene incidencia en el plano de la realidad pero, desde el punto de vista teórico, no debiera tenerla.

Destacamos que nuestro ordenamiento jurídico contiene disposiciones como el art. 1331 del Código Civil, que hacen más gravosa la situación del que ha incurrido en dolo en el momento de determinar la responsabilidad, cuando el daño fue causado por dos o más personas. Aquí se prevé específicamente que las obligaciones de reparar serán solidarias.

Lo controvertido del tema ha llevado a que la jurisprudencia nacional se pronunciara por uno u otro punto de vista, dándole en algunos casos relevancia a la conducta culposa y en otros no.

3.4. *Situación económica de las partes*

También la ponderación de esta pauta, a nivel doctrinario y jurisprudencial, ha planteado situaciones antagónicas. En primer lugar podemos enunciar la denominada tesis negativa, que sostiene que si lo que se busca es castigar, no tiene sentido aumentar o disminuir el monto resarcitorio según el patrimonio de las partes, pero si se trata de castigar deberá establecerse una suma mayor, cuanto mayor sea la situación patrimonial del causante. Para Gamarra el daño no varía según sea rico o pobre el que lo sufre (ob. cit., p. 410).

Admitida la función exclusivamente reparatoria, debe prescindirse de la condición económica del responsable.

En otro orden, consideramos que, cuando se trata de denunciar las pautas de fundamentación de la fijación de valores para el resarcimiento del daño a la persona, deben efectuarse evaluaciones con un perfil social y económico, y ajustarse a la realidad de la sociedad de que se trata, considerando el medio socioeconómico a que nos estamos refiriendo. No es posible extrapolar cuantificaciones entre diversas sociedades. En nuestro país, por ejemplo, no servirían las pautas de evaluación de los Estados Unidos o de Europa. Sin lugar a dudas que la realidad socioeconómica del entorno tiene influencia en las pautas. No es posible que por la vía resarcitoria se llegue a cifras desconsideradas que conviertan al causante del perjuicio en una nueva víctima. Alguna sentencia con criterio ha dicho que la suma no puede ser algo imposible de pagar (L.J.U.T. 99, Caso 11225). Héctor Pedro Iribarne (en la obra *Los daños a la persona*, p. 803), señala que las posibilidades de pago en la generalidad de los casos pueden llegar a superar las posibilidades de un individuo de ingresos corrientes. Aquí entonces tenemos que encarar otro problema, porque junto a la *víctima de sangre* existirá la *víctima económica* y podría suceder que por una culpa leve, una familia o una persona entre en estado de insolvencia o de quiebra económica, lo que también es grave. Como dicen Mazeaud y Chavas (*Traité teorique et pratique*, T. 3, Vol. 1, 6ª ed., Nº 2396), el juez no puede disminuir el monto porque el afectado no tenga suficientes medios personales para afrontar el daño, esto sería hacer falsa caridad. Pero por otro lado se destaca que esta regla tiene un límite ético, pues si la condena resarcitoria lleva a que la familia de la persona se prive de lo esencial para existir, estaríamos incurriendo en un grave error. El Código Civil peruano de 1936, art. 1138, siguiendo antecedentes de normas alemanas, señalaba que existía un límite del monto de la reparación, si se privaba al causante del daño de lo esencial para subsistir. Esta disposición después fue derogada en el Código Civil de 1984.

En síntesis, más allá de que en el plano teórico podamos sustentar la tesis de que la situación económica de las partes es irrelevante en la cuantificación del daño a la persona, la práctica nos señala que conciente o inconcientemente, este factor tiene su relevancia más allá de nuestros gustos y preferencias doctrinarias.

3.5. *Máximas judiciales consolidadas*

La coexistencia social se concibe en la subordinación a una Constitución, que se orienta en el principio de la legalidad sin el cual no hay justicia ni seguridad. La legalidad no se opone, sino que autoriza cierta discrecionalidad, bien a través de conceptos "en blanco", como el de buena fe, o la diligencia de un buen padre de familia; bien a través de ciertas normas que habilitan especialmente al Juez a actuar en determinadas circunstancias. La sentencia no es ni puede ser nunca un *acto arbitrario* que quede librado al sano juicio, o a lo que dicte la conciencia del Juez, sino que debe ser *un acto fundado*.

En el tema de evaluación del daño a la persona, ello se logra sobre la base de la utilización de las pautas antes referidas y, en particular, con la remisión a precedentes que, con la fuerza de verdaderas máximas consolidadas, sean el principio del razonamiento sobre el que el Juez finalmente establecerá la suma resarcitoria. El Juez no es libre de hacer lo que quiera, sino que debe *actuar con discrecionalidad*. En el arbitrio se da un puro capricho que no responde a ninguna regla ni principio general, se ejerce un poder ajeno o contrario al Derecho. Por el contrario, ejercer un poder en forma discrecional, supone actuar dentro de la generalidad de la normativa querida por el legislador (Ordoqui Castilla, *Derecho Judicial y la evaluación del daño extracontractual*, "Anuario de Derecho Civil", T. 8, p. 263). La suma a establecer debe fundarse originariamente en la apreciación de las pruebas ofrecidas en el análisis de los precedentes, de forma que, al ser revisada eventualmente en Casación, *sea posible la reconstrucción del fallo*. O sea,

si otra persona sigue los razonamientos y utiliza los fundamentos del Juez, puede llegar a conclusiones similares.

Bonassi Benucci (*La responsabilidad civil*, N° 24, p. 98), destaca especialmente que en el tema de la evaluación del daño, deben respetarse las normas y debe actuarse conforme al Derecho.

Las garantías del debido proceso nos llevan a que todo pronunciamiento en los diversos temas de una sentencia deba ser fundado, y uno de los elementos básicos en que se sustenta ese fundamento es la referencia al precedente judicial que, con carácter *de máxima consolidada*, adquiere una fuerza en el campo de los hechos que se impone. Ese precedente surge de una constancia o de una proyección estadística que señala cuáles son los valores básicos desde los que debe partir la evaluación, para luego ajustarse a las circunstancias del caso concreto.

Se ha entendido que al no existir criterios de evaluación objetivos, concretos, mensurables con precisión y con seguridad, el tema debe quedar al arbitrio del Juez y esto es un grave error, porque el Juez en su proceder, particularmente a la hora de evaluar el daño a la persona, debe actuar "jurídicamente", con fundamentos y dentro de la discrecionalidad que ejerce dentro de los parámetros del principio de legalidad.

Si bien estamos de acuerdo en que en el tema no se va a llegar a cifras exactas o probables, sí pensamos que la tendencia debe ser a aproximarse, a acercarse al criterio de evaluación, que con carácter general se debe aplicar al caso concreto, o sea teniendo en cuenta las circunstancias similares y la adaptación al caso concreto.

El tema a analizar adquiere particular importancia, desde el momento en que la Suprema Corte de Justicia entendió que el tema de la evaluación del daño a la persona no era pasible de ingresar a Casación con el fin de poder ser revocado el fallo, por depender de un poder discrecional del Juez. Dijo la Corte en el fallo N° 7 del año 1988: "como señaló la Sala, la determinación del daño moral supone la

aplicación necesaria de lo que llama la doctrina 'máximas de experiencia' o 'standars jurídicos'. En el ejercicio de esta potestad de condenación, salvo absurdos o irracionalidades evidentes, que claramente no ocurren en el caso, no puede haber violación de normas jurídicas, pues no puede constituir la del ejercicio de una potestad que el Derecho otorga al Magistrado; no corresponde pues, amparar a este título la Casación introducida" (ver en particular la obra *Fallos de Casación*, Torello-Ordoqui, año 1990-1991, p. 32).

Este criterio no se comparte por entender que discrecionalidad no es arbitrariedad y que el ejercicio de un poder discrecional debe ser fundado conforme a Derecho y sustentarse en pautas conforme al orden jurídico vigente. La discrecionalidad mal ejercida configura un error de Derecho, que habilita la aplicación de la Casación. Como dijéramos, debe ser posible *reconstruir los fundamentos* en los que el Juez se basó, para establecer un determinado "quantum" resarcitorio. Por ello en los "Considerandos" de las sentencias debe estar claramente especificado cuáles fueron las pautas que se tomaron en cuenta para llegar al monto determinado, las pruebas que se ponderaron y los precedentes que operaron como máxima consolidada, sobre los que finalmente el Juez adaptó la solución al caso concreto.

4. *Criterios de evaluación del daño a la persona*

Según la posición que se adopte en la forma de enfocar los perjuicios, la doctrina distingue principalmente dos criterios de evaluación, uno objetivo y otro subjetivo.

4.1. *Criterio subjetivo*

El *método subjetivo* atiende particularmente a las características de cada caso concreto y la afectación que específicamente se le ha causado a la persona; el término subjetivo refiere a que la apreciación del daño a la persona se hace "in concreto", teniendo en cuenta la situación particular

del sujeto lesionado. Téngase en cuenta que el término subjetivo no apunta a calificar la labor del que avalúa sino lo que se avalúa.

Aquí se trata de avaluar, por ejemplo, el dolor concreto que sufrió determinada persona al configurarse un daño moral y no estar al dolor promedio, dolor del hombre medio o al sufrimiento normal, que serían parámetros objetivos o generales y abstractos.

Así, el criterio subjetivo atiende al perjudicado "en concreto", a su dolor, a su situación personal con base en su sensibilidad, su entorno, sus circunstancias de caso concreto.

Así como en materia de daño patrimonial prima el criterio objetivo de evaluación, en la cuestión del daño moral prima, a nuestro entender, un principio de apreciación subjetiva, "in concreto", que como veremos se integra o parte necesariamente de ciertos criterios objetivos.

Como bien señala Mosset Iturraspe (*El daño moral*, p. 197), deben privilegiarse las circunstancias de la víctima, en la medida en que el resarcimiento mira a la víctima, tiende a darle a ella una cierta satisfacción. El dolor es el suyo y la indemnización presta oídos a ese dolor, sin que por ello pueda sostenerse que es indiferente la persona o que lo son las circunstancias del victimario.

Las circunstancias personales son muy variables, las hay económicas como las relativas al estado económico patrimonial, familiares, estado civil, número de hijos, edad, ocupación de los mismos, y también espirituales, que dicen de la sensibilidad de la persona, de la influencia de los hechos exteriores sobre sus estados de ánimo, de su carácter receptivo, o no, etc.

García López (*La Responsabilidad Civil por daño moral*, p. 150), señala, con acierto, que la subjetividad en la fijación del quantum indemnizatorio y su reserva exclusiva a los Tribunales de Instancia ha producido las siguientes consecuencias:

1. Diferencias frecuentes ostensibles entre las diversas resoluciones judiciales a la hora de fijar cuantías indemnizatorias ante supuestos de hecho análogos.

2. Deficiencias en la designación de los titulares específicos del Derecho resarcitorio, siendo habitual que las decisiones judiciales ante supuestos similares derivados de la muerte, no coincidan con quienes están legitimados para exigir la reparación del perjuicio.

3. Falta de concreción para la delimitación conceptual de las propias indemnizaciones. Se mezclan en un único rubro sumas que corresponden a daños personales de distintos ítems e incluso se confunden los montos de los daños personales con los patrimoniales.

Además de estas dificultades, es de señalar que este criterio de valuación lleva a que existan mayores *dificultades en las transacciones*. De hecho, quienes hemos tenido la experiencia de tratar estas situaciones, advertimos que en muchas circunstancias el abogado de la contraparte juega a una verdadera lotería, a sacar o no sacar determinada suma en determinado Tribunal, y la negociación se hace realmente dificultosa. Por otra parte, otro de los inconvenientes más graves que tiene este enfoque, radica en que, al ser altos los montos resarcitorios consecencialmente han llevado a *la suba de los valores de las primas de los seguros*. Esto a su vez ha llevado a que menor gente pudiera acceder a esos valores y ha incrementado, sobre todo en los países donde no existe el seguro obligatorio, las situaciones de circulación de vehículos sin seguro, lo que consecencialmente aumenta las probabilidades de que la víctima quede finalmente sin la reparación justa, por insolvencia o falta de fondos económicos del que causa el perjuicio.

Por último, la dificultad clásica de este enfoque es que presenta verdadera *inseguridad jurídica, desigualdad en el trato de los ciudadanos*, pues, como ya decíamos, a perjuicios similares pueden establecerse valores sustancialmente diversos. Quizás el riesgo más importante de este

enfoque es la *extralimitación del Juez* en lo que se refiere al ámbito de su jurisdicción y eso ha llevado a pensar que, en definitiva, sea su conciencia la que tiene que dictar los montos resarcitorios cuando, como veremos, la situación debe ser muy distinta.

No obstante todas estas críticas que consideramos acertadas, entendemos que no puede dejarse de lado la apreciación subjetiva, y que en definitiva sigue siendo el perfil más importante de la gestión judicial. Ocurre que, hoy por hoy, considerar solamente el enfoque subjetivo resulta, a nuestro entender, altamente peligroso e insuficiente. Debe comenzarse por una evaluación objetiva, partiendo de un criterio objetivo que le dé ciertas pautas de valor y seguridad y fundamento al fallo y, *a posteriori*, como complemento, debe realizarse la adaptación a las circunstancias del caso, enfoque que sin lugar a dudas es y deberá seguir siendo subjetivo.

Existen casos donde puede parecer difícil acceder a lo subjetivo. Así, el daño moral que se le pueda causar a una persona jurídica, o el daño moral que se le pueda causar a un inimputable. En estas situaciones igualmente hay que considerar las circunstancias del caso concreto, seguramente con más dificultades, pero no puede prescindirse de considerar la situación específica en que se encuentra, por ejemplo, la persona jurídica, y ponderar el perjuicio que se le puede causar a su buen nombre, a su prestigio o a la situación en que se pueda encontrar el incapaz.

En síntesis, desde nuestro punto de vista seguimos considerando que la apreciación de las circunstancias del caso es esencial, pero tenemos claro que para que exista mayor igualdad de trato, es preciso aplicar el criterio subjetivo, pero habiendo partido de ciertas pautas objetivas a las que referiremos seguidamente. O sea que, en definitiva, entendemos que ambos métodos deben necesariamente complementarse (en este sentido puede consultarse la obra de Salvi, *Il Danno Extracontrattuale*, N° 45).

4.2. Criterio objetivo

En una justificada tendencia a lograr mayor igualdad de trato y seguridad jurídica en un tema tan importante como el que se está analizando, comenzaron a aparecer en el decurso de los años pautas y criterios tendientes a objetivizar la apreciación del daño a la persona. O sea, a partir de valores pre-existentes que se imponen en atención a diversas circunstancias, impuestos ya sea por vía de la generalización judicial o por vía normativa, pero que en definitiva llevan a la pre-existencia de valorizaciones que se toman en cuenta para comenzar la labor de evaluación, que finalmente deberá en todo caso ajustarse a las circunstancias del caso.

Como vimos, el criterio subjetivo era tal porque consideraba las circunstancias concretas del caso y no porque dependiera en concreto de lo que opinara el Juez. El criterio objetivo por el contrario se califica como tal, por el hecho de que parte de valores pre-existentes que el Juez toma y que, como dijéramos, luego ajusta a las circunstancias del caso. En definitiva, de lo que se trata es de confeccionar, ya sea por vía judicial o legislativa, instrumentos auxiliares que ayuden al Juez en el momento de establecer la cuantificación del perjuicio. Estos elementos objetivos por cierto no tendrían carácter vinculante, sino que serían instrumentos de los que pudiera valerse el Juez para luego, ajustando los aspectos subjetivos concretos del caso, poder finalmente arribar a la suma resarcitoria, pero esta vez sobre bases objetivas que posibilitarían mayor uniformidad en las soluciones.

Hace aproximadamente veinte años, en la obra *Derecho Judicial Extracontractual*, sosteníamos ya la crucial importancia que tenía el Derecho Jurisprudencial en la reparación de los daños extracontractuales. En aquella ocasión destacábamos básicamente cómo el tema dependía de la labor judicial (ob. cit., p. 59).

Podemos decir que a la fecha, sin temor a equivocarnos, a nivel mundial existe una tendencia a ir creando ele-

mentos auxiliares para que sean considerados por el Juez, los cuales a través de tablas, guías, baremos, sean de origen jurisprudencial o normativo, orienten la actividad del Juez en el momento de evaluar, pero por cierto, no son determinantes por sí solos de los valores a fijar, y esto es lo que importa destacar.

Surge así las que Rescignio (*La Tutella della Salute e il Danno alla Persona*, p. 12), denomina "máximas de experiencia", o las que Calamandrei diría "máximas consolidadas", o sea, comienza a intensificarse el trabajo de procesar los datos del precedente jurisprudencial, para obtener pautas uniformes de valor, que operen como auxiliares de la Justicia. Esto se advierte a nivel mundial.

Como señala con claridad Fernández Sessarego ("Protección a la persona humana, en la obra *Daño y Protección a la persona humana*, p. 77), la más reciente tendencia doctrinaria y jurisprudencial europea considera que la técnica más correcta para la reparación del daño a la persona está dada por la contemporánea y adecuada presencia de un factor de uniformidad y otro de flexibilidad, ambos necesarios para una equitativa valorización del daño a la persona. En cualquier caso, no se debe descuidar el interés colectivo, que significa tener en cuenta los recursos económicos disponibles, respetando los premios otorgados por los aseguradores si es que ese es el caso.

A nivel mundial los baremos o guías o tablas que se utilizan son elaborados por grupos interdisciplinarios de expertos, entre los que figuran médicos, legistas, juristas, aseguradores, economistas, expertos en cálculos actuariales, entre otros.

La tendencia prevalente en la jurisprudencia comparada, si bien no la única, ya que en esta materia no existe homogeneidad en las soluciones propuestas, es la combinación equitativa de un principio de igualdad, uniforme y rígido, que encuentra su concreción en las tablas sobre infortunios y el monto de su correspondiente reparación, con otro principio flexible que atiende a la salud, a las circuns-

tancias del caso concreto, de cuya suma finalmente surgirá el valor de la vida humana, o de lo que se haya afectado de la persona humana.

Quedarnos sólo con los elementos objetivos, desvalorización global del daño a la persona, sería un gravísimo error, porque la misma lesión tiene diversos matices según sea una u otra la persona que la sufra. Es por ello que el Juez, con un criterio de equidad, deberá apreciar en cada caso y entre otras variables, magnitudes, alcances, intensidad, duración y proyección en el futuro de las consecuencias producidas en lo que atañe a la salud del sujeto, a su integridad física.

4.3. *Derecho comparado*

Lo expuesto precedentemente nos lleva a considerar como ilustrativo incluir unas breves reflexiones sobre lo que está ocurriendo con el tema en países tales como Italia, Francia, Portugal, España, Canadá, entre otros.

En Italia

Busnelli ("Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona", en la obra *Daños*, p. 41), destaca cómo la Corte de Casación Italiana requiere uniformidad pecuniaria en la evaluación originaria (o sea, el mismo tipo de lesión); debe de partir de un criterio evaluativo similar, y luego debe admitirse flexibilidad para adoptar el resultado final de la evaluación de las circunstancias del caso.

En las obras de Paradiso (*Il danno a la persona*, Milano, 1981; Bargagna y Busnelli, *La valutazione del danno alla salute*, Padova, 1986; Giannini, *Il danno a la persona como danno biológico*, Milano, 1986, entre otros), destacan en Italia el desarrollo de "tablas de orientación" sobre la valoración de este tipo de perjuicios. Son muy consultadas las tablas de las jornadas médico-legales de Como de 1967, realizadas por Luvoni y Bernardi, que se convirtieron en la denominada "Guía de valoración médico-legal de

invalidez permanente", tomando como base un valor medio de la capacidad laboral.

En Génova, a partir del año 1974, se trabaja la noción de "daño biológico" que se refiere a la afectación física "en sí y por sí misma considerada" sin ponderar lo psíquico. El criterio tradicional utiliza la disminución de la capacidad laboral y la disminución de ingresos (ganancias reales). En estos casos se toma "renta media nacional per capita". Así, las lesiones del mismo tipo tenían valores similares. Los valores no varían por la rentabilidad real sino por un promedio.

Luego se admiten variantes según la edad del lesionado, su estado de salud.

Sobre el daño biológico se presentan propuestas de uniformización en la valuación.

A partir del año 1979, como complemento de lo anterior, se comienza a trabajar el concepto de "daño a la salud".

Por salud se entiende el estado de bienestar completo psíquico, mental, social. Aquí la valuación de este tipo de daño es sustancialmente variable y subjetiva.

Como subrubros se presentó la figura del daño a la vida de relación; daño estético; daño sexual.

En tiempos más recientes, autores como Busnelli, en la obra *Diritto a la Salute*, utilizan el denominado *método de cálculo sobre el valor del punto de invalidez*, siguiendo la doctrina mayoritaria francesa en el tema. Como veremos seguidamente, este criterio pasa por establecer las distintas escalas de incapacidad, dándole un puntaje a cada una de estas escalas y cada punto de esta escala tendrá un valor, que será el que surja de la jurisprudencia constante.

En Francia

También en las últimas obras como las de Le Roy, *L'évaluation du prejudice corporel*, París, 1983; Chartier, *La réparation du prejudice dans le Responsabilité Civile*, París, 1983; Brousseau y Rousseau, *La réparation du doma-*

ge corporel, París, 1982, y básicamente, en la obra de Viney, antes citada, se advierte una tendencia a utilizar elementos objetivos que van cobrando cada vez más vigencia.

En la actualidad existe, en Francia, un centro de documentación sobre daño corporal que publica una revista exclusiva para el tema: "Reviu Française du Dommage Corporel". A su vez es de destacar muy especialmente que con la última ley de accidentes de tránsito, Ley Francesa de la circulación 85/677, el 5/7/87, en el art. 26, se dispone precisamente que la autoridad pública debe de efectuar una publicación periódica, en la que se informe de los resultados de las transacciones y de los montos de las indemnizaciones fijados por los Jueces para los daños a la persona. Existe una clara intención de ir buscando y agrupando aquellos elementos que sirven para la unificación de criterios de evaluación. Viney (ob. cit., p. 207), reflexiona sobre la idea de que la imposición de esta obligación de publicar las cifras es precisamente para unificar y fomentar transacciones.

Existe en Francia la denominada "lista de expertos", que son auxiliares de la Justicia, que se dedican específicamente al tema de la evaluación del daño a la persona, por poseer amplios conocimientos médico-legalistas.

Tanto la Corte de Casación como la de Apelaciones tienen listas de expertos en medicina legal que actúan como peritos siendo designados por los Tribunales. En estos informes se analiza la relación de causalidad entre las secuelas y el daño inicial y se elabora un pronóstico sobre manifestaciones post-traumáticas. Los informes si bien no son vinculantes orientan con mayor seguridad la actuación judicial.

En el año 1988, en París, se registró el "Coloquio mundial sobre la valorización del perjuicio corporal, el derecho común de la responsabilidad" presidido por el Presidente de la Sala del Tribunal de Apelaciones de París, André Desertine, en que se manifiesta la preocupación generalizada de los juristas para encontrar sistemas de razonable armonización judicial entre los países con respecto a este tema. Dentro de las recomendaciones del coloquio se propuso:

1. La importancia de deslindar con cuidado el daño económico del daño personal.

2. Las consecuencias no económicas del daño deben ser detalladas por el informe médico y atendiendo a la gravedad apreciada por el médico, marcar o proponer valores.

3. El sufrimiento causado por la pérdida de un ser querido debe ser indemnizado según una tabla de la que no se debe apartar salvo casos excepcionales.

En Francia se ha trabajado mucho sobre el denominado "cálculo del punto". En particular nos vamos a referir al estudio de Viney (*La responsabilité: effets*, en "Traité de Droit Civile", de Chestin, T. 5, p. 157, N^o 130) donde esta profesora explica cómo se ha ido profundizando en Francia en este método de estudio de cálculo de evaluación del daño a la persona, y cómo desde aquí se ha difundido al resto del mundo.

El método consiste esquemáticamente en multiplicar las tablas de incapacidad por un valor denominado "punto de capacidad" que es el mismo determinado por la referencia a otros casos similares.

Si bien no existe una evaluación oficial de un valor al punto de incapacidad, este valor está impuesto por el precedente jurisprudencial repetido en forma sistemática. En forma empírica —señala esta profesora— con la iniciativa de algunas personas, magistrados, expertos, doctrinos, que están en el tema, se busca obtener el valor medio, y de ahí han surgido valores propuestos por doctrina y jurisprudencia a este punto de incapacidad.

Se ha sostenido que este método *es indirecto*, pues permite calcular la indemnización, no en forma directa, sino a través de documentos o datos generalizados de otras causas. A su vez se dice que *es subsidiario*, en cuanto sólo puede ser utilizado en defecto de elementos que permitan una evaluación más precisa de la indemnización.

Queda claro entonces que el método del cálculo sobre el punto asigna a la jurisprudencia una importancia sus-

tancial, pues de ella va a depender el verdadero valor del punto que se tendrá en cuenta para la fijación final de los montos. A cada incapacidad se da un puntaje, pero el valor de cada punto depende, en definitiva, de lo que surja de la jurisprudencia constante.

En España

Ante la difícil situación en que se encontraron los aseguradores al no poder contar con elementos como para establecer los valores de las pólizas por los accidentes de tránsito, y sobre lo cual se generaron arduas polémicas, se concluyó finalmente en que el Ministerio de Economía y Hacienda dictara la Orden de 5 de marzo de 1991, que difunde y de alguna forma oficializa un sistema de cálculo para los daños personales para los seguros de responsabilidad civil (Ver Pantaleón, *La indemnización por causa de lesiones o de muerte*, en "ADCU", 1989, p. 613). Ángel Yagües (*Tratado de la responsabilidad civil*, p. 719), señala que este tema se encontraba sin bases firmes y en plena inseguridad. Se careció durante mucho tiempo de criterios orientadores y en España existía un verdadero caos respecto a los criterios de evaluación. La orden de 5 de marzo de 1991 buscó en materia de seguros automotores garantizar una respuesta rápida y uniforme, a la vez que trató de disminuir los litigios, fomentar las transacciones y permitió calcular los costos de los seguros con precisión. El efecto reflejo de esta orden fue que, sobre esas pautas de valor, la jurisprudencia en la actualidad viene unificando criterios para la evaluación del daño a la persona con carácter general.

En Portugal

Este país, en el tema, desde nuestro punto de vista, va realmente a la avanzada, pues ya desde 1967 al aprobar su último Código Civil se previeron normas muy concretas e ilustrativas con respecto a su regulación. Así, en el art. 494,

se ordena: "cuando la responsabilidad deriva de culpa simple, la indemnización podrá ser fijada equitativamente en un monto inferior al que correspondería a los daños causados en atención *al grado de culpabilidad del agente o del lesionado, a la situación económica de éste o del perjudicado, y a las demás circunstancias del caso que lo justifiquen*".

En el art. 495 se regula el caso especial de los daños a terceros por la muerte de las personas o lesión corporal y se prevé: "en caso de que de la lesión derive la muerte, el responsable debe indemnizar los gastos hechos para salvar al perjudicado, y todos los demás, sin exceptuar los del funeral". Tienen derecho a indemnización todos los que socorrieron al lesionado, como los establecimientos hospitalarios, los médicos y otras personas que hayan contribuido para el tratamiento o asistencia de la víctima.

Tienen derecho los que podrían exigir alimentos al lesionado o aquellos a los que el lesionado asistía por obligación natural. En el art. 496 se alude en forma expresa a los daños no patrimoniales, diciendo que sólo son resarcibles los graves. En caso de muerte, el derecho de indemnización por daño moral lo tiene el cónyuge no separado de bienes, o de hecho, los hijos y otros descendientes. Si faltan éstos se considerará al ascendiente, por último hermanos y sobrinos. El monto será fijado equitativamente por el Tribunal en atención a las circunstancias referidas en el art. 494, en caso de muerte, pueden ser atendidos los daños morales sufridos por la víctima, como los sufridos por las personas con derecho a indemnización según el inc. 2, y quizás lo más importante sea lo previsto en el art. 508, cuando se señala que la indemnización fundada en un accidente de aviación tiene límite máximo de 200 montos, y si el accidente fue causado por vehículo utilizado para transporte colectivo, el tope se eleva al triple.

En Canadá

Louis Perret, Profesor de Derecho Civil de la ciudad de Ottawa, en una conferencia que dictara en la República Argentina, titulada "Indemnización del daño físico grave", inserta en la obra *Derecho de Daños*, p. 25, presentó un panorama de cómo fue la evolución de nuestro tema en este país, destacando cómo en una primera época los montos resarcitorios fueron altos, lo que llevó a un incremento de las acciones y consecuentemente ello motivó un incremento del valor de las pólizas, que hizo prácticamente inaplicables los seguros para accidentes de tránsito. Así, en el año 1985, el presidente de la Lloyds de Londres, Peter Miller, llega a declarar en Toronto ante un congreso de aseguradores canadienses, que la Lloyds perdía dinero en el mercado y se contemplaba la posibilidad de retirarse del sistema. Concientes del problema, en la actualidad está en faz de aprobación un proyecto de Código Civil en el que se establecen topes máximos para los montos resarcitorios del daño a la persona, se trata de evitar la existencia de una segunda víctima, que pueda llegar a ser aquella que, sin culpa, causa un daño que la pueda llevar a la quiebra, de forma que junto a la víctima de sangre, tengamos una víctima económica.

En Gran Bretaña

Es famosa la obra titulada *The Quantum of Damages*, Londres, 1975, de los autores Kemps y Kemps, que se presenta en dos volúmenes: el primero destinado a enunciar las evaluaciones de los daños fatales; el segundo se divide en doce partes según los tipos de daños: de suma gravedad (cuadriplejía, paraplejía, descerebración, etc.); los daños múltiples; los daños a la cabeza; los daños a la piel; los daños a los sentidos; etc.

En Estados Unidos

Ante la preocupación por establecer tablas para armonizar la evaluación de los daños a la persona la "American Medical Association" realizó *Guías para la evaluación del daño permanente*, que se publican en el Journal of American Medical Association.

En la Comunidad Europea

Se ha comenzado la difícil tarea de unificar criterios entre los países miembros de la C.E.E. Así, Mc. Intosh y Holmes prepararon un interesante informe en el año 1992 titulado: *Indemnizaciones corporales en los países de la C.E.E.* Se trabajó sobre dos hipotéticas víctimas: a) varón médico, 40 años de edad y dos hijos; b) mujer soltera estudiante, 20 años de edad, sin familiares a su cargo. En este mercado de jurisdicciones diferentes los conceptos, criterios, las pautas consideradas fueron muy diversos. Lo importante a destacar es que se ha comenzado a trabajar con la idea de llegar a unificar algún día ciertos criterios básicos.

4.4. Otros criterios metodológicos propuestos en doctrina

Ciertos autores como es el caso de Gamarra (*Tratado de Derecho Civil uruguayo*, T. 25, pp. 425 y ss.), han propuesto otros criterios metodológicos que califica como equitativos o empíricos. En realidad, referir al criterio de Justicia como método de evaluación, o considerar que la utilización de estadísticas judiciales es en sí misma método de evaluación, consideramos que son apreciaciones erróneas. En primer lugar, el criterio equitativo o el destacar que el Juez actúe conforme a lo que crea justo, no es nada más ni nada menos que la referencia de un criterio de actuación del Poder Judicial. Lo equitativo por sí mismo no marca valores, simplemente marca una forma, un funda-

mento de proceder del Juez. Consideramos que el Juez, partiendo de parámetros objetivos y ajustando la evaluación a la circunstancia del caso, actuará según las circunstancias concretas con justicia y el valor lo dará conforme a lo que él entienda, pero partiendo de todos esos elementos. La justicia por sí misma o la equidad no puede ser considerada como un método de trabajo. Señala Gamarra que hasta 1980 la liquidación equitativa fue el único criterio usado por los Jueces uruguayos. Entendemos que esta afirmación es errónea, porque en definitiva —como decimos— la equidad no es un criterio, la equidad es un fin, al que se accede por distintos criterios o por distintos métodos.

Pensamos que, como ya dijéramos en otra oportunidad (Ordoqui-Castilla, *Derecho Judicial*, p. 264), el Juez en definitiva va a actuar conforme a lo que crea justo y equitativo, pero éste no es un método o un criterio, sino el fin al que se tiende. Sostener que el Juez no está limitado a ningún parámetro o tabla o criterio o método, es lo que puede implicar un error de procedimiento, o sea, pensar que porque se tiene que actuar conforme a la justicia, se puede llegar a ella por lo que el Juez entienda a su leal conciencia y arbitrio, y esto es precisamente un error.

Zavala de González (*Resarcimiento de Daños*, p. 512) señala que no es válida una lisa y llana y ciega confianza en el Juez, pues ninguna confianza puede reposar en la ingenuidad, ni en el azar. Los Jueces confían en el esfuerzo mancomunado de los hombres de derecho, al efecto del apoyo doctrinario y de las soluciones doctrinarias. Todos sabemos que llegada la hora de cuantificar toda la sapiencia y prudencia del Juez no le sirve para fundar en forma objetiva el quantum indemnizatorio.

Quienes insisten en la equidad como el centro del fundamento de la evaluación terminan por remitirse exclusivamente a lo que surja de la conciencia del Juez, a lo que determine su entender, lo que le dicte su libre convicción. El error está en que por este camino se prescinde de la necesidad de que el monto sea fundado, y aparece totalmente

irrelevante la grave discrepancia que hay entre los factores de evaluación.

Desde nuestro punto de vista la equidad es el fin que orienta la aplicación de los métodos objetivos y subjetivos que son los que deben primar en la evaluación del perjuicio. En definitiva, no son criterios excluyentes sino complementarios, los que hemos enunciado hasta el momento.

Sería un error proponer la aplicación de un "criterio equitativo puro" pues como dijéramos ello implica eliminar los otros elementos de ponderación, que son precisamente en los que se funda o debe fundar la evaluación.

Gamarra (ob cit., p. 431) parece inclinarse por lo que denomina método o criterio empírico, "que parte de la base de considerar sustancialmente el precedente judicial". De aquí surgen las pautas básicas para la determinación del monto resarcitorio del daño a la persona.

A su entender, el criterio empírico se habría empezado a aplicar en nuestro país a partir del año 1980, en el que una sentencia de Malerbe habría dicho que el monto establecido para la estimación del daño moral fue fijado tomando en cuenta las valorizaciones hechas por el mismo en casos que guardan alguna analogía con el que estaba a su resolución, y a partir de aquí se habría creado una corriente conforme a la cual las evaluaciones, que eran practicadas por los Jueces, se tienen que fundar o se fundarían en los valores de casos similares en sus antecedentes.

Luego de los años 1985 y 1987, aparecieron dos trabajos de Venturini y de Van Rompaey, que precisamente ordenaron por rubros los distintos valores a dar a los distintos daños a la persona, lo que habría permitido la existencia de tablas o pautas para la orientación de la evaluación del daño a la persona. Sobre la base del análisis de estas tablas el Juez debe tratar de ubicar los casos similares o análogos, de forma de aunar su criterio de evaluación con el precedente.

Conforme lo sustentara Gamarra, en nuestro país el tema de la disparidad de criterios de evaluación del daño a la persona prácticamente ya no existiría, pues, a la fecha,

habría una especie de consenso entre los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, con referencia a cuáles son los topes máximos de valor a los que se puede llegar por la resarcibilidad del daño a la persona.

Señala este autor, encarando las cosas con realismo, que el denominado criterio empírico, en el que nos ha introducido, es efectivamente el movernos sobre la idea de que los Tribunales de alzada han impuesto ciertos criterios límites dentro de los cuales se desarrollan estas evaluaciones de los daños a las personas. Más allá de estar de acuerdo en que deben existir estas pautas de evaluación, por la seguridad y la unicidad de criterio y el trato igualitario que esto proyecta, en lo que discrepamos sustancialmente es en que estas pautas sólo puedan venir de la jurisprudencia, pues si es posible que existan estos criterios uniformes, por qué no establecerlos por vía normativa.

Entendemos que debería ser la norma la que les impusiera a los Jueces la consideración de los precedentes, y además debería ser la que con carácter general tendría que destacar cuáles son las cifras que estadísticamente están marcando los valores de los distintos ítems resarcitorios.

Debemos señalar muy especialmente que ciertos temas precisos, como los relativos a los daños a la persona, emergentes, por ejemplo, del transporte carretero, deben analizarse en vistas al interés general. Esto supone que si no se tiene cuidado en relación con los montos máximos que deban afrontarse con carácter de resarcimiento por el daño a la persona, el tema puede tener, como viene ocurriendo a nivel mundial, incidencias decisivas en los montos de las pólizas de los seguros, y llevar a que se carezca de seguros por los altos costos. Así se entra en una cadena en la que finalmente termina por afectarse a la víctima del transporte carretero, por frecuentar vías o medios o compañías de transporte que carecen de seguro por los altos costos de las primas. Es por esta razón, y no por otra, que se recurre y se ha propuesto —y creemos que con acierto— que en estos temas específicos se hable de topes o de límites máximos im-

puestos por la normativa, suscitándose sobre el particular una polémica a que posteriormente referiremos.

El denominado método empírico busca cierta originalidad en el nombre, pero no es más que el clásico método objetivo, que parte de la consideración de valores preexistentes cuya fuente es el precedente judicial.

No es cierto que recién en el año 1980 se hiciera referencia en el Uruguay al precedente judicial —como señala Gamarra—, sino que en realidad aun antes se le consideraba, pero la referencia al mismo carecía de la importancia que hoy tiene. Precisamente con el desborde que se produce ante algunas evaluaciones exageradas, se siente la necesidad de dejar claramente expresados los fundamentos de las evaluaciones y, por impulso de la doctrina y de la misma jurisprudencia, se comienza a hacer referencia al precedente con mayor énfasis.

Por cierto, la incidencia del precedente judicial o de las máximas consolidadas en el tema de la reparación del daño a la persona se encaró en nuestro país varios años después de haberse tratado de frente el tema de la jurisprudencia como fuente *material* de derecho (Ordoqui Castilla, *Derecho Judicial Extracontractual*, Montevideo, 1974).

Con carácter general el precedente judicial consolidado tiene una particular relevancia en el estudio de todo el denominado Derecho de Daños y, en especial, en la indicación de tendencias en las pautas o criterios de evaluación.

Jean Ettiene Marie Portalis (*Ecrits et Discours Juridiques et Politiques*) enseñaba que “hay tiempos en que se está condenado a la ignorancia por falta de libros, y otros en los que resulta difícil instruirse porque abundan demasiado. Si en algún ámbito puede perdonarse la intemperancia de comentar, de discutir y de escribir, es sobre todo en la jurisprudencia”.

Señala luego: “harta fortuna es que haya compilaciones y una continuada tradición de usos, de máximas y de reglas, porque es en cierto modo necesario juzgar hoy como se ha juzgado ayer”.

Parte III

CONCLUSIONES

La valorización del daño a la persona constituye sin lugar a dudas el tema más importante y grave dentro del denominado Derecho de Daños.

Necesariamente debe responder a dos necesidades imperantes, básicas y complementarias: debe tratarse de lograr individualizar una suma de dinero que satisfaga al afectado atendiendo a la entidad del perjuicio en consideración de las circunstancias concretas del caso y, por otra parte, debe darse respuesta al interés general (colectivo) que exige una cierta homogeneidad (no uniformidad) pues no se trata de que cada Juez "haga justicia a su estilo" convirtiendo el punto en una verdadera "lotería jurídica".

Debe entonces darse respuesta a un tema de interés individual, concreto de la persona afectada y también debe contemplarse un problema que refiere al interés general, que aspira, como dijéramos, a la homogeneidad y una correcta ponderación de "la igualdad ante la ley". Este último aspecto del tema viene adquiriendo relevancia a nivel mundial, buscando de una u otra forma el acceso a parámetros base de los cuales poder partir para el logro de soluciones homogéneas.

La "misión imposible" de dar un precio a lo que no tiene un valor en el mercado (el dolor, el sufrimiento, la pérdida de un dedo o de una mano; o de un familiar querido) marca a las claras el grado de dificultad que presenta el tema en estudio.

Hasta los últimos años, se ha buscado simplificar el punto envolviéndolo en una "aureola" de aparente seguridad destacando que la cifra surge de la discrecionalidad del Juez. Pero no se ha advertido con la suficiente precisión que discrecionalidad no es arbitrariedad o actuar conforme a los dictados de la conciencia sino que exige una "fundamenta-

El derecho, y en especial el que regula la evaluación del daño a la persona, no es algo hecho o ya concluido, sino que se está haciendo siempre, y quien lo está complementando es el Juez con su silenciosa labor de resolver caso por caso, día por día.

El término "creación" normativa puede causar escalofríos, pero no es que la jurisprudencia cree leyes, sino que, cuando aplica criterios o pautas que se consideran naturalmente justas, inteligentes, estos adquieren una fuerza en los hechos que se traduce en un "poder de persuasión", de convencimiento, que llega a que sean imitados o seguidos.

Las evaluaciones que se realizan en los diversos daños que se le pueda causar a las personas, en la medida en que se consideren realistas, razonables, justas en atención a las circunstancias de tiempo y lugar, van adquiriendo la fuerza del precedente y marcando pautas a seguir.

Todo este proceso que consideramos el más conveniente y justo debe asistirse con la existencia de elementos que permitan percatarse de cuáles son los valores aceptados. Para ello es necesario que alguien se encargue de ordenarlos, de destacar las tendencias según los diversos casos a considerar. Eso puede hacerlo la doctrina o algún organismo oficial que lo encare con seriedad y la objetividad debidas.

Una vez que se llega a estos valores, de origen jurisprudencial, deben difundirse para que operen como "punto de partida" en el razonamiento de los jueces para adaptar las cifras a "las circunstancias del caso".

Por eso destacamos muy especialmente que los valores que surgen de esta metodología de trabajo nunca pueden imponerse como valores fijos, sino proponerse como guía, como pauta para orientar y tender a una mayor uniformidad.

ción" o sea, que el valor a dar al daño a la persona debe tener un respaldo, un apoyo jurídico, que permita su "reconstrucción", es decir, si el Juez de alzada sigue los fundamentos utilizados por el sentenciante, debería llegar a una cifra similar o aproximada.

El punto de apoyo o de partida en la determinación del valor debe surgir o estar preestablecido en atención a la consideración de casos similares, de los cuales surgen ciertas máximas consolidadas de valuación, que se imponen ya sea por vía de la fuerza del precedente judicial, o por la misma imperatividad de la norma. En el derecho comparado se tiende a transitar por este sendero, si bien en algunos casos se destaca que alcanza con la labor doctrinaria que ordenan las tendencias de valorización, "generalizando" o "promediando" o "enunciando estudios estadísticos", extraídos del estudio de los diversos casos jurisprudenciales dictados sobre el tema.

En otros casos se señala que los Tribunales de alzada operan como niveladores o controladores de los valores. En nuestra opinión esta ordenación de los valores no puede dejarse sólo al criterio de algunos Doctrinos o Jueces, sino que debe de lograrse la homogeneización por vía normativa.

Aquí la primera reacción que suele oponerse es la que presupone que regular es limitar, incurriéndose en esta reflexión en varios errores.

Primero, quien parte del concepto de que regular es limitar, incurre en una petición de principio, pues parte de la base de que sabe cuál es la compensación completa o íntegra, que es la que se limitaría, cuando en realidad bien se sabe que nadie está en condiciones de decir esto es completo o incompleto, íntegro o limitado. El módulo de comparación exacto no existe y todas las evaluaciones serán siempre por aproximación.

Segundo, la regulación del tema no pasa en todos los casos por imponer valores máximos, sino que de lo que se trataría es de establecer pautas de orientación, "valores de partida" o "valores de base", que no vinculan, sino que

orientan para luego proceder al ajuste según las circunstancias concretas de cada caso.

Desde nuestro punto de vista, una legislación ideal en el tema debería disponer:

I. La evaluación del daño causado a la persona en sus diversas manifestaciones deberá realizarse sobre la base de la consideración de valores originados en los estudios estadísticos promedios, efectuados sobre fallos dictados para casos semejantes, debiendo luego estos valores ajustarse a la consideración de las circunstancias del caso, atendiendo al perjuicio realmente causado.

A estos efectos el organismo recabará y difundirá, ordenadas estadísticamente, las diversas evaluaciones según rubros y circunstancias más frecuentes.

II. En ciertos casos de excepción, donde el interés general (colectivo) exija una mayor seguridad en el sentido de que los montos resarcitorios pueden llegar a afectar los valores de las pólizas, o de los mismos precios de los servicios (públicos) podrán fijarse montos máximos de evaluación con criterios de actualización.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL

Por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz

Con motivo de este muy grato encuentro con juristas uruguayos, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ha propuesto como uno de los temas a considerar el de la responsabilidad objetiva, que en las últimas décadas ha tenido una aplicación de trascendencia en el ámbito del derecho civil y especialmente en el derecho judicial, explicable por cierto, por la acentuación de los riesgos derivados de la maquinaria que tecnológicamente ha aparejado innegables beneficios a la comunidad, pero también daños, que obligan a elaborar una adecuada regulación que haga compatible lo positivo de tales adelantos materiales y la ineludible necesidad de asegurar resarcimientos de los mencionados perjuicios.

El tema de la responsabilidad civil por actos ilícitos extracontractuales ha sido desde siglos atrás motivo de especial preocupación de juristas doctrinarios y de legisladores.

Hasta no hace muchas décadas no se concebía que pudiera existir responsabilidad por daños causados, de no acreditarse la imputabilidad de culpa del autor del hecho. Pero ese principio liminar fue cediendo paulatinamente para im-

poner soluciones de justicia a las víctimas de daños causados con las cosas o por las cosas.

Así, el 13 de febrero de 1930 se produce en la materia una revolución copernicana, con motivo del fallo de la Corte de Casación de Francia dictado en el caso de "Jeand'heur contra Galeries Belfortaises". Los antecedentes de este pronunciamiento fueron los siguientes: El 22 de abril de 1925 un camión de la sociedad Galeries Belfortaises arrolló a una menor, Lise Jeand'heur, y la hirió gravemente en el momento en que atravesaba la calzada. La madre de la víctima demandó a la sociedad dueña del camión, pero el Tribunal de Belfort si bien se pronunció por la aplicación del art. 1384 del Código Civil dispuso una medida precautoria y ordenó la realización de una información para determinar si el accidente no se había producido por culpa de la víctima, lo que podría exonerar, de ser afirmativo, a la sociedad demandada. Pero apelada dicha decisión, la Corte de Besançon, por fallo del 29 de diciembre de 1925, la reformó, pues entendió que la disposición aplicable era el art. 1382 que establece la responsabilidad genérica de todo aquel que causa un daño, y no el 1384 que específicamente trata el supuesto de daños causados por las cosas cuya guarda tiene el demandado, de modo que debía probarse la culpa del conductor del camión. La Cámara Civil de la Corte de Casación casó esta decisión y se dispuso al reenvío a la Corte de Lyon, que insistió en la tesis de la Corte de Besançon, de modo que el litigio volvió a la Corte de Casación, que en fallo de Cámaras Reunidas anuló el pronunciamiento recurrido, imponiendo la tesis, y esto es lo revolucionario del caso, según la cual la víctima de un accidente causado por un automóvil no debe probar la culpa del conductor, cuya falta debe presumirse.

La importancia de este fallo la señala el hecho de que figure en la obra *Los grandes fallos de la Jurisprudencia Civil* que inició Henry Capitant y continuaron Leon Julliot de la Morandiere y Alex Weill (4ª Ed., París, 1964, p. 359).

Si bien esta sentencia no importa estrictamente consa-

grar la teoría del riesgo o responsabilidad objetiva, es un antecedente tan inmediato que la hermenéutica judicial ulterior bien pudo hacer en los años sucesivos una interpretación que casi lleva a aplicar la teoría del riesgo, o responsabilidad objetiva que de manera explícita sólo se sanciona años después en numerosos códigos civiles modernizados.

Hecha esta primera evocación del fallo de la Corte de Casación Francesa, para no dilatar de manera extensa mi exposición, prefiero pasar a referirme al tema que me ocupa, con motivo de la reforma, en 1968, de nuestro Código Civil, ley 17.711, y especialmente a reflexionar acerca de si se ha incorporado un régimen sostenible en razones de justicia o si es disvalioso.

El nuevo art. 1113 de nuestro Código dice: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

"En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

"Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".

Es decir que luego de mantener en el párrafo primero lo que ya establecía el Código de Vélez, o sea la obligación genérica del que ha causado un daño por los hechos imputables a las personas que están bajo su dependencia o por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado, se incorporan dos párrafos en virtud de los cuales se expresa en primer lugar la responsabilidad del dueño o guardián por daños causados con las cosas, salvo demostración que de su parte no hubo culpa, principio de inversión de la prueba de la culpa, pero se agrega que si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o par-

cialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Esto implica la consagración de la teoría del riesgo de la cosa que apareja una responsabilidad objetiva, aun en los casos en que no existe culpa del dueño o guardián. Ello no excluye que puedan existir casos en que concurren el riesgo de la cosa y culpa atribuible al dueño o guardián jurídico de ella, por ejemplo si, además del vicio o riesgo de aquélla, se puso a funcionar una máquina de manera incorrecta provocando el daño. Pero además, se impone también la responsabilidad aunque no hubiere culpa del dueño, v.gr. si una caldera nueva provocara una explosión, sin poderse imputar falta de cuidado al ponerla en funcionamiento y ocasiona daños, se comprometería la responsabilidad del dueño o guardián, sin perjuicio de que pudiera también imputarse las consecuencias al fabricante o proveedor si se comprueba culpa de ellos.

La primera reflexión que se me ocurre formular es acerca de si este nuevo tipo de responsabilidad se justifica axiológicamente o sea desde el punto de vista de valoración positiva en justicia o si no es así.

Parece irrefutable que en una sociedad altamente mecanizada, y yo agregaría peligrosamente plagada de técnicas, no puede dejar de consagrarse el derecho de obtener un resarcimiento a quienes de ello resultan víctimas de daños. Ciertamente el criterio ya superado doctrinaria y legislativamente de exigir culpa imputable al dueño de la cosa no da satisfacción adecuada a los perjudicados, ya que aun sin mediar culpa de quien tiene a su cargo las cosas riesgosas, debe contemplarse el fundamental argumento de que esa cosa es utilizada en beneficio de su dueño o guardián y resulta razonable que cargue con las consecuencias de su uso y provecho, máxime si dicho beneficio, el uso de la cosa, puede ser amparado con un seguro de responsabilidad. A ello debe agregarse que el dueño o guardián queda eximido de responsabilidad si el daño acaece por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder

y tampoco responde si el daño se produce por caso fortuito ajeno al uso de la cosa, v.gr.: un ciclón o terremoto que al destruir un edificio provoca daños, pero en este caso obsérvese bien, siempre que el casus haya causado daños que no sean consecuencia del carácter riesgoso de la cosa.

No obstante estas razones de justificación, que hoy aceptan los doctrinarios, cuando con la sanción de la ley 17.711 se dio vigencia en el art. 1113 a la responsabilidad objetiva, se expuso una acerada crítica, enunciada por uno de los civilistas de mayor prestigio que ha tenido el país en las últimas décadas. Me refiero al Dr. Jorge Joaquín Llambías, y al evocarlo lo hago con el homenaje de respeto que merece que se le reconozca.

Llambías (*Estudio de la Reforma del Código Civil*, 1969, p. 273 y sigs.) no admitía que se produjera una brecha en el régimen que legisla la responsabilidad extracontractual, que en el Código de Vélez se sustentaba fundamentalmente en la imputación de culpa del autor del daño.

Pienso que se trataba de un razonamiento meramente conceptualista, reñido con la realidad.

Al referirme a esta opinión disidente, he de mencionar nociones que en mis clases de derecho civil insistía en repetir a mis alumnos, que consistían en destacar las enseñanzas de Savigny, eminentísimo jurista a quien sus contemporáneos fundamentalmente lo exaltaron por su posición adversa a la codificación y su sabiduría como romanista. Pero su verdadera trascendencia no la vieron, que fue su significación ontológica del Derecho Positivo que él enseñó como resultado de experiencia jurídica, de tipo histórico, con lo que dio un giro fundamental respecto de la llamada escuela protestante de derecho natural que ubicaba al derecho entre las disciplinas de especulación, en vez de hacerlo entre las de experimentación referida a valores. Al discutirse sobre la ley y sus transformaciones, mal puede negarse cierto margen que, sin afectar su esencia, cuyo objetivo es realizar la justicia, quede sometida a variaciones históricas como todas las obras humanas. También cabe recordar lo

que expresaba Pound, en el sentido de que el rasgo más significativo de la moderna ciencia del derecho es el cambio de la actitud analítica a la funcional (citado por Cardozo en *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, 1955, p. 55, Nº 36) lo que exige el abandono de esquemas que Bertrand Russell calificara de euclidianos y que el siglo XIX recibió del anterior en los campos de la política y el derecho.

La objeción opuesta a la incorporación de la teoría del riesgo creado, por no ajustarse al esquema básico de exigencia de culpa del autor, no resiste el argumento de que Vélez en su Código admitió casos de responsabilidad sin culpa. Basta recordar el art. 1129 referente a los daños causados por un animal feroz del que no se obtiene utilidad, que son siempre imputables al dueño aunque no le hubiere sido posible a éste evitar el daño y aunque el animal se hubiere soltado sin culpa de los que lo guardaban; lo mismo en el art. 1118 que impone a los dueños de hoteles, casas de hospedaje y establecimientos públicos de todo género, la responsabilidad del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habiten en ellos, o cuando tales efectos desapareciesen aunque prueben que les fue imposible impedir el daño. Se dirá que estos casos son excepciones muy particulares, pero debe recordarse un caso mucho más importante por su trascendencia en la práctica, que es la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1113, 1ª parte). Y bien, esa responsabilidad se enseñaba que tenía su fundamento en la culpa in eligendo o in vigilando del empleador, sin embargo la doctrina y el derecho judicial decidieron sin excepciones, que éste no podía liberarse de su responsabilidad demostrando el más escrupuloso cuidado al elegir a su dependiente y al vigilar su desempeño. Con esta interpretación se impuso una responsabilidad objetiva, probado que el empleado provocó por su culpa un daño, daño al que estrictamente fue ajeno el empleador que pudo no tener culpa alguna en la producción del hecho.

El Dr. Llambías expuso con vehemencia su crítica, y dijo (*Estudio de la Reforma del Código Civil, Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969, p. 285): “El jurista que es el hombre gobernado por la razón y el bien común, no puede dar salida incontrolada a un principio explosivo que quiebra uno de los fundamentos del buen orden social como es la necesidad de la culpa para originar la responsabilidad. Si durante siglos el hombre ha entendido que la base de la responsabilidad civil es la autoría moral del hecho dañoso que es imputable al responsable, no es discreto sustituir ese cimiento de la responsabilidad por la simple relación de causalidad material entre una cosa y el daño”.

Esta crítica estimo que no resiste al análisis, que resulta de contraponer a un principio teórico, la realidad de daños causados por cosas peligrosas de las que el dueño o guardián se beneficia con su uso y afectan a quienes eran ajenos a ese beneficio. El argumento de que durante siglos se exigía la culpa como elemento de la responsabilidad civil, no vale frente al auge de un maquinismo peligroso que se desconoció en tiempos antiguos y, además, el dueño o empresario que utiliza cosas de riesgo tiene en el seguro la fácil posibilidad de evitar su perjuicio patrimonial.

Llambías recordaba, en la mencionada obra, la denodada crítica que a la tesis del riesgo creado, formuló Planiol en 1905 y 1906 en la “Revista Crítica de Legislación y Jurisprudencia”, posición a la que adhirieron Colin y Capitant, H. y L. Mazeaud y Tunc, pero reconocía la postura favorable que sostuvieron Josserand, Demoge y Savatier que constituyeron así el ala progresista en el tema que terminó imponiéndose en el derecho francés contemporáneo. Así en el reciente curso de Derecho Civil, de los destacados actuales profesores de las Universidades de Pantheon Assas (París II) y Pantheon Sorbonne (París I), Philippe Malaurie y Laurent Aynes, respectivamente (Tomo VI, de *Les Obligations*, 4ª Ed.) puntualizan el estado del tema actualizado a julio de 1993, de la responsabilidad por el llamado hecho de las cosas inanimadas, en el derecho francés,

que presenta una coincidencia significativa con los principios consagrados por el art. 1113 de nuestro Código Civil después de la reforma efectuada por la ley 17.711 y que dichos autores enuncian así: 1º) La víctima del daño está dispensada de probar la culpa del guardián de la cosa que ha causado el daño; 2º) El guardián no puede exonerarse demostrando su ausencia de culpa, lo que se anuncia, con más o menos acierto, hablando de "presunción de responsabilidad" o de "responsabilidad de pleno derecho"; 3º) El guardián puede exonerarse desconociendo el rol causal de la cosa, demostrando de manera positiva cuál es la verdadera causa del accidente, fuerza mayor, hecho de un tercero, o hecho de la víctima. Así, se exonera si demuestra que la cosa ha jugado un papel pasivo en la realización del daño. Y como síntesis del tema, expresan que el guardián es garante de los vicios internos de la cosa. Conviene aclarar que al referirse al guardián de la cosa, obviamente se alude al dueño, y a quien tiene un poder independiente respecto de ella, aun sin ser su dueño.

Por cierto que el tema de la responsabilidad objetiva entraña problemas que deben ser motivo de juicioso tratamiento y que algunos de ellos serán motivo de sendas exposiciones en estas reuniones por miembros de esta Academia.

No pretendo enumerar todas las cuestiones que el tema puede involucrar aunque sí cabe señalar por su trascendencia el referente al concepto de la cosa peligrosa, que motivó un ilustrado debate en el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital ("La Ley", T. 1989-A, p. 561) en el cual el entonces integrante de la Cámara Dr. Vázquez Vialard sostuvo la buena doctrina, afirmando que no basta que una cosa haya intervenido en la producción de un daño, sino que éste tiene que haber sido causado por ella y que no haya sido un mero instrumento que respondiera exactamente a la voluntad del agente, o sea que se requiere que se haya sujetado a la cosa a fuerzas o factores que se agregan a la fuerza originaria y propia del hombre y que la independizan en cierta medida

del control absoluto del guardián (Conf. Aída Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil anotado*, dirigido por A. C. Belluscio, T. V, p. 457). Este concepto excluye la posibilidad de imputar responsabilidad al dueño de instrumentos que se usan en la práctica sanitaria, si no ha habido culpa del médico, como el bisturí o el forceps, y así resulta inaceptable la tesis que sostuvo el Dr. Mosset Iturraspe, comentando un caso judicial en el que señaló que el daño causado por el forcep, aunque no hubiera mediado culpa del médico, responsabilizaba no a éste pero sí al Instituto propietario del instrumental ("La Ley", T. 1993-A, p. 155) criterio que fue rebatido con categórica argumentación por el Dr. Borda ("La Ley", T. 1993-B, p. 693). Bastaría pensar que de lo contrario un golpe de puño que causara lesiones por el anillo que llevaba quien lo propinó, responsabilizaría por el concepto de peligro de la cosa, sin examinar si hubo culpa de aquél; aunque bueno es recordar que la jurisprudencia extranjera registra casos en que aplicando reglas de hermenéutica, tendientes a asegurar un resarcimiento a víctimas de daños, aplicó el criterio de que cuando un demente utiliza una cosa para provocar un daño, la víctima puede obtener reparación, situación que actualmente en nuestro Código Civil, art. 907 reformado por la ley 17.711, quedaría contemplada en ciertos casos con el posible resarcimiento por razones de equidad.

También es de trascendencia analizar cuestiones particulares de responsabilidad civil en la nueva realidad social que tratará el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina: e igualmente temas de mucha importancia como la responsabilidad contractual en los supuestos en que media obligación de seguridad y obligación de garantía, responsabilidad en los medios de transporte, por daños causados por productos elaborados y otros.

Como síntesis conceptual diría que la responsabilidad objetiva hoy impuesta con amplia generalidad en el moderno derecho comparado, se justifica por las razones que he expuesto y sólo cabe agregar que los jueces deben aplicarla

con prudencia y razonabilidad. En apreciación general diré que lo han hecho así, salvo excepciones, y que más bien se oyen críticas justificadas sobre las pautas seguidas en algunos pronunciamientos para establecer los montos de los resarcimientos, cuestión ésta ajena al tema de la responsabilidad objetiva. Salvo tales casos, que son minoría, puede afirmarse que la reforma civil de 1968 que la incorporó en nuestro derecho ha sido beneficiosa.

EL CONCEPTO DE COSA RIESGOSA

Por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas

Nuestro Código Civil, en el segundo párrafo de su art. 1113, se refiere a la responsabilidad por los daños causados "*por el riesgo o vicio de la cosa*". Digamos pues, ante todo, que el "riesgo" es la contingencia o proximidad de un daño, *ya que correr un riesgo significa estar expuesto a sufrir un perjuicio*¹. La norma también habla del "vicio" de la cosa, que es un defecto, imperfección o anomalía que presenta la misma, el cual amén de tornarla inapta o impropia para su destino o utilización conforme a su naturaleza —doctrina del art. 2164 del Cód. Civil—, es también la causa generadora del "riesgo", ya que entonces la contingencia del daño no será más que una mera consecuencia o derivación del vicio propio de la cosa².

¹ EDUARDO B. BUSSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1951, t. IV, p. 85, N° 12; JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1982, t. IV-A, pp. 627 y sig., N° 2649-a); ídem, *El fundamento de la responsabilidad civil*, en "E.D.", v. 25, p. 831, N° 2; AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Comentario al art. 1113 C. Civil*, en el *Código Civil anotado, comentado y concordado*, de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, p. 458.

² LLAMBIAS, *Tratado...*, cit., t. IV-A, p. 613, N° 2636-b); ídem *El fundamento de la responsabilidad civil*, cit. en "E.D.", v. 25, p. 831, N° 2; y en similar sentido: ALBERTO J. BUERES, *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Buenos Aires, Abaco, 1981, p. 270, nota 18, pun-

Sin embargo, prácticamente desde que la reforma de la ley 17.711 a nuestro Código Civil incorporó como segundo párrafo de su artículo 1113 el texto supra aludido, quedó planteada entre nosotros la cuestión de precisar el concepto de "cosa riesgosa".

Ello fue así pese a que, como se acaba de señalar, en rigor la norma no se refiere a las cosas riesgosas, sino, lo que no es lo mismo, al "riesgo" que puede crear o al que puede dar lugar una cosa. Y aconteció, principalmente, en razón de que una importante tendencia doctrinaria y jurisprudencial vino a interpretar que, cuando en el mencionado art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, se diferencia el supuesto de daño causado "con" una cosa, del provocado "por" el riesgo o vicio de la misma, se habría receptado el distinguo propiciado de tiempo atrás por Georges Ripert³, entre cosas que *normal o habitualmente no son peligrosas* —supuesto en el cual, para esta postura, encuadraría propiamente el daño ocasionado "con" la cosa—, y cosas que *si son peligrosas*, que por sí mismas resultan aptas para provocar la contingencia de un daño o implicar

to 7; JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 405, N° 1048; PABLO A. HORVATH, *La responsabilidad objetiva en el derecho privado*, en "J.A.", Doctrina 1970, p. 564, N° VI, *in fine*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit. en el *Cód. Civil...*, de Belluscio-Zannoni, t. 5, pp. 459 y sig., § 13; JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1971, t. I, p. 124; RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*, Buenos Aires, ed. Universidad, 1983, pp. 424 y sig., letra c); Despacho A) de la Comisión N° 1 de las "Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil" de Mercedes, año 1981, suscripto por los Dres. Ramella, Bueres, Compagnucci de Caso, Gherzi y Trigo Represas: "La expresión 'riesgo' es comprensiva en cualquier circunstancia susceptible de generarlo, ergo el vicio de la cosa es sólo una de las involucradas dentro del otro concepto más genérico de riesgo".

³ GEORGES RIPERT, *nota* en Dalloz Périodique, 1925, 1ª parte, p. 5; *idem* *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1935, p. 241, N° 124; 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. 128, N° 1047. Al parecer, con anterioridad habría sido sostenido idéntico criterio por A. Esmein, en una nota suya aparecida a fines del siglo pasado en Sirey, 1899, 1ª parte, p. 497. Por lo demás este criterio fue luego adoptado en el "Common law" de los países anglosajones, al ocuparse concretamente de la responsabilidad por los productos elaborados.

un riesgo, en cuyo caso se trataría, obviamente, del daño "por" el riesgo o vicio de la cosa ⁴.

Nosotros siempre discrepamos y objetamos ese criterio. Damos por aceptado, es imposible no hacerlo, que existen cosas que por su propia naturaleza son peligrosas: aquéllas de cuyo empleo aun normal o conforme con su estado natural, se puede generalmente derivar un peligro para las personas; tal como ocurre por ejemplo con la energía nuclear o la eléctrica, o con los explosivos, que tienen todos una potencialidad dañosa *per se*, con prescindencia del medio en el cual se utilicen y de las circunstancias que los

⁴ GUILLERMO A BORDA, *La reforma del Código Civil: responsabilidad extracontractual*, en "El Derecho", v. 30, p. 812, N° 4 c); JOSE MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. 11, pp. 956 y sig., N° 86; ALFREDO ORGAZ, *El daño con y por la cosa*, en "L.L.", 135-1598, N° II-2-b); ídem *La culpa (actos ilícitos)*, Córdoba, Lerner, 1970, pp. 198 y sig., N° 7 y pp. 201 y sig., N° 75-a); PIZARRO, ob. cit., pp. 315 y ss., N° 1-IV-a) y pp. 333 y ss., N° 6; PATRICIO RAFFO BENEGAS y RAFAEL A. SASSOT, *Responsabilidad objetiva (art. 1113 del Código Civil)*, en "J.A.", Doctrina 1970, p. 777; ANTEO F. RAMELLA, *El daño causado con la cosa y el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa*, en "Juris", Rosario, vol. 33, pp. 205 y ss.; JORGE O. RAMÍREZ, *Indemnización de daños y perjuicios*, Buenos Aires, Hammurabi, 1981, t. 1, pp. 40 y ss.; ACDEEL E. SALAS, *La responsabilidad en la reforma del Código Civil*, en "J.A.", Doctrina 1969, p. 431, N° 40 y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 391 y sig., N° 40; MATILDE M. ZAVALA DE GONZALEZ, *Responsabilidad del patrón y del dueño o guardián de una cosa inanimada*, en "J.A.", 1980-IV, pp. 750 y sig., N° 3; ídem *Daños con las cosas y por el riesgo o vicio de la cosa*, en "J.A.", 1983-IV, pp. 640 y ss., N° VI; ídem *Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa*, en "L.L.", 1983-D, pp. 116 y ss., especialmente N° III; ídem *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, pp. 58 y sig., § 10; Cám. Nac. Federal La Plata, Sala I° Civ. Com., 3/4/73, "Entel c/ Ibáñez", "L.L.", 150-663; Cám. Fed. La Plata, Sala I°, 3/5/74, "Toraya c/ Agua y Energía", "E.D.", 56-525; Cám. Fed. Córdoba, Sala Civ. y Com., 7/6/73, "Aguirre de Marín c/ Ind. Mecánicas del Estado", "L.L.", 153-238 y "J.A.", 19-1973-729; íd., 10/12/70, "Entel c/ Soc. Cruz del Eje Refrescos", "L.L.", 141-31; Cám. Nac. Civil, Sala A, 20/9/77, "Rodríguez de Migliore c/ F.C. Argentinos", "E.D.", 79-317; ídem Sala B, 4/3/74, "El Mundo Cia. de Seg. c/ Río de la Plata S.A.", "L.L.", 154-321 y "E.D.", 54-500; íd. Sala F, 13/8/74, "Rodríguez González c/ Lucio", "E.D.", 58-280, sum. N° 37; Corte Just. Salta, Sala III, 17/5/74, "Zamar c/ Tinto", rep. "L.L.", v. XXXVII, p. 432, sum. 397; Trib. Trab. Junín, 20/3/72, "Molla c/ Agro Aéreo Junín", "E.D.", 43-317; Juzg. Civil N° 1 San Isidro, 7/10/69, "India c/ Toscanini", Sensus, año II, N° 6, p. 465; Cám. Paz Córdoba, Sala 3°, 7/2/73, "Borgatello c/ Miguel", "J.A.", Reseñas 1974, p. 553, N° 32; etc.

rodeen⁵. Sin embargo, tampoco puede dejarse de lado el hecho de que las circunstancias fácticas pueden incrementar las posibilidades de dañosidad de una cosa, como ocurre si los materiales radiactivos o conductores de electricidad se utilizan sin la correspondiente aislación, o si los explosivos se exponen al calor o al fuego; y a la inversa *también pueden aminorarse y hasta aniquilarse aquéllas*, como sucedería v.gr. en el caso de los explosivos, si se humedece o moja la pólvora, o si se tiene un arma de fuego pero descargada, etc.

A la vez, como contrapartida, cosas que en si no revisiten ninguna especial peligrosidad y que parecen completamente inofensivas, como una silla o un tiesto de flores, pueden resultar idóneas para ocasionar un perjuicio, si la primera, por tener un clavo salido, llega a herir a quien se sienta en ella⁶, o si la maceta ha sido colocada en un balcón de forma tal que pueda llegar a caer a la vereda y lesionar a un transeúnte⁷. Por ello tampoco se discute entre nosotros que no es requisito del hecho de la cosa su

⁵ PIZARRO, ob. cit., p. 344; ZAVALA DE GONZALEZ, *Daños con las cosas...*, cit. en "J.A.", 1983-IV, p. 641, N° IV; ROQUE GARRIDO y LUIS O. ANDORNO, *El artículo 1113 del Código Civil. Comentado. Anotado*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 309, letra i).

⁶ Caso resuelto por la Sala F de la Cám. Nac. Civil, el 12/8/71, "Romero de López c/ Lavalle 827 S.R.L.", "L.L.", 146-647 y "E.D.", 39-505.

⁷ Supuesto contemplado en el art. 1119, último párrafo, de nuestro Cód. Civil. En igual sentido: ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 119, N° 142; ATILIO ANÍBAL ALTERINI, HECTOR J. AMEAL y ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, t. I, p. 233, N° 474 y t. II, p. 423 y sig., N° 1730; ENRIQUE TOMÁS BIANCHI, *Daños por el hecho del hombre y por el hecho de la cosa*, en "J.A.", 20-1973, p. 269, letra b), N° 3; ROBERTO H. BREBBIA, *Problemática jurídica de los automotores*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. I, pp. 59 y sig., § 7; ORGAZ, *La culpa*, cit., p. 201, N° 76-a) y nota 24; RAFFO BENEGAS y SASSOT, *Responsabilidad objetiva*, cit. en "J.A.", Doctrina 1970, p. 777; SALAS, ob. cit. en "J.A.", Doctrina 1969, p. 431, N° 40 y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, cit., p. 392, N° 40; HENRI y LEÓN MAZEAUD y ANDRE 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. 2, vol. I, p. 272, N° 1238; Cám. Nac. Civil, Sala C, 3/9/76, "Cora c/ Gatto", "L.L.", 1977-C-639 (34.201-S); ídem Sala B, 2/8/79, "Varena Nelso c/ Consorcio Propietarios", "E.D.", 85-473; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala IV, 26/2/79, "Basman c/ García Currieses", "J.A.", 1979-II-584; etc.

movimiento, ya que hay cosas inertes que, “a causa de su *posición* en el momento del daño aparecen como la causa de éste”⁸, tal como ocurre con un montículo de tierra u otro obstáculo en una ruta, o el automóvil estacionado fuera de la banquina, o el foso donde puede caer una persona, etc.

Por todo ello es que, creemos, más que atenerse *in genere* a la intrínseca naturaleza —peligrosa o inofensiva— de las cosas, lo que corresponde tener en cuenta es si, de acuerdo con las circunstancias concretas del caso dado, puede considerarse a la “cosa” en cuestión como *causante* del daño, pues lo esencial y decisivo es la *incidencia causal de la misma* en el resultado nocivo, al margen de su condición o no de “*cosa riesgosa*”. O sea, en suma, que no se trata propiamente de tipificar a una cosa de peligrosa o no *per se*, sino de considerar *ex post facto*, después de sucedido el hecho dañoso, *de qué manera se produjo el perjuicio y si la cosa por sí sola era idónea para provocarlo, podía normal o regularmente llegar a producirlo, de acuerdo con el curso natural y ordinario de los acontecimientos* —art. 901, Cód. Civil—⁹; vale decir que en verdad se trata de un problema de *relación de causalidad* y por ello no interesa tanto “*cómo es*” la cosa, sino más bien “*de qué manera*” intervino ella, qué rol le cupo en la producción del resultado perjudicial.

Por eso es que insistimos en que el precepto legal no se refiere al daño causado por “*cosas riesgosas*”, sino al ocasionado “*por el riesgo (o vicio) de la cosa*”, lo que obviamente es bastante distinto; ya que dentro de esta última categorización la contingencia del daño puede provenir de cualquier cosa, riesgosa o no por naturaleza, en tanto y en cuanto por las especiales circunstancias del caso dado haya

⁸ LLAMBIAS, *Tratado...*, cit., t. IV-A, p. 471 y sig., N° 2574; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por riesgo...*, cit., p. 56, § 9.

⁹ EMILIO BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, trad. José Luis de los Mozos, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1969, t. I, p. 149; ALFREDO ORGAZ, *El daño resarcible*, 2ª ed., Buenos Aires, ed. Bibliográfica Omeba, 1960, pp. 69 y ss., N° 19.

resultado apta para llegar a ocasionar el perjuicio, haya podido tener efectiva incidencia causal en su producción.

Con lo dicho damos por concluida esta breve exposición, sobre el concepto de "cosa riesgosa" en relación con la aplicabilidad del art. 1113, segundo párrafo del Cód. Civil; la que paradójicamente culmina, a la postre, negando a esos fines la necesidad de tal caracterización.

LOS FACTORES OBJETIVOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ARGENTINO

Por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina

Hemos escuchado en este panel al Dr. Peirano Facio quien nos ha presentado muy claramente lo que significa la responsabilidad civil de factor subjetivo. Sencillamente: este factor se refiere al comportamiento de las personas que ejecutando hechos culposos e imprudentes y, a veces también dolosos, causan un daño a un tercero. Este factor subjetivo constituye el eje sobre el cual ha girado históricamente el deber resarcitorio. Surge después la responsabilidad objetiva que, aunque en el origen de la historia de los daños la mera existencia del perjuicio causado a las cosas constituía un delito, el *damnum injuria datum* de la ley Aquilia en la Antigua Roma, el sistema fue dominado durante el derecho intermedio por la idea de culpa, al punto que al iniciarse el movimiento de Codificación con el Código Napoleón de 1804, los arts. 1382 y 1383 sientan en sus enunciados el principio que la doctrina de sus comentaristas ha enunciado con la expresión *pas de responsabilité sans faute*.

No es que en Roma no se tomara en cuenta la conducta del causante del daño, sino que esta refinada valora-

ción ética del accionar humano aparece en la mente de los juristas romanos en la época clásica del derecho, en los siglos I y II, durante el Imperio. En los delitos de daños (*damnum injuria datum*) se formula la culpa aquiliana a fines de la República (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*) y a comienzos del Imperio, la culpa del deudor en los contratos constituye también un elemento de la ilicitud de la inejecución. Bajo Justiniano los jurisconsultos clasifican la culpa en grados (grave o lata, leve en abstracto y leve en concreto) y la atribuyen a la inejecución de ciertos contratos según el interés que el deudor tiene en ellos.

Volviendo a la responsabilidad objetiva, ella aparece normativamente hacia fines del siglo XIX particularmente en Francia, cuando el desarrollo de la gran industria y el maquinismo obligó a la jurisprudencia a buscar el medio de dispensar a las víctimas de probar la culpa. En Bélgica el civilista Laurent, comentando el Código de su país, que no era otro que el Código Napoleón, defendió una nueva tesis sobre el artículo 1384 (se habló entonces de "descubrimiento"). Hasta ese momento la doctrina entendía que este artículo se refería solamente a la responsabilidad por el hecho de otro y de las cosas que se tienen bajo la guarda, pero se entendía que esto último anunciaba las disposiciones de los siguientes artículos, o sea el 1385 referido a los animales y el 1386 que alude a los edificios en ruinas. Sin embargo el civilista belga le atribuyó un contenido autónomo, esto es, que al referirse a "las cosas que se tienen bajo la guarda" la ley sentaba un principio de responsabilidad general por el daño "causado por las cosas inanimadas". Esto no significaba excluir la culpa, pero ponía de resalto que el daño también podía causarse por el empleo de cosas y no solamente por la pura actividad humana de acción o abstención. Entretanto, había ganado terreno en Francia la escuela positivista italiana del derecho penal para fundar en el ámbito civil la existencia de una responsabilidad sin culpa. Nació así la teoría del riesgo, que propugna la responsabilidad civil independiente de toda idea de culpa. Al-

gunos civilistas (Josserand y Saleilles) pretendían introducir en el derecho privado la teoría del riesgo integral, pero la prudencia de la doctrina francesa fundó la responsabilidad patronal por accidentes del trabajo en el concepto más restringido de "riesgo profesional". El problema social de los accidentes laborales quedaba así superado por la responsabilidad objetiva de la parte patronal (*ubi emolumentum ibi onus*).

Cuando aparecieron los automóviles y el riesgo que comportaba la circulación en relación con los peatones desde principios de siglo, fueron motivo de preocupación para los tribunales de justicia sobre todo en Francia. Allí se dio un caso que históricamente significó la admisión de la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa, aunque, como veremos, los tribunales de ese país se resistían a abandonar la idea de culpa.

El caso que marca la aceptación de la teoría del riesgo creado fue el que promovió la viuda Jeand'heur contra Galeries Belfortaises, a raíz del accidente que sufrió la menor, hija de la demandante, al ser atropellada por un furgón de la demandada. Después de tres años de tramitación en la Corte de Besançon, de Lyon y Dijon, después de haber llegado finalmente a las Cámaras Reunidas de la Corte de Casación, este Tribunal falló el 13 de febrero de 1930 estableciendo que "la presunción de responsabilidad establecida en el art. 1384 del Código Civil, en contra de quien tiene bajo su guarda la cosa inanimada que ha causado un daño a otro, no puede ser destruida más que por la prueba de un caso fortuito o de fuerza mayor o de una causa extraña que no le sea imputable; que no es suficiente probar que no se ha cometido ninguna culpa o que la causa del daño es desconocida...". Notoriamente al no admitirse la prueba de la falta de culpa, la norma del art. 1384 no estaba creando una presunción legal, sino directamente atribuyendo responsabilidad al guardián de la cosa o, dicho de otro modo, un deber de responder por el riesgo de la cosa o sea por un factor objetivo que sólo exime de responsa-

bilidad si se prueba la causa ajena que interrumpe el nexo causal entre el riesgo y el daño. Sin embargo, para no abdicar de la idea de culpa, dijo la Corte de Casación que "el art. 1384 une la responsabilidad a la guarda de la cosa y no a la cosa misma". Recién la ley del 3 de enero de 1968 que reformó el art. 489 del Código Civil adoptó francamente la responsabilidad objetiva, en el caso en que quien cause un daño se halle bajo la influencia de "un trouble mental" o sea carente de la facultad de discernir, "no se está menos obligado a la reparación".

Nuestro Código Civil contemplaba ya en el art. 1119 los casos de los cuasidelitos romanos de *effusis et dejectis* y de *positis vel suspensis*, que son hipótesis de responsabilidad colectiva y a la vez objetiva, toda vez que si no se supiese quién arrojó la cosa o colocó suspendida peligrosamente la cosa que al caer a la vía pública dañó a un transeúnte, responderán del daño todos los habitantes de la casa. La responsabilidad recae en todos, o sea también en los que no incurrieron en culpa. El hecho resulta anónimo pero la responsabilidad no: todos responden.

El deber de responder consiste en la obligación de dar cuenta o respuesta con la indemnización correspondiente a la legítima pretensión de quien ha sufrido un daño injustamente. Si la responsabilidad es subjetiva se debe ponderar la conducta del autor material del daño para imponerle el deber de repararlo si ha actuado culposamente. Tal es el principio de responsabilidad genérica que prescribe el art. 1109 del Código Civil asimilando los conceptos de culpa e ilicitud.

La responsabilidad objetiva se denomina así porque existe independientemente de toda subjetividad o sea de toda culpa. Es una responsabilidad excepcional y por ello debe ser expresamente establecida por la ley en supuestos específicos debidamente justificados por razones de justicia y equidad. No cabe aquí la aplicación analógica; si no existe un factor objetivo expresamente admitido por la ley, la responsabilidad es subjetiva si hay culpa y, si no la hay,

no existe el deber de responder; el daño deberá soportarlo la víctima.

La ley 17.711 de reformas al Código Civil introdujo diversos factores objetivos de responsabilidad aplicables en distintos sectores: el hecho propio, el hecho ajeno y el hecho de las cosas inanimadas.

Cuando el daño se causa por el hecho propio, funciona el factor equidad (art. 907) si el hecho ha sido involuntario, quedando excluida la imputabilidad por culpa. La ley asume así la equidad como factor objetivo para aplicar la justicia en un caso concreto. El juez debe tomar en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

En la responsabilidad del principal (art. 1113, primera parte) por el hecho del dependiente que daña a un tercero, además de la responsabilidad del que causó el daño directamente por su culpa, la ley atribuye responsabilidad refleja o indirecta a quien lo comisionó. Se ha dicho que la responsabilidad del principal se funda en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* que la ley presume. Pero la mayoría de la doctrina siguiendo la fuente del Código francés afirma que la presunción es *juris et de jure*; luego, no admitiría prueba en contra. Si es así, sin duda es algo más que una simple presunción, es una atribución legal de responsabilidad donde caerían quienes incurrieron en culpa y quienes no cometieron falta alguna en la elección o vigilancia del dependiente. Entonces, la responsabilidad no es subjetiva, sino objetiva, y tiene su fundamento en el deber de garantía implícito en quien delega en otro la actividad que éste ejecuta en su nombre.

La hipótesis de mayor aplicación de la teoría objetiva en nuestro derecho, es la que contempla el art. 1113 (tercera parte) cuando responsabiliza al dueño o guardián por el daño causado por el vicio o riesgo de la cosa. Las cosas no son peligrosas en sí mismas, pero según las circunstancias en que ocasionan daño, puede considerarse en algunos casos que poseen riesgos o peligro de dañar. Por ejemplo

la cosa que responde dócilmente a la voluntad y acción de una persona a la cual le sirve de instrumento (un bastón o un cuchillo), no es en la emergencia una cosa riesgosa, el daño que pueda causar es considerado hecho propio del hombre con la cosa y su culpa se presume. Pero si la cosa actúa por sí misma y el hombre no puede dominarla escapando aquella a su control (como un automóvil o una caldera), el daño es el resultado del hecho autónomo de la cosa y puede considerársela "cosa peligrosa". La culpa es extraña a la responsabilidad del dueño o guardián, es decir que no es necesario probar su culpa, pero tampoco éste puede eximirse de responder acreditando que no tuvo culpa. La función de la culpa en la responsabilidad por riesgo se limita al caso en que el presunto responsable pueda invocar y probar que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero; es decir que la culpa no funciona aquí para atribuir responsabilidad, sino para eximir de ella a quien se reputa que debe responder.

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Por el académico Dr. Antonio Vázquez Vialard

El derecho positivo argentino admite una serie de situaciones ante las que —ya en razón del “riesgo” que ha introducido, la autoridad que ejerce, el deber de garantía, equidad u otra—, le imputa al empleador la responsabilidad de las consecuencias dañosas sufridas por un trabajador que se desempeña a sus órdenes “en relación de dependencia”, con prescindencia de que el hecho productor de aquél no le sea atribuible a título de culpa. La ley sólo admite que pueda exonerarse, si acredita que aquél ha sido causado por culpa o dolo de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o fuerza mayor ajena al trabajo (es decir, una situación en que no se da la cadena causal).

Dicha figura fue receptada en 1915 por la primera ley de accidentes de trabajo (reconoce como antecedentes las leyes inglesa y francesa sancionadas en la década del 80 del siglo XIX), en una época en que el Código Civil Argentino sólo admitía ese tipo de responsabilidad en muy contadas circunstancias. La norma, que fue revolucionaria en nuestro país, tuvo como fundamento que la misma sólo era aplicable respecto de: a) “obreros o empleados durante el

tiempo de la prestación de los servicios, ya con motivo y en ejercicio de la ocupación en que se los emplea o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al trabajo"; b) cuyo salario anual no superara un tope anual fijado por la propia ley, y c) desarrollaran su tarea en actividades expresamente indicadas, en las que "para el trabajo" se empleara "una fuerza distinta a la del hombre" o el desarrollo de la tarea implicara determinados riesgos (art. 1).

Se establecía que "queda exento" el empleador cuando el accidente "hubiera sido intencionalmente provocado por la víctima o proviniese exclusivamente de culpa grave de la misma" o "fuere debido a fuerza mayor extraña al trabajo". Tampoco existía responsabilidad respecto "de los derechohabientes de la víctima [que] hubiere provocado voluntariamente el accidente u ocasionándolo por su culpa grave" (art. 4).

Dicha responsabilidad subsistía "aunque el obrero trabaje bajo la dirección de contratistas", salvo en las "explotaciones agrícolas o forestales, en que sólo se acepta la responsabilidad de los accidentes cuando se empleen maquinarias movidas por fuerza mecánica" (art. 6). La indemnización estaba sujeta a una tarifa en función de la entidad del daño sufrido (expresado en cifras respecto de la capacidad total) y del promedio del salario anual percibido, dentro de un monto máximo fijado por la norma.

Como un agregado que no obraba en sus antecedentes extranjeros, se incorporó la responsabilidad del empleador respecto de las enfermedades incluidas en la nómina que estableciera el Poder Ejecutivo, que fueran efecto exclusivo de la tarea realizada en el año anterior ("enfermedades profesionales", art. 22).

La norma estableció un fondo de garantía para cubrir la insolvencia del empleador (art. 10).

En el año 1940, por ley 12.631 se modificó el concepto de responsabilidad, estableciendo que el mismo alcanzaba a los casos en que el daño había sido provocado "por el hecho o en ocasión del trabajo". La doctrina laboralista

consideró que se había introducido el criterio de responsabilidad en razón de "la autoridad" ejercida. Con posterioridad se suprimió la limitación sólo a los trabajadores que tenían un ingreso determinado, y la exigencia de que se tratara del ejercicio de la tarea en ciertas actividades, quedando comprendida dentro del régimen la totalidad de los trabajadores.

Con motivo de la modificación introducida en el año 1940, la doctrina judicial consideró que estaban incluidas en el régimen las llamadas "enfermedades accidentes", o sea aquéllas en que la tarea había actuado como concausa que operó juntamente con una atribuible al trabajador (por lo común, su labilidad). Dicha doctrina judicial (que se denominó "indiferencia de la concausa") fue receptada por la ley a través de una modificación introducida al texto de la ley 9688 en el año 1988. Entre las numerosas modificaciones introducidas al régimen legal, se extendió la responsabilidad del empleador a la reparación de los daños sufridos por el trabajador "in itinere".

En 1991 se sancionó la ley 24.028 que introdujo una reforma importante respecto del esquema. Mantuvo el criterio de responsabilidad objetiva para los accidentes de trabajo y adoptó el de la responsabilidad subjetiva para las enfermedades del trabajo (tanto "profesionales" como "accidentes"), por lo que quedó a cargo del trabajador o sus herederos acreditar que la misma tenía su causa en falta de cumplimiento del deber de seguridad a cargo del empleador. En el caso de la concausalidad, la indemnización debida por el empleador se limitó al grado de la incidencia de la tarea laboral en la producción del daño: en cambio, la doctrina judicial que admitió la "indiferencia de la concausa", obligaba al pago de la totalidad con prescindencia de dicha incidencia.

La semana pasada se dio a publicidad un anteproyecto elaborado por el Poder Ejecutivo y "consensuado" dentro del ámbito del Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social concertado el 25 de julio último.

que transfiere la responsabilidad del empleador a un sistema de seguridad social al que el mismo debe adherir y contribuir a su financiamiento, el que puede ser gestionado por instituciones privadas con o sin fines de lucro.

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) admite la responsabilidad objetiva del empleador para algunas situaciones expresamente establecidas. Entre ellas, puede hacerse referencia a los "daños sufridos en sus bienes [del trabajador] por el hecho y en ocasión" del trabajo. De esa manera, se ha planteado una grave incongruencia en el plexo legal. Al empleador se le imputa responsabilidad objetiva en el caso en que el empleado sufre daños materiales y subjetiva cuando los mismos afectan su propia persona.

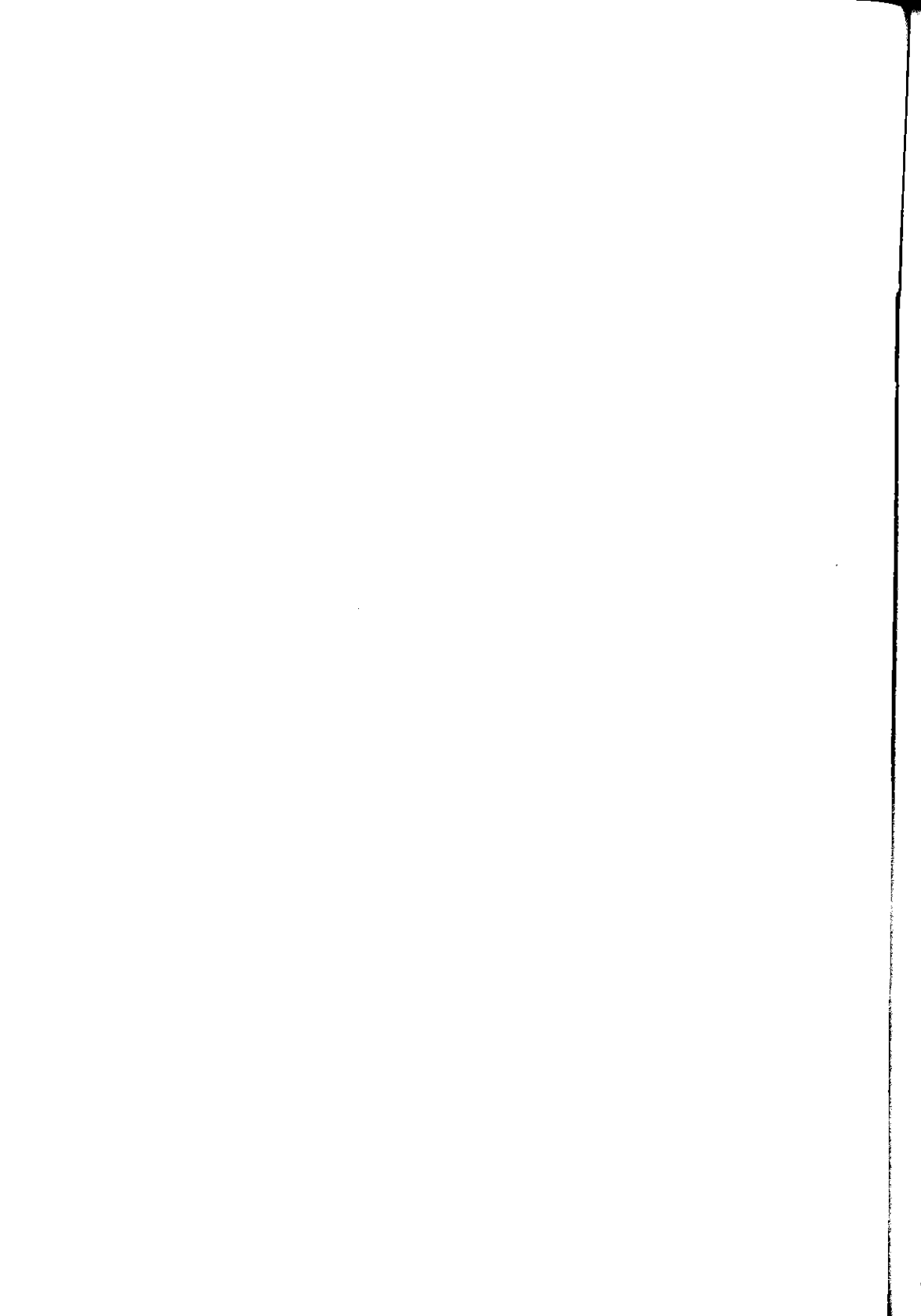
Otros casos de responsabilidad objetiva corresponden a las situaciones en que: a) la trabajadora renuncia a su empleo al cesar el período de licencia por maternidad, oportunidad en la que percibe una "indemnización" similar al 25 % de la que corresponde por rescisión (despido) injustificado (art. 183, inc. b, LCT); b) muerte del trabajador, en que la "indemnización" alcanza al 50 % de aquel importe (art. 247 LCT). En doctrina se ha destacado que dichos importes no corresponden en realidad en concepto de "indemnización", sino a título de una cierta "patrimonialización del tiempo de servicio".

También se recepta el régimen de responsabilidad objetiva, en los casos en que: a) procede el pago de "salario" durante el período (con un plazo máximo que se determina en función de la antigüedad y la existencia de "cargas de familia", art. 208 LCT) en que el trabajador no concurre a su empleo en razón de sufrir una enfermedad o accidente no imputable al empleador ("inculpable"); b) ocurre el distracto en razón de que el trabajador no puede ejercer la labor que antes desarrollaba, cuando el empleador no pudo satisfacer su obligación de asignarle una nueva tarea compatible con la actual capacidad (art. 212, párrafo 2º); c) el empleado padece incapacidad absoluta (que la doctrina judicial prevalente fija en un 66 % de la total) (arts.

202, párrafo 4º y 254). También la ley establece ese tipo de responsabilidad en los casos de rescisión de la relación contractual con motivo de "falta o disminución del trabajo no imputables al empleador" (art. 247 LCT).

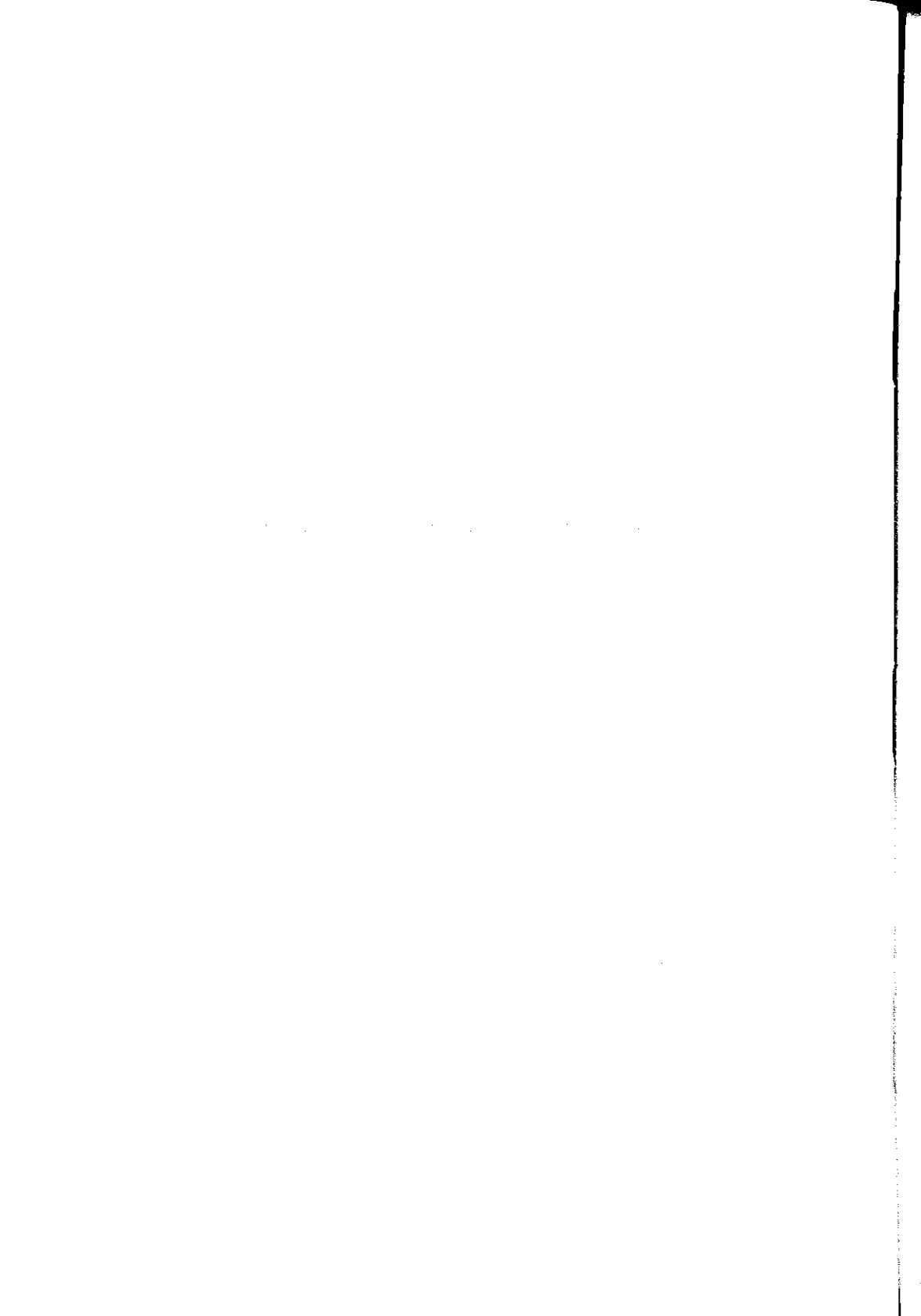
De acuerdo con la doctrina judicial prevalente (casi unánime), se admite que el trabajador puede solicitar la reparación del daño sufrido imputable a situaciones que el Código Civil considera como de responsabilidad extracontractual (en especial, arts. 1109 y 1113). Ese criterio se basó en la disposición contenida en el art. 17 de la abrogada ley 9688 que le confería opción al trabajador para deducir las acciones del derecho común en los casos de "dolo o negligencia del patrón".

Constituyen modalidades de responsabilidad objetiva la "bonificación" debida al periodista (o empleado administrativo de ese sector) con una antigüedad en su empleo no menor de cinco años, que renuncia al mismo, en tanto haya formulado el correspondiente preaviso (arts. 46 ley 12.948 y 14, decreto-ley 13.839/46), así como la debida al viajante de comercio (con una antigüedad mayor de un año) llamada "indemnización por clientela", que procede aunque la rescisión se hubiera debido a incumplimiento del trabajador (aun por haber ocasionado la pérdida de la clientela cuya atención se le había asignado); la misma se determina en el 25 % de la que hubiera correspondido por despido incausado (art. 14, ley 14.546).



IV

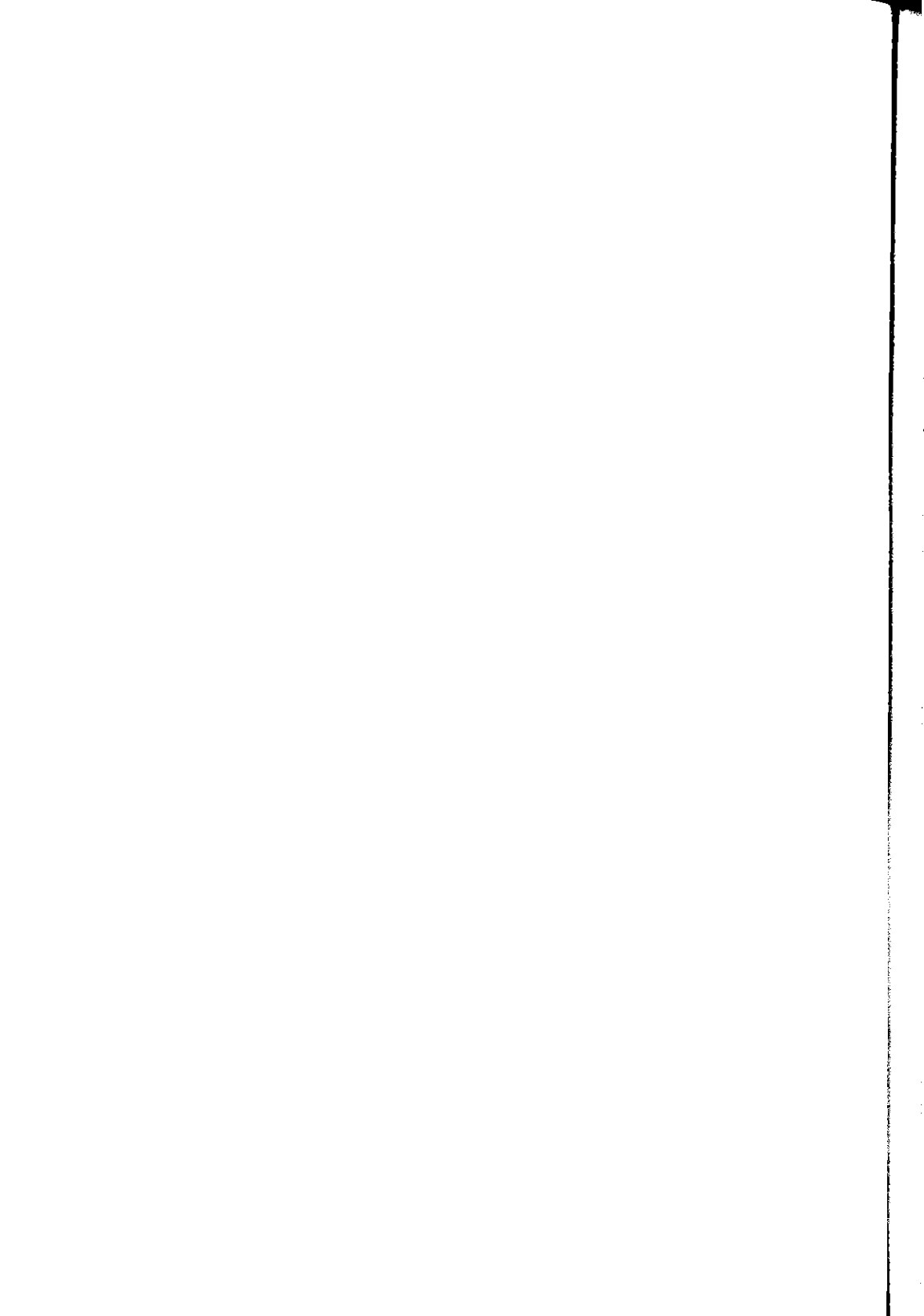
OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



PANORÁMICA DEL
NUEVO PROCESO CIVIL

*En recuerdo
del Dr. José María Ruda*

Por el académico Dr. Augusto Mario Morello



I. La importancia de la legitimación

La legitimación (*standing*) = concepto político, es por cierto en estos momentos la pieza maestra del entramado procesal¹.

a) Tal vez sea la *legitimatio* uno de los institutos más sensibles al fenómeno de la socialización del proceso. Por eso son por demás remarcables las puntualizaciones del jurista barcelonés Luis Muñoz Sabate:

“No es difícil constatar que cuando se destapa el tema del llamado ‘acceso a la justicia’ y se intenta develar sus variables económicas, son los planteamientos dogmáticos de la legitimación los que no pocas veces se destacan por su *mayor resistencia a facilitar respuestas operativas*. Sin embargo, el hecho de que existan las *class actions* y figuras similares y refuerza el derecho de facilitación de la competencia postulatória y de gestión procesal y la familiaridad del concepto de los ‘intereses difusos’ demuestra que aquellos posicionamientos y matices no son invencibles, y como tantas veces ha ocurrido con otras cuestiones, la dimensión social de la justicia obligará a adoptar una actitud renovadora.

”Dígalo si no, por ejemplo, la teoría del levantamiento del velo (del *disregard of legal entity*), impensable antaño

¹ AUGUSTO M. MORELLO, *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Platense, Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1994, pp. 79-103, con sus citas.

y que hizo campamento entre nosotros al traducir la célebre obra de Serick". (*El problema de la legitimación en los pequeños asuntos*, "Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, 1990, Nº 2, p. 507).

Lo evidencia la continua apertura de las *legitimaciones extraordinarias* que ponen de resalto la sintonía del legislador con la realidad sociológica y las cambiantes y urgentes dilataciones en el acceso a la Justicia. Tales, los sucesivos reconocimientos:

- del elector,
- del contribuyente, del representante de los partidos políticos,
- del ciudadano común para la defensa de los intereses difusos, etc.

En EE.UU. de América, se lo vivenció con intensidad durante la *Corte Warren*, los famosos —entre otros— precedentes de punta, de "Brown vs. Ministerio (Secretaría de Educación)", 1954, y "Backer vs. Warr", 1963².

Nadie controvierte que el de la legitimación sea uno de los grandes retos al Derecho procesal que muestra su maleable *adaptación* en la hora actual.

b) De allí que no nos parece dudoso el punto central en que se ubica en el presente el tema en el proceso ci-

² Los dos grandes jueces —presidentes indiscutibles de la Suprema Corte de los EE.UU. de América— Marshall y Warren, tuvieron clarísimos e intensos antecedentes políticos. Salieron de la trinchera política activa.

Marshall fue nombrado presidente del Tribunal en 1801, cuando aún era Secretario de Estado del Presidente Adams, y con un pasado político "muy activo", careciendo prácticamente de estudios jurídicos (parece que sólo alcanzó a seguir un curso de formación jurídica de seis semanas. G. E. WHITE, *The american judicial tradition. Profiles of leading american judger*, New York, 1976, p. 11).

Warren (presidente desde 1953 a 1969) era un político republicano caracterizado como conservador que había llegado a ser gobernador; fue designado por Eisenhower y tuvo en éste el significado inequívoco de intentar acentuar el conservadorismo del Tribunal. Más tarde, Eisenhower consideraría la designación de Warren como "el mayor error de su presidencia" (ELY, *Democracy and distrust*, p. 47; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 185, nota 132).

vil. Las situaciones de *parte legítima* y del juez imparcial e idóneo para conocer y atender *activamente* el reclamo de tutela son las que identifican la clave de bóveda de la relación (o situación) sustancial del clásico y estrecho derecho subjetivo (en una expresión más flexible y abarcativa dentro de una visión moderna de los problemas cruciales de nuestra disciplina) (Cfr. Elio Fazzalari, *Processo e Giurisprudenza*, en "Rivista di Diritto Processuale", Cedam, Padova, N° 1, 1993, 1-19, la cita en p. 9, N° 5).

c) El *estímulo* —el juicio y la preocupación de la opinión pública— hacia el reconocimiento de un criterio amplio de la legitimación, la buena imagen de la Justicia y su consiguiente *sensibilidad* de respuesta, se leen en una de las decisiones del Alto Órgano de la Nación que contribuye de manera por demás remarcable, como la reducción de las denominadas "cuestiones políticas", a recrear el *prestigio* del control protagónico del *Poder Judicial*.

Tocante a lo cual, el Órgano cimero sentirá necesidad de expresar:

"...el Tribunal Electoral de la Provincia del Chaco (en la resolución que concede al recurso extraordinario federal) ha tomado en consideración circunstancias locales relativas a la notoriedad y difusión de este asunto (la no oficialización de la candidatura a gobernador del ciudadano José David Alberto Ruiz Palacios) que ha conmovido a la opinión pública llegando a poner en duda, ante los ojos del electorado, la *eficacia y objetividad* de esa administración de justicia, que en muchos casos escapa a la comprensión del lego".

En cuanto a la actitud de la Corte Federal su respuesta fue que "...en las particulares circunstancias reconocidas por aquel Tribunal Electoral (de la Provincia del Chaco), corresponde considerar que *media en el caso gravedad institucional* pues uno de los requisitos del sistema representativo republicano de Gobierno, que las provincias han de garantizar, *es la fe en quienes tienen a su cargo la administración de justicia, eliminando en el ámbito de su poder,*

todo lo que la afecte o disminuya" (C.S.J.N., A. 609.XXIII, "Acción Chaqueña", 29 de agosto de 1991, voto de la mayoría, consids. 4º y 5º, énfasis agregado).

II. *Las modernas categorías del litigio* (controversias, caso, causa, sistema adversarial)

La cuestión es demasiado rica en variantes y criterios (muchos *ad usum* docente) como para que se privilegie uno solo de ellos o que las preferencias tengan valor absoluto. De allí, nos parece, que puede sumarse a los esfuerzos propedéuticos un esquema que es más realista y afín a los datos de la experiencia actual³.

1º) Litigio *simple* de objeto y contenido de características comunes generales, lo que significa sin notas más sofisticadas, propias del proceso de alta complejidad, ni de tramitación complicada; tampoco de un índice y calidad de máxima conflictualidad; admite, sin embargo, diversas gradaciones y diferentes estrategias, cargas dinámicas y de colaboración, al igual que las particularidades en la gestión de la prueba y su evaluación.

2º) Litigios de *alta complejidad* (juez absolutamente imparcial y neutral) científica o técnicamente de otra calidad, o que por las exigencias probatorias son de difícil composición y definición judicial (por caso, la procedencia del desagio en obligaciones de larga duración).

³ Criterio "funcional" es aquel que está presidido por una interpretación facilitadora de la tutela y finalista: acorde al rol instrumental y de servicio del Derecho procesal; *que atiende a los resultados de la labor jurisdiccional*.

Los englobados de 1 a 5, pueden sustanciarse (con las pertinentes adaptaciones para cada uno de ellos) dentro del Modelo de Instancia única, estructurado por audiencias ante el juez monocrático (Anteproyecto de 1993), o colegiado, oral, concentrado, intermediación y control impugnatorio por apelación o recurso casacional amplio y sólo mediante dos tipos de procedimientos: a) el ordinario; b) el extraordinario. Visto desde la perspectiva del consumidor del servicio de justicia, el litigante, en dimensión social y despojado de las notas excesivas o excluyentes del garantismo *formal*.

3º) De complicada tramitación: por el número de justiciables, incidencias y modalidades del trámite; mencionemos el concurso de "El Hogar Obrero", con más de 4.000 acreedores a ser insinuados en el pasivo.

4º) El litigio constitucional: en juego la división de poderes, la supremacía de la Constitución y la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

5º) De respuesta inmediata: *los procesos urgentes* "el ya y no el después"; el amparo, interdictos, *habeas corpus*, lo medida cautelar sustancial, los *injunctions*, prohibiciones.

6º) La acción civil pública, es decir el proceso civil colectivo: intereses difusos, colectivos, individuales homogéneos; así, defensa del medio ambiente; protección de los derechos del consumidor; tutela de derechos de dimensión social, tal el derecho al 82 % del haber jubilatorio, respectivamente (el juez pierde neutralidad; *ideológicamente se halla comprometido con la intención del legislador en la finalidad de la tutela específica*).

7º) Litigios de la justicia privada (alternativas complementarias): mediación, conciliación, arbitraje, experto neutral, etc.

8º) Proceso transaccional: a) *judicial*, por ejemplo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades (Luxemburgo) (pensar para el Mercosur); o b) proceso de arbitraje internacional (como el comercial institucionalizado: CCI, París).

III. *Dilatación del control de constitucionalidad (comprendido de un fuerte componente de casación general), por la Corte Suprema Federal.*

a) El trampolín en esa expansión horizontal y vertical es el redimensionismo de la *cuestión federal trascendente* (con la valla defensiva, cada vez más dura y notoria en su

tendencia, a encoger la *admisión* del recurso extraordinario federal —art. 14, ley 48— del *certiorari* negativo (art. 280, C.P.N., texto ley 23.774) a raíz de la selección “discrecional” de cuestiones de trascendencia, lo que deriva en el recorte (por un lado) y en crecimiento (por el otro) de los actos y decisiones *controlables*. Asimismo, a través de una variable de ajuste favorable al acceso de ese conocimiento: el ensanchamiento de las sentencias a las cuales se les asigna —por sus efectos irreparables— el mismo nivel que ostenta la *definitiva*.

Esa declaración (que se envuelve en una *cuestión federal*) se matiza al presente en un rostro suficientemente acabado que Sagüés describe así: “La Corte ha elaborado un interesante catálogo de las ‘sentencias equiparables a definitiva’, que pueden encasillarse en tres supuestos básicos: a) decisiones que producen un gravamen irreparable; b) autos que implican la paralización del proceso; c) los pronunciamientos no definitivos que son portadores de un problema de gravedad o interés institucional”.

Todo ello (la medición de esas particularidades es una tarea forzosamente casuística, pues aunque hay pautas generales habrá que desembocar en circunstancias concretas, de hecho, que se dibujan en su especificidad) importa una verdadera creación pretoriana, en un tejido litigioso que es, por cierto, complejo y con variadísimos matices.

En esa pulseada de cierre-apertura (en equilibrio móvil y balanceo cíclico) no debe extrañar que (por mayoría) el Tribunal en esa doble diagonal de reglamentación legal-interpretativa (y la penetración de la última) al mismo tiempo enfaticé:

“2º) Que según conocida jurisprudencia de esta Corte el auto de prisión preventiva no constituye sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (‘Fallos’, 212:104; 214:611; 220:1141; 223:128; 228:743; 231:183; 234:450; 236:314 y 531; 238:394 y 396; 239:495; 245:384 y 546; 246:290; 249:85; 255-259; 265:330 y 336; 275:102; 281:271; 286:240; 290:393; 297:

551; 301:1181; 302:345; 304:152 y 848; 306:2090; 307:1186 y 2348; 308:1202 y causas M.5.XX. 'Mascali, Alejandro', del 14 de junio de 1984; L.219.XX. 'Luce-ro', del 13 de febrero de 1986; F.483.XX. 'Felizzola, Marcelo', del 25 de marzo de 1986; R.94.XX. 'Ramírez, Héctor Carlos', del 14 de octubre de 1986; P.114.XXII. 'Pacheco Santamarina, Carlos Juan', del 8 de setiembre de 1988; M.230.XXII. 'Monzón, Carlos', del 20 de octubre de 1988; H.59.XXII. 'Harguindeguy, Albano', del 24 de noviembre de 1988; D.216.XXII. 'Domín-guez, Abel', del 27 de julio de 1989; V.187.XXII. 'Vas-concello, Roberto y otros', del 29 de mayo de 1990)".

Por tanto (consid. 3º)

"esta *regla* llevaría forzosamente al rechazo de la queja por denegación del recurso extraordinario. Sin embar-go, concurren en el caso *circunstancias excepcionales* que exigen que esta Corte precise la doctrina que ema-na de los precedentes citados, y explicité las razones por las cuales, en el caso, la decisión recurrida debe equipararse a la sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48.

"En efecto, en primer lugar, debe destacarse que, por lo regular, el principal efecto de decisiones de tal naturaleza consiste en la restricción coactiva de la li-berdad ambulatoria de una persona que, por imperio del art. 18 de la Constitución Nacional, goza del estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declaran-do su responsabilidad penal. Ello impone que las res-tricciones de los derechos individuales impuestas du-rante el proceso y antes de la sentencia definitiva sean de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía antes citada.

4º) Que la regla que excluye las apelaciones ex-traordinarias contra autos que decretan la prisión cautelar del imputado en juicio penal reposa en la

circunstancia de que ello no impide, por sí sólo, la obtención de la tutela jurisdiccional de la libertad ambulatoria mientras no se destruya el estado de inocencia del sospechoso de haber cometido un delito. Por lo general, esa tutela puede ser obtenida por medio de la articulación de la excarcelación y, en su caso, mediante la interposición del recurso extraordinario contra la sentencia que la deniega y que definitivamente coarta la posibilidad de tutela inmediata de la libertad. Al respecto la Corte no se ha contentado con la existencia de un agravio insusceptible de reparación ulterior, sino que, además, ha exigido que lo sometido a su conocimiento constituya alguna de las cuestiones que habilita el art. 14 de la ley 48, pues la sola circunstancia de que el agravio sea irreparable no resulta suficiente para habilitar la instancia extraordinaria. Para ello se requiere que se halle involucrada en el caso alguna cuestión de naturaleza federal o el agravio se funde en arbitrariedad de la sentencia ('Fallos', 303:865; 301:1050, 1701; 306:969, 1770, 2898; 887:549, 1132, 2348; y causas F.431.XVIII. 'Falanga, Ángel Pedro' y G.378. XVIII. 'Galgano, Ángel Oscar', resueltas el 19 de febrero de 1981).

"5º) Que, excepcionalmente, este Tribunal ha admitido también la procedencia del recurso extraordinario dirigido directamente contra la prisión preventiva del imputado, cuando la frustración del beneficio excarcelatorio no reposaba directamente en las normas procesales reglamentarias del derecho constitucional a gozar de la libertad durante el proceso, ni en su interpretación, sino que se derivaba del reenvío que estas normas hacen del auto de prisión preventiva y a las calificaciones jurídicas fijadas en él. Así ha resuelto que, cuando esta medida cautelar ha sido dictada sobre la base de una disposición tachada de inconstitucional, o sobre la base de una interpretación de normas federales que se reputa errada, y la calificación jurídica de

los hechos impide la excarcelación del imputado, no existe otro modo de resguardar inmediatamente la libertad durante el proceso si no es admitiendo la procedencia formal del recurso extraordinario contra aquélla (confr. causa G.323.XXIII. 'Gundin, Jorge Omar s/robo de automotor —causa N° 27.626', resuelta el 14 de mayo de 1991)".

(C.S.J.N., K.30.XXIV, "Kacoliris, Dionisio y otros", 11 de mayo de 1993).

Bien apunta entonces Sagüés que con respecto al

"auto bajo examen, se produjo una situación peculiar: el dictado de la prisión preventiva, atento el tipo penal aplicado, no impidió que el imputado prosiguiera en libertad durante el proceso. En principio, entonces, no debía entenderse como 'sentencia definitiva' para el recurso extraordinario.

"Pero sí producía otros efectos colaterales. A tenor del art. 4, inc. c, ley 12.990, el auto de prisión por delito doloso importa que el afectado no pueda ejercer funciones notariales; y según el art. 7 de la misma norma, dicha prisión 'implica en la práctica cerrarle al imputado toda posibilidad de ejercicio de los derechos constitucionales de trabajar, comerciar y ejercer industria lícita, antes del dictado de una sentencia', según constata la Corte en el considerando sexto.

"En otras palabras, medió en la especie un subtipo de agravio irreparable que causa el auto de prisión preventiva, no en función de la libertad física, sino de otros derechos constitucionales (los ya mencionados). De ahí que —en el proceso en cuestión— aquella resolución se equipara a "sentencia definitiva" por otras razones a las habituales. La restricción que causa la decisión judicial 'exige tutela inmediata', concluye la Corte, y tal razonamiento es atractivo. De hecho, importa apartarse de la doctrina anterior del Tribunal".

Para acotar, finalmente, que

“de afirmarse la directriz de ‘Kacoliris’, esta variable de ampliación del recurso extraordinario obligará a reflexionar, nuevamente, sobre la estructura y operatividad del recurso extraordinario, y de la organización de la Corte Suprema para atenderlo”⁴.

b) Desde otro ángulo aunque sea compartible que la deserción de la segunda instancia (declarada mediante fundamentos de hecho y de orden procesal *suficientes* para sustentarla) no constituye cuestión federal que autorice el otorgamiento de la apelación extraordinaria⁵, tal (aparente) “Principio” reconoce excepción cuando, pese a su naturaleza procesal, el pronunciamiento apelado, por cualesquiera de los motivos en que se suscitan las causales de arbitrariedad —*todas ellas*—, revela, por ejemplo, un exceso ritual (o cualquier otra razón grave y trascendente) susceptible de frustrar el derecho federal invocado en el caso (“Fallos”, 298:11; 299:268; 302:1669; 303:1929, entre otros).

Sin olvidar —en el trasfondo— que no cabe desvirtuar, mediante exigencias o cautelas aparentes, que la defensa sea mal ejercitada, o imposibilitada (aun contra la pretensión del propio interesado de la defensa en sí misma, por desconocimiento de las normas jurídicas y principios de derecho aplicables al caso), o todo aquello que signifique limitar (irrazonablemente) las posibilidades de expresión de las partes en el proceso —*en su actividad ante los estrados*— pues ellas están investidas, por cierto, del derecho de *libre crítica a los actos de los magistrados*, derecho cuyas características y, en especial, su amplitud, señala el precedente de “Fallos”, 269:200⁶.

⁴ NESTOR P. SAGÜES, *Autos de prisión preventiva equiparables a “sentencia definitiva” para el recurso extraordinario*, “E.D.”, 8 de julio de 1993, anotando el fallo el Alto Tribunal *in re* K.30.XXIV, “Kacoliris, Dionisio y otros”, 11 de mayo de 1993.

⁵ “Fallos”, 256:39, 259; 258:286; 259:149; 263:149; 263:139; 264:91, 294; 265:145, 157; 274:67; 278:224; 280:33; 293:616; 302:237, entre otros.

⁶ Voto de los Dres. Belluscio y Fayt, en disidencia *in re* “Olmos, Ale-

Los jueces, en plenitud de tales y cabalmente con el conjunto de las garantías que aseguran el proceso justo, es como deben *hacer justicia*⁷.

c) Si lo sustancial y básico —del instituto, *garantía*— que la Constitución ha consagrado para brindar tutela jurisdiccional efectiva, de hecho se *menoscaba* o *desvirtúa* al grado de implicar la frustración del derecho federal que se aloja en el recurso extraordinario, se abrirá camino a la impugnación y la Corte descalificará el pronunciamiento⁸.

IV. *La garantía de la defensa en el proceso civil colectivo*

Las nuevas manifestaciones de daños no sólo a la persona o al ambiente, sino, *además*, a la propia sociedad —que a los fines de su tutela emerge como verdadero sujeto de derecho—, impactan en la concepción clásica, singular, del proceso civil: “Ticio vs. Cayo”.

a) En los últimos quince años, cada vez más aceleradamente en las regiones y comunidades de Occidente, se perfilan las nuevas técnicas colectivas de tutela, administrativa y judicial, *frente a nuevos daños*.

Las variadas y discriminadas caracterizaciones de los derechos difusos, de los derechos colectivos y de los derechos individuales homogéneos (por ejemplo, en ese orden: a la conservación del ambiente: la flora, fauna, riquezas hídricas, arqueológicas, etc. [intereses difusos específicamente tales]; a los derechos del consumidor [derechos colectivos]; o a las prestaciones y movibilidades de la seguridad social, jubilaciones o pensiones [derechos individuales homogé-

jandro vs. Gobierno Nacional (Ministerio del Interior)”, 20 de agosto de 1985, “L.L.”, 1985-F, p. 246, con nota de FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA, *El derecho de viajes al exterior en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*; la cita en pp. 257/8.

⁷ *El proceso justo*, cit., p. 491 y sgtes.

⁸ “Fallos”, 275:251; 278:240; 280:314; 283:31 y 249, entre muchísimos otros, desde mucho antes del '83 y más intenso desde entonces hasta el presente.

neos]) han hecho irrupción en la sociedad de masas. Son derechos que, por el objeto, no se soportan en una o pocas personas singulares, sino en grupos, clases, categorías; en amplios sectores de una o varias comunidades.

b) No es ésta la oportunidad para dibujar el rostro de cada una de esas familias de derechos colectivos que han provocado una verdadera revolución en las técnicas garantistas, en el tradicional arsenal del derecho al proceso y sus seculares explicaciones; al igual que en la estructuración diferente del debido proceso legal adjetivo con adaptaciones y ajustes (cuando no desplazamientos y hondas innovaciones) en el diagrama y en el uso del proceso singular. Con corrimientos y adaptaciones de sus piezas claves (por caso la plasticidad de la cosa juzgada).

En algunos países vecinos, como Brasil, en poquísimos años (no superan la última década, 1982-1992) han sobrevenido notables mudanzas, sea en la legislación ordinaria referida a las acciones populares o al mandato de *segurança*: bien en la moderna Constitución del 5 de octubre de 1988, en especial por su art. 5º, norma que agrupa en extensísimos incisos las incorporaciones del mandato de *segurança* colectivo, el mandato de *injunctio*, y una funcional cobertura de la tutela del consumidor. Finalmente, la legislación de despliegue de las prescripciones de la Ley Fundamental, como el Código del Consumidor (ley 8002 del 14 de marzo de 1990) o la ley de protección integral de la minoridad y del adolescente, muestran una extraordinaria apertura al *Acceso a la Justicia* y a tutelas específicas que responden a nuevos principios, flexibilizaciones, criterios realistas y de operatoria fluida. En gran medida diferentes (cuando no contrarios) a las ideas y tendencias consagradas por la ley procesal civil general.

c) Las aperturas y (con imaginación) creaciones de esas recientes exteriorizaciones del derecho positivo⁹ y en

⁹ AUGUSTO M. MORELLO, *La tutela provisoria durante el desarrollo del proceso*, "La Ley", 13 de octubre de 1994.

plena experimentación (de consecuencias renovadoras revolucionarias), han golpeado frontalmente en la estructura clásica del edificio instrumental. Sea en punto a la legitimación de obrar, en la forma de estructurar el litigio que concierne al interés de *muchos*, el deber de colaboración, las cargas probatorias, la sentencia y sus efectos, o bien en lo que concurre a los alcances de la cosa juzgada, los fenómenos de la sustitución y representación procesal, los costos y costas, la “incorporación” de sujetos de una determinada categoría a las consecuencias *erga omnes* que deben acordarse al fallo en el mérito, el rol activo del juez, la parcial y adaptada acogida de las *class actions*¹⁰, etc.

d) La atención preferente, asimismo, hacia la *tutela provisional*, aquella que *debe* prestarse durante el desarrollo del proceso ordinario.

Entre nosotros, seguramente, el tema de los “alimentos provisorios” desnuda la conveniencia de estar en claro sobre esta parcela de tantas repercusiones prácticas. Quien lo vio con anticipatoria luminosidad fue sin dudas nuestro sabio codificador civil. En efecto, Vélez Sarsfield, en la norma del art. 375, parte segunda, estableció: “desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos *provisorios* para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo”. Se trata, como fácilmente se advierte, de atender (cubrir, satisfacer) la misma *necesidad* (la que se origina en la circunstancia de carecer de alimentos); aflora en el comienzo del proceso o durante su secuela, pero es de la esencia y características de las que va a contemplar la sentencia final. Es imperioso, sin embargo, hacerse cargo de ella —suministrarle tutela— en un momento anterior,

¹⁰ Comp. la experiencia del derecho norteamericano referida a las acciones por clase de personas (ver, entre nosotros, JULIO CUETO RÚA, *La acción por clase de personas (Class actions)*, “L.L.”, 1988-C, p. 952.

AUGUSTO M. MORELLO, *El proceso civil colectivo*, en AA.VV., *Defensa de los consumidores de productos y servicios* (director Gabriel Stiglitz), ed. La Rocca, 1994, pp. 297-316 y sus menciones.

porque su protección no puede demorarse; llegaría tarde y sería inconducente. Por falta de reglamentación y sólo por la comodidad que brindan las figuras análogas, para actuar esa *tutela provisoria*, nos valemos (por el cambio de circunstancias, la fragilidad de su cuantía sucesiva, o por las modalidades de su prestación) del régimen de las providencias cautelares, *pero sin formar parte de él*. Es típicamente una tutela autónoma, genuina, eficaz y de resultados efectivos. Los alimentos así logrados se consumen con título propio, no son repetibles, porque se aplicaron a una necesidad justificada. Esa misma necesidad, con un rostro mejor recortado, de perfiles más nítidos (pero que tampoco podrá seguir siendo así) es la que dibuja al cabo la sentencia que recaerá en el proceso especial y plenario abreviado de conocimiento que cierra el denominado "juicio de alimentos" (art. 638 y sptes. C.P.N., y afines de los que se siguen).

Se trata, como se advierte (al menos entre nosotros), de *conceptos marcos* de inéditas posibilidades de acrecentar la eficacia (no sólo final, la que proviene de la sentencia de mérito) de la jurisdicción.

e) Asimismo, la nueva posición del Ministerio Público, las ligas, entidades intermedias y organizaciones agrupadas para defender esos derechos son, entre otros, claros aspectos de un nuevo proceso *distinto* del individual que utilizamos, al menos en su tamaño, rol de los sujetos, forma de probar (técnica, científicamente, inversiones probatorias, inferencias presuncionales) metas a alcanzar y dimensión social de una protección jurisdiccional efectiva y con matices fuertemente *preventivos*.

f) La cuestión se complica porque esos registros se verifican dentro de un espacio de naciones partes integradas (por caso en el Mercosur), lo cual demanda un inmediato esfuerzo común de *armonización de legislaciones desiguales y de ganar compartida conciencia y adhesión a un modelo de bases uniformes*, proclive al ejercicio de prácticas semejantes, que impidan asimetrías no sólo económicas sino *jurídicas*, frustratorias de la más adecuada y útil tutela jurisdiccional.

Importa señalar, asimismo, que iniciativas de este tenor ya han materializado en importantes emprendimientos para Hispanoamérica, tal como los Códigos Procesales (Civil y Penal Modelo); o están ampliándose a parcelas de igual significación, como lo es la elaboración de un Estatuto General sobre el amparo para la misma extensión geográfica.

El momento se presenta por consiguiente óptimo, porque el tiempo ha permitido la maduración de la idea fuerza de la integración y la presente fase de transición del Mercosur (hasta el 31/12/94) estimula a dibujar y concretar las respuestas más beneficiosas (¿el arbitraje comercial deja ya de ser "nacional"?).

V. *Reacomodamiento en la estructura, funcionalidad (eficacia y efectividad) y metas del proceso civil*

A) *El Proceso Justo. Reformulación*

a) *Corrimientos*. De lo simple a lo complejo (cualidad); de lo nacional a lo transnacional (horizontalidad y globalización); de lo individual a lo plural (dimensión social en la *escala* de las cuestiones y tensiones [Barbosa Moreira]).

Del proceso oculto, secreto, fraccionado, con un juez distante, pasivo, que "veía jugar" a los otros, a aquél de un activismo protagónico (*público*, de interés general) que se ve acompañado con un elenco de principios, posicionamientos y fines que lo convierten en el traductor y pieza decisiva de una *nueva cultura de la litigación y un cambio copernicano en la mentalidad* de los "que hacen la justicia", que en esfuerzos *compartidos* apuntan:

- a la colaboración
- al diálogo
- a la eficacia
- a la utilidad
- a resultados valiosos.

Del Código de los Abogados (del fabricante de "aparente" garantismo), a la *tutela efectiva del consumidor de la jurisdicción*: la persona física o ideal que demanda protección.

El paso, en el último tramo del siglo, al *Código de los jueces*, como fiadores finales, neutrales pero comprometidos con los fines de la justicia. Dicho con otro giro: preocupados por la *efectividad* de la Jurisdicción (mirar la realidad), no por los conceptos ni la abstracción, lógica o rigideces de la construcción doctrinal.

Insistimos: una tutela jurisdiccional *efectiva*, palabra igualmente clave de fines de milenio.

Esquema que se soporta en las dos coordenadas mayores: a) la cooperación; b) la idea fuerza de la solidaridad.

B) *Crisis del proceso adversarial clásico*

1. Lo anterior nos conduce a enhebrar varios comentarios.

Por de pronto que el eje de un sistema adversarial clásico *circunscripto* en los sujetos, el de Ticio y Cayo, se muda a aquel que reconduce a situaciones colectivas.

Inmediatamente, que el más grueso diagnóstico de nuestras penurias judiciales (sentencias a cuatro años vista), pone asimismo de manifiesto el abuso de la jurisdicción (el servicio desbordado), la disfuncional opción, ante el exceso, por los procesos de índole *sumaria*, la utilización primera y generosa, casi forzada, del proceso cautelar, porfiando por la recepción omnicomprendensiva de la medida innovativa como reaseguro contra las demoras y el tiempo muerto del litigio y, además y principalmente, como arma potente para ingresar al proceso en posición *de fuerza negociadora*.

2. Su ilevantable corroboración resalta (entre muchos más) a través de estos datos:

— El salvataje con el proceso urgente, "el ya" (no el después), el amparo.

— La esperanza compensadora de la cautela sustancial que al concretarse en fases preliminares provoca agravios irreparables, anticipo equivalente, por sus efectos, a los de la sentencia de mérito.

— Los intentos de obtener prueba anticipada.

— La inversión de la carga de la prueba.

— La colaboración dinámica en la atención pendular de la gestión probatoria.

— Flexibilidad en la evaluación de la prueba; con *gratitantes matices científicos*.

— La ayuda al juez, para llegar a la certeza moral, mediante sucedáneos o comodines:

— indicios

— presunciones absolutas/relativas

— ficciones legales.

— Las *injunctions* y sentencias mandamentales (derecho brasileño).

— La transparencia y aceleración de la ejecución, al receptarse el proceso monitorio, etc.

— La mirada en pos de la igualación real de posibilidades, en el ejercicio de la defensa; paridad de armas cierta (no etérea promesa).

3. En paralelo todo ello, por caso, con la evolución que raudamente viene experimentando el concepto y filosofía del *contrato*, que igualmente se bifurca en "otros horizontes":

Del contrato de la soberanía individual al contrato bajo condiciones generales, lo que dibuja *dos paradigmas*: acotados sistemas de respuestas diversificadas y de distintas *políticas jurídicas en la legislación y en la interpretación*.

A mayor debilidad posicional de una de las partes, mayor injerencia externa (del poder de policía).

Entonces, en ese horizonte del contrato *en el marco de las condiciones generales*, se arriba a un haz de pautas y modos de la política de protección de signos peculiares:

- control preventivo
- prohibiciones
- erradicación de la publicidad abusiva, desleal
- representatividad de los daños objetivamente tarifados
- inversión de la carga de la prueba
- derechos —deberes activos— del juez, que es también ciudadano, consumidor y que, contextualmente, tiene sobre todo ello *personal* conocimiento y experiencia vital.

4. Importa igualmente dentro de esta panorámica de *puesta en situación*, que la reacomodación de las piezas obliga a reconocer que en todas las latitudes del campo procesal es donde se dan los corrimientos y flexibilizaciones acordes con esa nueva línea de sentido (cíclica); dogmática y técnicamente las instituciones y la interpretación de ellas, en su dinámica y funcionalidad, juegan *de otro modo*.

a) La *iniciativa procesal del particular* (el principio dispositivo) se amortigua con:

- un nuevo, complejo, más sofisticado y *activo* Ministerio Público
- que debe hacer más cosas, menos burocrático, más enérgico, y *competente*.

b) La conducta en el proceso se nutre con nuevos colores:

- cambio de mentalidad
- buena fe de ejecución
- basamento ético de la consecuencia en y dentro del proceso (lo que también quiere decir en y dentro de la sociedad) [Satta y Denti].

c) Por cierto la incidencia y correcta aplicación en el juego de los buenos principios técnicos

- intermediación
- celeridad
- conciliación
- publicidad
- seguridad *dinámica* (ley 24.283, de desindexación legal)

- formas flexibles
- preclusión razonable (no absoluta)
- cosa juzgada (que es también un concepto político), no cerrada ni rígida.

La plataforma de sustentación, qué duda cabe, es la *inmediación* y una presencia predominante de la *oralidad*, cuya concepción no es una simple abstracción teórica.

5. El bastión del juez tampoco se fuga a la "discrecionalidad" sino, inteligentemente, a una *libertad razonada controlable*, y a un balance prudente de contrapesos interiores que se asegura en una red de avance y contención: *iura curia novit*; activismo interpretativo; reglas modernas de la sana crítica, que lo instalan en otro registro en el que debe privar el *equilibrio*: congruencia, correspondencia, mantenerse en lo suyo, poderes expresos e implícitos, más los inherentes; una adecuada, prolija y completa motivación de los fallos, susceptibles, a su vez, de amplia y rigurosa posibilidad de impugnación seria, razonada (la doble instancia y una casación funcional e impulsora de las adaptaciones útiles).

6. Así se orchestra el conjunto cuya tendencia es a favor del acceso, del ensanchamiento de las legitimaciones (pro acciones, pro jurisdicción), mas con razonabilidad, y cuya correa de transmisión no es otra que la *interpretación teleológica o finalista*.

Los operadores jueces, con el auxilio de la doctrina, materializan la presencia y la prestación de la Justicia legítima del Poder Jurisdiccional (en las circunstancias concretas del caso); el Servicio recobra su imagen y la gente vuelve a confiar en su rol insustituible y social.

En la síntesis, el foco que ilumina el conjunto es el de la *socialización del proceso*.

7. Llegamos a esa frontera a partir de un litigio de rostro más humano (Gante, 1977), de visión equilibrada (Utrecht, 1983) y más eficaz (Wüzburg, 1987) en donde

resplandece la luz solar de la Constitución y los Tratados Internacionales en el espectro cada vez mayor de las Libertades Fundamentales. El juez —siempre el juez— debe comportarse —repitémoslo— como el *verdadero artífice de una justicia realista*, flexible, de resultados efectivos. Es a él —al igual que a los demás operadores— que le concierne la recta y rendidora prestación del Servicio.

En síntesis: *pensando más en la justicia de los resultados que en la técnica del proceso.*

VI. *El deber de colaboración*

a) Acerca del principio de *colaboración* en el proceso importa señalar muy destacadamente que él es hoy considerado por la doctrina como un verdadero “componente” del proceso justo, de juego decisivo e importante inspirador de la moderna disciplina procesal y sobre el cual es mucho lo que puede razonarse ¹¹.

El derecho procesal necesario debe navegar en esas aguas de una *colaboración constante y efectiva* de los sujetos procesales, como quiera que su ausencia o un modo retaceado de prestársela conspira contra los fines *públicos* de la jurisdicción ¹².

¹¹ S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formatismo delle garanzie"*, en “Riv. Tri. Dir. Proc. Civ.”, 1987, p. 578; GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, “Riv. Dir. Proc.”, 1966, p. 580 y sgtes.; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1968, p. 226. Recientemente ORIANI, en *Dig. discipline privatistiche*, sec. civ. VII, Torino, 1991, p. 310, citados por EDUARDO GRASSO, *Note sui poteri del giudice del nuovo processo di cognizione in primo grado* (que forma parte de los *Estudios en honor de Vittorio Denti*), “Riv. di Dir. Proc.”, N° 3, 1992, pp. 711-730, la cita en p. 713, nota 3.

¹² Nos hemos ocupado de ello con el Dr. Mario E. Kaminker, en una muestra concreta —y de incalculables beneficios aun lograda de manera coactiva—, en el estudio *El deber del deudor de información patrimonial en el proceso de ejecución*, “E.D.”, N° 8475, 13 de abril de 1994.

Ver, asimismo, de JORGE W. PEYRANO, *Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia*, en “XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal”, La Plata, 24 al 27 de abril de 1994 (que reúne a la totalidad de los Informes Generales y los Relatos Argentinos), La Plata, 1994, pp. 267-297, en especial pp. 279, 292 y sgtes. AUGUSTO M. MORELLO y MARIO E. KAMINKER, *La colaboración en el proceso civil*, “E.D.”, 25 de julio de 1994.

b) Es más, si reparamos en el deber de colaboración procesal en el proceso civil por audiencias, deviene imprescindible consignar que las cosas de la Justicia son serias y de repercusión social decisiva, que no podemos mirar hacia un lado y *dejar de hacer lo que es debido*. Que los resultados útiles (más rápidos, menos costosos, de consecuencias más eficaces en sus manifestaciones reales) de la Jurisdicción nos atañen; que como ciudadanos (no ya como partes, principales o no, o auxiliares y vinculados al proceso en sí) tenemos (hay un deber explícito) que colaborar para que, *efectivamente*, la sentencia y su mandato se cubran de esa legitimación social porque llegó en el momento que correspondía y su mandato hizo justicia ¹³.

Es que el fastidio actual que suscita en la gente el pezeoso y disfuncional litigio civil de estas horas, de tan pobres y demoradas ofrendas, provoca su repudio y el uso alternativo de *otras* vías y mecanismos de solución —y pacificación— de conflictos.

Una suerte atípica de la ley de Gresham, pero de vigencia sociológica, que ya se va insinuando en el horizonte argentino, con rangos cada vez más acusados ¹⁴.

Porque de lo que se trata —y al cabo cuenta— es de definir el proceso de forma total y en lo hondo, es decir dando la mejor (posible y razonable) *solución al conflicto*.

Queremos señalar prestando atención no sólo a los expedientes y trámites, sino al material vital y doloroso del litigio; y sin, al mismo tiempo, dejar de ver al juzgado como empresa de servicio (pasa por ella la relación costo/beneficio) ¹⁵. Muchas veces habrá que aceptar la anticipación de la decisión (= condena) *sin alterar la garantía de la de-*

¹³ AUGUSTO M. MORELLO, *El derecho procesal necesario*, Doctrina judicial, 1993-2, p. 993, *idem*, *El moderno derecho procesal* (primera parte), "La Ley", 10 de mayo de 1993 (segunda parte) en "J. S. Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la provincia de Santa Fe", N° 3, noviembre de 1993, p. 23.

¹⁴ Ver el interesante ensayo de ROBERTO THOMPSON, *La ley de Gresham y sus implicancias sobre la convertibilidad*, "E.D.", N° 8445, 28 de febrero de 1994.

¹⁵ Cfr. en cambio, lo que apuntamos en *Definición del proceso sin solución del conflicto. Las ocupaciones ilegítimas de viviendas, la respuesta de la Justicia y la dimensión social del problema*, "E.D.", N° 8342, 4 de octubre de 1993.

fensa, ni el proceso justo, porque el innecesario consumo del tiempo normal (según su congénita demora actual) importaría frustrar la justicia en el caso.

No por nada, la existencia de un estado de opinión consciente de la significación del juez en el marco de un Servicio de Justicia con imagen positiva, participe forjador de los “buenos” resultados de aquél, que le atañe alcanzar de modo *principal*. Y no por nada, también, el convencimiento de que la mejor garantía de un correcto desempeño funcional del conjunto de la magistratura finca en su acertada selección (reclutamiento) inmunizada de los vaivenes políticos (de allí que se ha expresado que el acto más importante del Presidente de la Nación es saber designar los buenos jueces de la Corte Suprema).

VI. *El proceso que viene*

Las reflexiones que preceden llevan a las siguientes conclusiones.

A) Entre el viejo y el nuevo proceso civil cabe el esperanzado lanzamiento a ese futuro que ya es hoy.

Eran como continentes mutuamente desconocidos que nos incitan a explorar y “colonizar” el otro, liberándonos de un anacrónico territorio procesal *enclaustrado en su propia rigurosa trama formal y en la tradición de su pasado*; en un encierro *que se repite a sí mismo*, amurallándose en las explicaciones que se perpetúan sin otra imaginación que la de los ajustes circunstanciales, que ahogan la espontaneidad. Ajeno a los resultados —nada estimulantes— los cuales dejan cada vez más disconformes que indiferentes a los consumidores, quienes están situados afuera de las teorías y explicaciones *que no comprenden*, pero adentro de las consecuencias de la *disfuncionalidad de la Justicia*.

B) Con mirada retrospectiva, creemos también con coherencia, venimos pensando desde el inicio de los años '60

que las ideas del texto que maduraron en el Proyecto para la Provincia de Buenos Aires (Mercader, Sentís Melendo, Palacio y quien escribe, 1961-1966) iban ganando predicamento pero de manera muy lenta ante las resistencias de muchos estudiosos y de la comunidad forense adscriptos con delectación a un modelo marcadamente escrituralista.

Nunca estuvimos apegados, sin embargo, a un criterio excluyente de la oralidad sino *predominante* (hay actos como la demanda y el escrito en que se deduce el recurso extraordinario que, incuestionablemente, cobran identidad específica en la reflexión escrita). Y confiando en el rol decisivo de la intermediación y concentración. Los vientos, sin embargo, continuaron soplando en otra dirección y recién ahora, muchos que no quisieron quebrantar aquella predilección por el todavía vigente esquema tradicional, terminan enrolados "en la oralidad", lo que no es sino lógica derivación ante los resultados probados de la experiencia de nuestra litigación civil.

El proceso escriturario en vigencia ha mostrado su caducidad.

C) Vislumbramos un paisaje *diferente*, que nos seduce y nos colma de incógnitas y desafíos, en la búsqueda de un urgido afán de modernidad y "de otras cosas" más accesibles y *útiles*, que más tarde o más temprano habrán de sustituir a lo que —con rotunda evidencia— un juicio objetivo y severo de lo dado evalúa como agotado y sin respuestas.

D) Todo ello invita al derecho *instrumental* a encontrarse con su destino, porque (los procesalistas) comparten *ahora*, como diría Octavio Paz, "otras antipatías y admiraciones", o aun mejor, están dispuestos a intentar asumir de otro modo la *reconciliación de las oposiciones* (tal escritura/oralidad) y las contradicciones (demora/celeridad), queriendo apresar dos mundos separados, real o aparentemente, en una *unidad esencial*, en tanto se comunican e influyen. Que en permanente simbiosis, están unidos por "el fluido"

vital de materializar la justicia en esa convocante controversia concreta. Y en cuyo trámite deben convivir —respetándose— los contrarios, para con gesto más humano, menos formal, poder arribar a un desenlace vivo y limpio, que recorte los derechos sin remordimientos y sin sueños. Mostrar el objeto de la causa con la “veracidad del retratista” y la sensibilidad de quien vive el sentimiento de lo justo ¹⁶.

E) El juez es así un “esclavo” de un conjunto de reglas de la lógica y de la experiencia, *que no ignora*, y aplica cotidianamente, aun sin reparar en ello (como Monsieur Jourdain que escribía en prosa sin saberlo), pero que no se conforma ni se limita a valerse sólo de “esa lógica”.

Un pensamiento más pragmático y sensible a las consecuencias que se sigan del proceso según formas despojadas de innecesarios ornamentos que deberán saber captar la realidad y llevar la nave a buen puerto.

F) De intentar una síntesis, ya en el dintel de la nueva centuria, osaríamos apuntar que la renovación del proceso civil se expresa a través de varias concurrentes manifestaciones, de entre las cuales asignamos importancia a las siguientes: a) la recuperación dinámica del “indisoluble ligamen entre el derecho sustancial y el procesal”, bajo la decisiva luminosidad que irradian las guías de la Constitución Nacional —en el favor de una reformulación del proceso justo, centrado en el reconocimiento sucesivo de legitimaciones de obrar “extraordinarias” y dispuesto a posibilitar un adecuado y democrático acceso a la jurisdicción, sin el ahogo de un infecundo y absorbente garantismo sólo formal— y de los Tratados internacionales cuyos principios profundizan el “valor primario de la efectividad de la tutela jurisdiccional” ¹⁷.

¹⁶ AUGUSTO M. MORELLO, *La concepción de John H. Ely en el núcleo de las coincidencias básicas de la reforma constitucional. El Consejo de la Magistratura*, “J.A.”, semanario N° 5887, 29 de junio de 1994.

¹⁷ Las expresiones entrecomilladas pertenecen a ANDREA PROTO PISANI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale*, en AA.VV., “Estudios en honor de Vittorio Denti” (publicación N° 74, de la Universidad de Pavía), Cedam, 1994 (3 volúmenes); vol. 3°, pp. 419-438, la cita en p. 420, N° 1.

Organizándose su sistemática: estructura, tiempos, coordinación, funcionalidad y resultados útiles (eficaces) sin capitular frente a las sobrecargas de conceptos y doctrinas de fuerte sabor teórico y abstracto¹⁸. Todo lo cual se monta en el eje de un activismo judicial controlable (merced al ejercicio activo de poderes-deberes amplios y una inteligente interpretación creativa y teleológica), lo que permite acordar primacía a los valores que la comunidad privilegia en dimensión social y contextual: la paz, la seguridad jurídica y la justicia¹⁹.

Cuando cruzamos ya la frontera milenaria, ¿tendremos el atrevimiento o las agallas para quebrar la rutina y asumir el reto?²⁰.

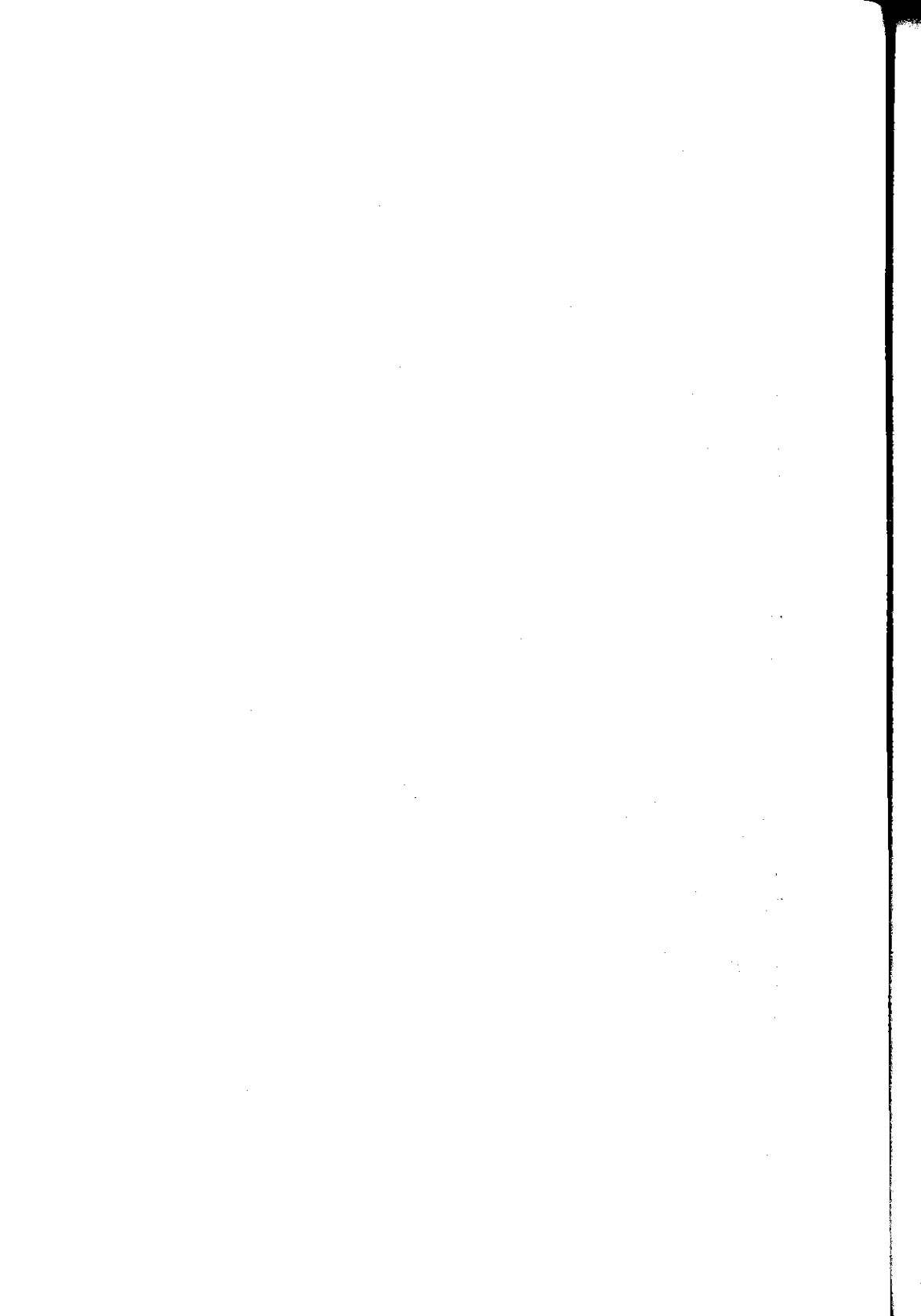
¹⁸ Bien enseñaba Piero Calamandrei, que “el estudio del proceso es estéril abstracción si no es también el estudio del hombre vivo”. En ese numen se construye —debe construirse— la nueva cultura jurídica de los justiciables y básicamente de los operadores encargados —ese es el prístino norte y no otro— de *hacer justicia* en cada causa concreta.

¹⁹ Reenviamos a *El proceso justo*, Platense, Abeledo-Perrot, 1994, *passim*.

Como acota Proto Pisani para su Italia, pero que es válido para lo acontecido entre nosotros, las conquistas —muchas de ellas notables— de la ciencia del proceso con “inconmensurables clases de sugerencias” no estuvieron acompañadas, sin embargo, por las imprescindibles —reclamadas por la gente [los justiciables] de manera cada vez más intensa— adaptaciones y superación en las legislaciones procesales civiles, de suerte que aquellos avances teóricos (en Italia durante las tres primeras décadas del siglo; entre nosotros en los años '40 y '50) no merecieron inteligente réplica por cierto, en el *derecho vivido*, pues la *praxis*, con disfuncionalidad, continúa arrastrándose sin pena ni gloria en los tramos finales del siglo “presentando un grado elevadísimo de estaticidad” [“presentava un tasso elevatissimo di staticità”].

ANDREA PROTO PISANI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale*, en AA.VV., “Estudios en honor de Vittorio Denti” (publicación N° 74 de la Universidad de Pavía), Cedam, 1994, vol. 3°, pp. 421-438; la cit. en p. 422, N° 2.

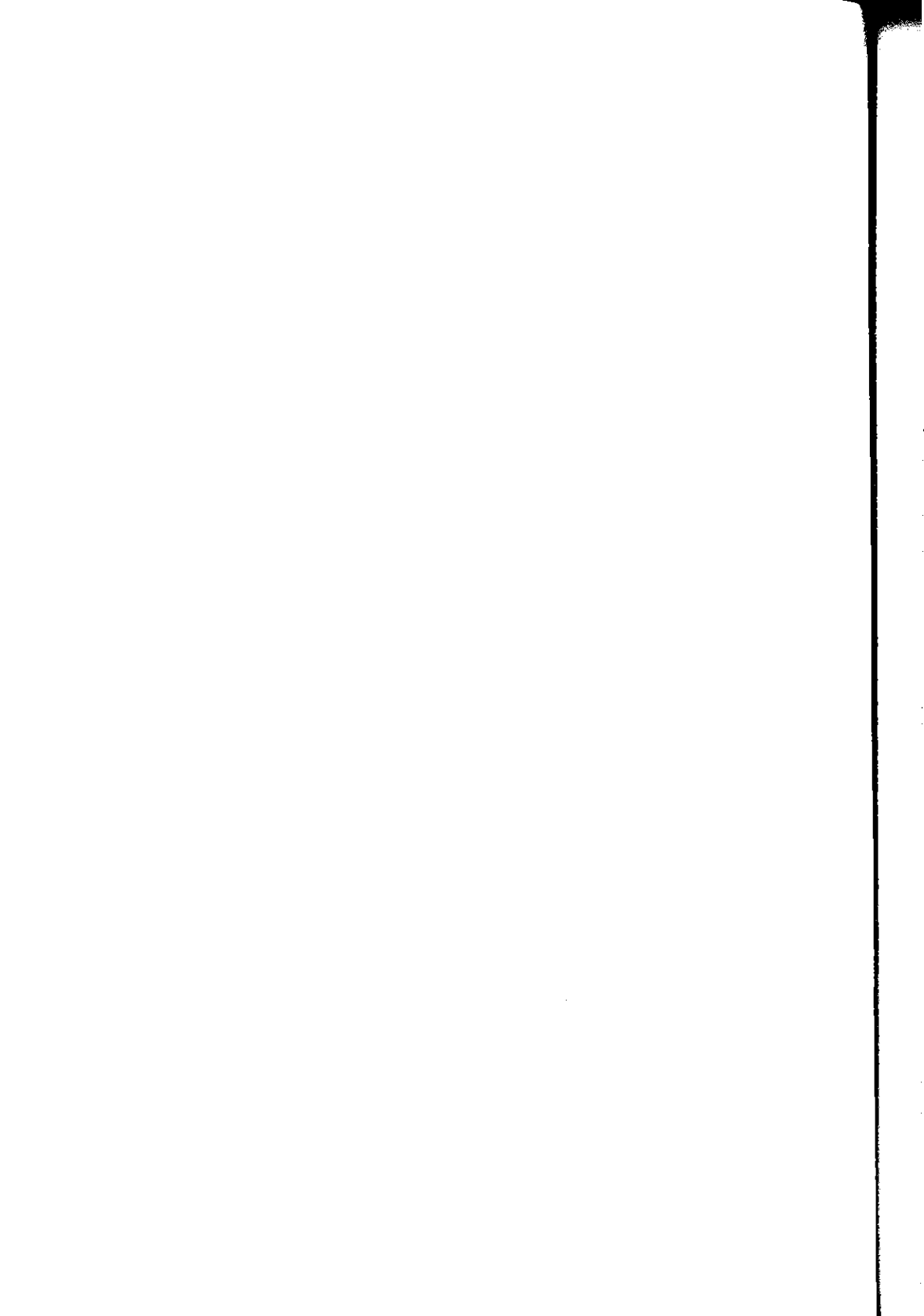
²⁰ En compendio: no podemos seguir sólo “con la tiza y el pizarrón” (Juan Ramón Bueno Jaral). Tenemos necesidad —imperiosa necesidad— de una superación global a partir de la reconstrucción de la ética de la sociedad; y de muy clara y determinante evidencia: que esa misma sociedad se ha adelantado al proceso judicial; que siempre alumbran ideas originales porque hay nuevas y tremendas demandas de respuestas judiciales útiles; y por último, pero lo más importante: que no hay obsolescencia mental ni voluntad declinante, en actualizarnos, en desprendernos de lo que ya no sirve, y en asumir la inevitable puesta al día de las cosas de la Justicia.



EL MAPA ACTUAL
DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

*En recuerdo
del Dr. Marco Aurelio Risolia*

Por el académico Dr. Augusto Mario Morello



I. *El ingreso triunfal del certiorari*

El seguimiento del accionar de la Corte Suprema por los senderos que va trazando la metamorfosis actual del recurso extraordinario depara una de las más sugerentes tareas del investigador y lo pone a prueba en su deber de apreciación crítica, de ayudar a esclarecer el sentido y derivaciones de un vivo y atrapante proceso de ajuste.

En el comienzo: la labor heurística del Alto Tribunal se ve facilitada ahora en su arbitrio *selectivo*.

Introduzcámonos por una de las puertas de acceso, también en estas horas de movida circulación: la que procura afianzar la seguridad jurídica. Cómo se presenta y cómo se la tutela.

El hilo conductor en la labor heurística del Alto Tribunal, facilitada al presente en su margen selectivo (de "pescador") de causas que suscitan *cuestión federal trascendente*, no es otro que el amplio campo discrecional al que le autoriza el *certiorari* de la ley 23.774 (incorporado al art. 280), en su doble y opuesta avenida: de inadmisión (*certiorari* negativo), y de admisión (*certiorari* positivo); este último es el que habilita al conocimiento del recurso extraordinario ¹.

El maleable (elástico) concepto jurídico indeterminado que es "la trascendencia" ² en cada caso en particular de

¹ AUGUSTO M. MORELLO, *La nueva etapa del recurso extraordinario*, Platense, Abeledo-Perrot, 1990, p. 17 y sgtes.

² *La nueva etapa...*, cit., cap. III, pp. 29-38.

una cuestión federal controlable por la Corte Suprema, lleva a la "elección discrecional" (pero no abusiva ni arbitraria, valga la redundancia). De allí que temas de derecho común (privado), de la contratación comercial moderna (concesión, por caso), por sus modalidades o posible repercusión para la economía del país se rotulan —por la Corte— de tal, de trascendente, lo que quiere decir de suficiente importancia, atributo bastante para que se adorne la cuestión federal en su momento introducida con el aludido matiz cualificador.

Así se lo atribuyó en el caso "Rodríguez, Juan Ramón vs. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" (15 de abril de 1993) al contrato de las características que originó esa controversia, pues revistió significativa importancia (concepto jurídico indeterminado igual que el de la *trascendencia*, que le es equivalente) para el desarrollo del comercio interno e internacional (art. 75, inc. 13, Const. Nac.). Pero, agregó todavía el Alto Tribunal, no sólo debía actuarse el *certiorari* positivo (de admisión) sino, además, resolver la Corte "sobre el fondo del asunto —sin reenvío— en uso de la facultad que le concede el art. 16 de la ley 48, con el propósito de *afianzar la seguridad jurídica* y a fin de poner un necesario *quietus* en la evolución de las diversas tendencias jurisprudenciales que distan de ser pacíficas en ese punto (de la contratación) como surge de numerosos pronunciamientos del fuero comercial" (consid. 7º).

Con lo cual la Corte rescata el fundamental principio de la seguridad jurídica —en jerarquía emparejado al derecho de propiedad y que es deber de los jueces preservar— para matizar por sí un claro supuesto de cuestión federal trascendente, insistimos, de significación o importancia bastante para habilitar el *certiorari* positivo, la admisión del recurso extraordinario (art. 280, C.P.N., texto según ley 23.774), pues la relevancia del tema sirve para superar ápices procesales obstativos de la procedibilidad aludida.

También es *suficiente*, en su dimensión o calidad específica, por caso, unificar en el campo del derecho laboral

diversas y encontradas interpretaciones jurisprudenciales y que gracias a la palabra final de la Corte se unifican, con lo que se vuelve a la apetecida seguridad jurídica (ver C.S.J.N., "Luna, Antonio Rómulo vs. Agencia Marítima Rigel S.A. y otros", 2 de julio de 1993, consid. 4º de la mayoría; en disidencia el Dr. Fayt, voto por la inadmisión con la sola mención del art. 280, C.P.N.).

II. *La expansión*

Esta tendencia recorre un camino más transitable para las cuestiones —por "regla" ajenas al control o revisión reservada al Tribunal por el carril de la apelación extraordinaria— de índole procesal, o de derecho común o local, ruta abierta a través de esta argumentación:

"Como se ha señalado en la causa E.64.XXIII, 'Ekmekdjian, Miguel vs. Sofovich, Gerardo y otros', fallada el 7 de junio de 1992 (disidencia de los doctores Petracchi y Moliné O'Connor), la ley 23.774 ha introducido una importante modificación en el ámbito del recurso extraordinario al reformar el texto del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

"La finalidad más significativa de ese nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que la Corte tiene en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación posibilitando —de una manera realista³— que su *labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional*, cometido éste que, desde temprana hora, el Tribunal ha reconocido como el más propio de su elevado ministerio"⁴.

³ AUGUSTO M. MORELLO, *El proceso justo*, Platense, Abeledo-Perrot, 1994, p. 17 y sgtes.

⁴ "Fallos", 1:340 (sentencia del 17 de octubre de 1864, énfasis agregado). Repárese en el decisivo corrimiento en la jurisdicción apelada hacia lo *discrecional* y *no obligatorio*, nota de diferenciación tan esencial que porta en el país del Norte —fuente del nuestro— el *writ of certiorari* con mayor intensidad a raíz de la reforma de 1988 y que posibilita (con las reservas y

Es que la reforma (de la ley 23.774) tiende a reforzar el criterio de especialidad que orienta las funciones de la Corte, al hacerle posible *ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente unidos a su naturaleza institucional*.

De allí, agrega en explicación docente, "más que una inteligencia pormenorizada de cada uno de los términos expresados en la norma (falta de agravio federal suficiente, cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia)⁵, *debe rescatarse el carácter análogo de éstos y su convergencia en una misma finalidad*: la de preservar a esta Corte a fin de que 'a su sana discreción' pueda centrar su *tarea en los asuntos que pongan en juego su relevante función*" (consid. 4º).

Con máxima preocupación en su intento de precisión y claridad, marca a renglón seguido: "que el art. 280 citado no debe ser entendido como un medio que sólo consienta la desestimación (inadmisión) de los que no superen sus estándares⁶. Si aquél constituye una *herramienta de selección* dirigida a que la Corte tenga el marco adjetivo que le haga posible un *acabado centrado desarrollo de su papel institucional*, deberá reconocerse, al unísono, que esa disposición también habilita⁷ a considerar admisibles las ape-

prudencia que gobiernan su labor heurística) a la Corte un amplísimo *poder de selección* (y en la contracara de descarte) de los asuntos en que *ella* considera que, por su significación o importancia —trascendencia— no puede dejar de hacerse oír.

⁵ *Supra*, nota 1.

⁶ Véase el excelente libro —modernísimo, didáctico, de lectura imprescindible para tomar posesión de tan rico y complejo horizonte comparativo, que en 1988 tuvo una nueva frontera en esa orientación de selección discrecional— de ALBERTO B. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimiento en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Abaco, de Rodolfo Depalma, 1994, en especial cap. IV, pp. 169-210, Nros. 23 a 27. No menos ilustrativas y facilitadoras del acceso al conocimiento de las instituciones federales de EE.UU. de A. y del perfil del *common law* son las sabias palabras preliminares del Dr. JULIO CÉSAR CUETO RUA.

⁷ Cfr. LINO E. PALACIO, *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, Abeledo-Perrot, 1992, p. 204, N° 24.4. y p. 282, N° 41; NARSICO J. LUGONES, *Recurso extraordinario*, Depalma, 1992, p. 106, N° 12; NESTOR P. SAGÜES, *Recurso extraordinario* (Derecho Procesal Constitucional), 3ª ed., Astrea, 1992, vol. II, Nros. 489-A, p. 519 y 489-B (en p. 3) y letra H "Proyecciones del writ of certiorari", p. 531; SANTIAGO LAGARRE, *El requisito de trascendencia en el recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, 1994, p. 30 y sgtes.

laciones que entrañan claramente cuestiones de trascendencia, no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales⁸ a efectos de que *el rito de los procedimientos no se vuelva* un elemento frustratorio de la eficiencia con que dicho rol debe desempeñarse⁹.

Este aserto, por lo demás, se entronca con una consolidada línea de precedentes que tienden a no impedir el esclarecimiento de temas constitucionales por los eventuales 'ápices procesales'¹⁰ que puedan obstaculizarlos¹¹.

Los razonamientos anteriores arrojan con calor ama-

⁸ Esa avenida de doble mano (para el ingreso y el apartar de la Corte "pescadora" de causas de trascendencia [de cuestión federal suficiente por ser significativa o importante] y para algunos de sus ministros valiéndose del *per saltum*) la había destacado el Dr. FAYT en una de sus disidencias: "Así como el legislador ha colocado a la falta de trascendencia entre las razones por las que la Corte puede *rechazar un recurso con la sola cita* del art. 280 del CPN., *parece compadecerse* con el espíritu de la norma (y ello avala anterior doctrina del Tribunal) que la importancia de una causa sea *razón atendible en el momento de sopesar la admisibilidad de un recurso extraordinario* (consid. 9, de su voto en la causa "Prunello, Federico Norberto", del 24 de marzo de 1992, énfasis agregado).

⁹ Venimos destacando que en este singular momento de redimensión del recurso extraordinario se hallan "en ablande" (tolérensenos esta licencia) cuatro piezas mayores, las que el Tribunal utiliza circunstancialmente, casi siempre en forma sucesiva más que concurrente o de modo acumulativo, como verdadera variable de ajuste (como un fuelle de dilatación y contracción): la cuestión federal; los alcances de la sentencia definitiva o de efectos equiparables; la relación directa e inmediata y ahora, en el papel protagónico, el personaje más novedoso —el *certiorari* "acriollado" (no igual sino parecido al de su fuente del art. 280, CPN) que en el trasfondo de un notable viraje a lo "discrecional", suscita la constante y muchas veces osada movida de esas piezas—. Acompañados también por algunos enroques que golpean las tradicionales posiciones en que los operadores —con previsión— nos cobijábamos al usar la sabia herramienta del art. 14, ley 48.

Aún no es el tiempo de un *quietus de estabilidad establecida* o de afirmar que transitamos un campo definitivamente acotado. Tendremos sorpresas, apagamientos (¿permanentes?) de figuras de ganada prosapia como la doctrina de la sentencia arbitraria y la *intención* de otras condiciones posibilitadoras del acceso a la instancia extraordinaria (*per saltum*), hasta que llegue el tiempo de meseta. De proyectarse un nuevo ciclo en el fecundo historial del recurso extraordinario; luces y sombras, reacomodamiento, aperturas, pliegues, y movimientos de "fronteras" (ver *El proceso justo*, cit., p. 471 y sgtes. e *infra*, cap. IV).

¹⁰ "Fallos", 167:423; 182:293; 185:188; 188:286; 194:284; 197:426; 243:496; 247:601; 248:612 y 664; 250:699; 251:218; 253:344; 256:62, 94, 491 y 517; 257:132; 260:204; 261:36; 262:168; 264:415; 266:81; 286:257; 295:95 y 296:747.

¹¹ C.S.J.N., disidencia de los doctores Cavagna Martínez y Moliné O'Connor en la causa "Cornes, Juan José vs. Massuh S.A., División Celulosa y Papel Planta Quilmes", 7 de setiembre de 1993, consids. 3º a 5º, énfasis agregado.

dirigante la conclusión primera a que se sometió la virtualidad de la Reforma introducida por la ley 23.774 vista desde el prisma de la Constitución: el de merecer *su validez* y legitimar "sin fundamentos" el uso de esa filosa herramienta con su "sola cita o mención". Superando rebeldes requisitos procesales (introducción tardía) *parte* del Alto Tribunal (Dres. Barra, Belluscio y Boggiano) se hicieron cargo de esa tacha —y en el *deber* de atenderla, es decir, considerarla en la instancia extraordinaria de conformidad a la consolidada tradición jurisprudencial tendiente a impedir la dilucidación de relevantes temas constitucionales por mediar los ápices procesales apuntados— arribaron a la conclusión de que el precepto (el tantas veces mencionado art. 280 de la ley adjetiva) aprobaba el test constitucional. Argumentaron de esta forma:

1º) La desestimación de un recurso extraordinario con la sola invocación de una norma procesal y sin *dar fundamento alguno*¹² no conculca los derechos constitucionales invocados por el recurrente (arts. 14, 16, 17, 18, 28 y 31 de la Const. Nac.). El art 117 de la Ley Fundamental prevé el ejercicio de la jurisdicción apelada por la Corte Suprema según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso y *no se observa irrazonable* en la reglamentación legislativa que comporta la norma cuestionada.

¹² El debate sigue abierto y en La Plata las protestas de avezados abogados no son inferiores a las que en los años '25 levantaron con energía los colegas del Colegio de Abogados de Nueva York (ver JOSÉ MARÍA MORENILLA RODRÍGUEZ, *La organización de los tribunales y la reforma judicial en los Estados Unidos de América*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1968, p. 121, N° 3 y nota 40).

¿Por qué la Corte (*máxima*) que exige —en *todos* los jueces— machaconamente la adecuada y cabal fundamentación de sus fallos, elude olímpicamente ese deber refugiándose en la invocación fría y discriminatoria de un dispositivo legal? ¿Por qué la Corte (*joven*: los secretarios y relatores que ordinariamente *leen el expediente y estudian la admisión*) son los árbitros primeros de tan dramáticas consecuencias para la suerte del recurso de más ardua atención por sus sofisticadas cargas técnicas? Y lo más urticante: cómo orientarse el profesional con oficio y experiencia en el laberinto de "la cuestión federal trascendente", en donde alumbrar el hilo de Ariadna, si el silencio de motivos impide (salvo en los votos en minoría, disidentes) descubrir al menos en estos primeros pasos del *certiorari*, señales, pronósticos o indicaciones que puedan dibujar un sendero? ¿Y la seguridad jurídica imprescindible, más que deseada por el abogado defensor?

Por el contrario, esa disposición permite al Tribunal ejercer con mayor eficacia su obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad. El cabal desempeño de esta alta misión torna *imperativo desatender los planteos de cuestiones* —aun federales— *carentes de trascendencia*.

2º) El referido art. 280 permite a la Corte ejercer su jurisdicción extraordinaria en casos de trascendencia; aun cuando existiera algún obstáculo formal para acceder a la misma.

Lo medular se asienta en esta premisa:

“La resolución de temas de ‘notable repercusión institucional’ (concepto jurídico indeterminado) no puede quedar vedada al Tribunal ¹³ por el incumplimiento de requisitos instrumentales por parte de los interesados en casos cuya gravedad excede los hechos y las personas directamente involucradas” ¹⁴.

3º) Que debe generarse en la gente “la fe en quienes tienen a su cargo la administración de justicia, eliminando, en el ámbito de su poder, todo lo que la afecte o disminuya”, marcando que “tal quiebra de confianza sobreviene con arbitrariedades que lesionan el servicio de una imparcial administración de justicia (art. 5º, Const. Nac.)”.

4º) Que, igualmente, no incumbe a la Corte “revisar el acierto o error ¹⁵, la justicia o injusticia de las decisiones de los tribunales inferiores en las cuestiones de su competencia, porque, entre otras razones sería tarea prácticamente imposible en razón de su cuantiosa envergadura, lo que impediría a la vez la apropiada consideración de causas en

¹³ AUGUSTO M. MORELLO, *El proceso justo*, cit., p. 25 y sgtes.

¹⁴ Hemos sostenido que el rostro de “la trascendencia” es similar al de la gravedad o interés institucional, pero es *más*, al comprender otros supuestos más fluidos que aquellos con los que el Tribunal ha dibujado su caracterización (ver *La nueva etapa*, cit., p. 163, b) y c). Cfme. PALACIO (“mayor amplitud”), op. cit., p. 204, nota 24.4.

¹⁵ Pero si éste es grave, intolerable y el resultado de una iniquidad manifiesta que mancilla la defensa y malogra los fines del *proceso justo constitucional*, el argumento parece insostenible (ver *infra*, cap. III).

las que se ventilan puntos inmediatamente regidos por normas de rango constitucional y federal”¹⁶.

También repiquetean de modo constante, cuando está de por medio la interpretación directa del art. 18, Const. Nac., y de las leyes de procedimiento dictadas en su consecuencia, las *guías maestras* que difunde la Corte, desde la óptica *procesal constitucional*: a) las reglas que gobiernan el proceso no constituyen un mero ritual, sino que tienen el sentido de conducir al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, norte de la tarea heurística de *todos* los jueces; b) esa red de estructuras y formas regulatorias del debate *deben ser instrumento de la justicia* y no un obstáculo gratuito para su logro¹⁷; c) es necesario que no se malogren las oportunidades (fases y tiempos propios reservados a cada trámite durante el litigio), pues la frustración de su realización y finalidad, al no poder volver a plantearlos, ocasiona perjuicios *irreparables*¹⁸.

5º) Y en el registro de las *consecuencias de la inadmisión* por el solo juego del art. 280, explicitará el Alto Tribunal que “obviamente la desestimación de un recurso extraordinario con la sola invocación de esa norma no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida. Implica, en cambio, que la Corte ha decidido *no pronunciarse sobre la presunta arbitrariedad invocada*”¹⁹ por no haber hallado en la causa elementos que

¹⁶ Precisamente esos puntos aparecen comprometidos en la grosera violación de la garantía del art. 18, Constitución Nacional.

¹⁷ C.S.J.N., “Fallos”, 247:176; 256:311; 268:413; 271:278; 302:1611, entre otros. Ampliamente en *El proceso justo*, Platense, Abeledo-Perrot, 1994, p. 347 y sgtes.

¹⁸ “Fallos”, 268:172; 280:228; 306:1312; 307:784 y 2030, sus citas y otros.

¹⁹ Ese método de descarte es por ende “neutro”, la Corte roza la superficie y no ingresa a la causa ni abre juicio sobre los pronunciamientos anteriores en ella recaídos. A la Corte “no le interesa el asunto”, por no serle (según su sana discreción) significativo, importante. No se ocupa de él, el tema no tiene fuerza para perturbarla ni tampoco determinarla a que brinde su tiempo *de resolución*. Lo mismo ocurre en el derecho federal del país del Norte: no prejuzga, no tiene valor como precedente, no se sienta con su rechazo ninguna jurisprudencia. La Corte no tiene tiempo en comprometerse en asuntos menores; no produce “cosa juzgada, ni establece regla de derecho alguno, no importa una confirmación de la sentencia del superior

tornen *manifiesta* la frustración del derecho a la jurisdicción ²⁰ en el debido proceso" ²¹.

Con el soporte de lo tejido hasta el presente por el intérprete de la ley 23.774, giremos ahora a uno de los cuadrantes más activos del mapa en examen sobre el cual parecen caer las sombras del *certiorari* y malos augurios sobre la buena salud de la doctrina de la sentencia arbitraria.

III. *¿Se extingue la doctrina de la sentencia arbitraria?*

a) Cerrar la admisión a ese *debido* control último, ¿importará en la práctica del Derecho como que la Corte Suprema consiente en que el Servicio muestre ignominiosos manchones desvirtuadores? ¿Olvidará así que tan graves fallas terminan por *desacreditar* lo que es lo *nuclear* de él, desembocándose en la privación de justicia, o en gruesos yerros de hecho o normativos, que no obstante su manifiesta inidoneidad como actos constitucionales válidos y estar frontalmente menoscabada la garantía de la defensa, sin embargo, se reputan como un "obrar jurisdiccional" acorde con los cánones del proceso justo?

b) Las apreciaciones de quien fuera un respetado integrante del Tribunal cimero, el Dr. Tomás Casares, destinadas a justificar la ausencia del control del Órgano en materias de derecho procesal o común, no las compartimos

tribunal de la causa" (ver BIANCHI, op. cit., pp. 169-170, N° 23 y para valorar el *certiorari* en ausencia de sentencia definitiva, p. 191 y sgtes., N° 27).

Puntualicemos que, como es sabido, la Corte argentina no se demoró en mostrarse en el espejo del antecedente del Norte: "la jurisprudencia (la interpretación) de las Cortes Americanas de Justicia tiene importancia decisoria entre nosotros pues su derecho federal es nuestro propio derecho constitucional" ("Fallos", 33:162).

Al inicio (en sus primeros momentos fundacionales) la Corte de 1863 marcó el rumbo: la jurisprudencia de la Suprema Corte de EE.UU. de América debía "servirnos de guía para interpretar nuestra Constitución" ("Fallos", 1:137).

²⁰ La gravedad del error o vicio de juzgamiento llevan a ese punto; ver *infra* nota 27.

²¹ Voto de los Dres. Barra, Belluscio y Boggiano, cit., en la causa "Rodríguez, Luis Eleuterio vs. Rodríguez de Sobreyer, Carmen Isabel y otro", 2 de febrero de 1993, consids. 2° a 6° (énfasis agregado).

porque no convencen en el estado actual de la conciencia social sobre el *modo* en que debe satisfacerse el delicado control jurisdiccional, dicho esto, obviamente, con el máximo respeto.

Expresaba el Dr. Casares en un voto en disidencia: “las injusticias objetivas posibles no tienen en nuestro régimen, ni pueden tenerlo en ningún otro imaginable, remedio temporal. La Corte (federal) no es por cierto ajena, como no lo es ningún Tribunal humano. Su superior función reguladora no reposa en la seguridad ni en la probabilidad siquiera, de que le asistan posibilidades de acierto superiores a las de cualquier otro tribunal, sino que constituye un modo homogéneo y uniforme de afianzar la primacía de la Constitución, y a través de ella, la de los primeros principios del orden institucional precedentemente recordados” (consid. 6º); por eso —agregaba— “ha sido tan parco este Tribunal en acordar el remedio de excepción que es el recurso extraordinario a causa de la arbitrariedad de las sentencias” (consid. 7º) ²².

c) Veamos el porqué de nuestra disconformidad con esa postura.

1) El enfoque olvida el carácter público y el interés general comprometido en la recta administración del Servicio de Justicia.

2) Es universal —por caso la Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto de San José de Costa Rica— la exigencia de un control sentencial de dos o más instancias, con la que se busca *reducir* los errores judiciales. El argumento llevado en exceso serviría para circunscribir a uno solo los grados de la jurisdicción.

3) A través de la Casación —y con mayor razón la que proviene de un Tribunal Nacional con esa competencia es-

²² C.S.J.N., *in re* “Municipalidad de Buenos Aires vs. Compañía Primitiva de Gas”, “Fallos”, 211:988, cit., por SANTIAGO LEGARRE, en *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, 1994, p. 77.

pecífica— el control de sentencias descalificables por los vicios del absurdo o arbitrariedad indica la clara orientación de la política institucional en montar un jerarquizado órgano *superior* encargado de esa revisión.

4) Es evidente que el funcionamiento razonable, prudente y flexible (ni “siempre” admisión, ni “siempre” inadmisión de la apelación federal sustentada en esas causales) ha impedido e impide cada día revalidar pronunciamientos *ofensivos del debido proceso*. Y ello, no lo niega nadie, ha importado ¡bien lo saben los abogados argentinos! una sabia y estimulante construcción pretoriana que ha permitido un señalado mejoramiento, en el cumplimiento adecuado de la debida motivación de los fallos, que es un componente esencial de la prestación *constitucional* de ese delicado Servicio.

d) Bastaría apelar a la *supresión hipotética* de ese necesario control (insistimos: cuando concurran los presupuestos de gravedad en los vicios que lo habiliten, no lo que es leve y *opinable* criterio fundamentador) para caer en la cuenta —en la realidad contextual del litigar de estas horas— de cuál sería el margen de incompatibilidades entre lo debido y lo prestado *concretamente*.

Frente al pobre cuadro presente que exhibe el mundo de la Justicia, el degüello por parte de la Corte de la sentencia arbitraria sería un triunfo sin gloria porque, aunque el Tribunal en más se dedique a los “asuntos de significativa importancia” (con olvido de la forma en que se satisface la prestación de la justicia en concreto por los jueces de la República) importaría un vacuo eufemismo inevitable acaso en política pero “totalmente inútil” y contraproducente en materia del Servicio que estudiamos. La Corte —todos los jueces— ganarian menos credibilidad y perderían imagen en “la sociedad” porque los demás asuntos, en mucha o poca medida, son de una u otra manera productos *derivados* de la suerte de aquél. Del proceso justo. Es como si el dirigente político se desentiende (y deja a su merced) su propio partido: el naufragio arrastra al conjunto, y los

restos no serán sobrevaluados (parafraseando a Jean-Claude Casanova, *Un sommat sans dirigeants*, "L'Express", 21 de julio de 1994, p. 5).

Las cosas se colocarán —prudentemente— en un nuevo nivel.

e) Las reflexiones en crítica olvidan, asimismo, la relevante función *docente que ejerce* —para la totalidad de los órganos argentinos aun dejando de lado el valor vinculante o no de sus decisiones en materia no federal— la Corte Suprema a través de sus pronunciamientos; en el uso y reafirmación permanente de los buenos principios informadores de la función jurisdiccional: celeridad, economía, no incurrir en excesos rituales, adjudicar a lo procesal (en sistemática integradora con el derecho sustancial)²³ un papel no ya conceptualmente garantista, sino verdaderamente instrumental, de servicio, *facilitador* del acceso a la verdad jurídica objetiva y, a su través, a la justa composición de las controversias.

Es que a la larga o a la corta la gente perdería la fe en quienes tienen a su cargo la administración de justicia: fe que es uno de los requisitos del sistema representativo republicano de gobierno. Y para redondearlo con un pasaje del Tribunal, que repetimos, "tal quiebra de confianza sobreviene con arbitrariedades que lesionan el servicio (de una imparcial) administración de justicia (art. 5 de la Const. Nac.)" (C.S.J.N., "Penjerek, Norma Mirta", "Fallos", 257: 132, reiterada en integración actual en causa A.609.XXIII, "Acción Chaqueña", sentencia del 29 de agosto de 1991; disidencia de los Dres. Levene y Boggiano, *in re* "Freigedo, Horacio David vs. Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles", 16 de junio de 1992, consid. 3º) [si bien en los consid. 4º y 5º se consagra una rigurosa interpretación desestimativa del recurso extraordinario, con la sola invocación del art. 280, C.P.N.]].

²³ ANDREA PROTO PISANI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale*, en AA.VV., "Estudios en honor de Vittorio Denti" (publicación N° 74 de la Universidad de Pavia), Cedam, 1994, vol. 3, pp. 421-438; la cit. en p. 422, N° 2.

f) En todo caso, lo expresado por el ministro Casares en los años 40 y 50 pone de relieve el brinco —hacia otros horizontes modernos— que ha pegado la teoría general de la impugnación, al mudar en estas décadas, entre otros perfiles, los siguientes: 1º) el recurso extraordinario es de esa naturaleza extraordinaria pero no de ejercicio excepcional²⁴; 2º) la apertura y continua recepción de nuevas causales de arbitrariedad, según lo avizorara Carrió con lucidez, fue mostrando que, por diversas razones que hemos ovillado en otros lugares, muy lejos estuvo el Tribunal de “ser muy parco” en acordar la admisión del art. 14, ley 48; 3º) si en adelante, en el vuelo castrador del *certiorari* negativo, el lápiz rojo de cierre bloqueara hasta hacerla desaparecer a la doctrina de la arbitrariedad²⁵, se cometería, por las consecuencias prácticas que ello traería, una infortunada devaluación de la justicia, que repudiaría la conciencia de nuestra comunidad forense. Porque (al margen del *abuso* en su proposición) no cabe hesitar en que la tiene incorporada y la vivencia como una de las más notables conquistas de las que llevan el sello original del Tribunal. Sólo toleraría

²⁴ Llamativamente, en un notorio paralelismo con el criterio residual y estrecho del Dr. Casares, se expresaba en La Plata el Dr. MANUEL IBÁÑEZ FRONCHAM, que nunca vio con buenos ojos el campamento que en la instancia extraordinaria (la Casación bonaerense) hacía la doctrina del “absurdo” y *a fortiori* la de la sentencia arbitraria. Los jueces no deben dictar fallos lastrados por la arbitrariedad, nos decía el maestro de la ciudad de Dardo Rocha.

²⁵ Como avizora LEGARRE, al atribuir al nuevo modelo del recurso extraordinario —el que se ha acuñado con el *certiorari* de la ley 23.774— el hacer rotar la jurisdicción de la Corte en torno del concepto de *trascendencia*, con doble y opuestos resultados: a) el ensanchamiento de la instancia extraordinaria al permitirle a la Corte seleccionar positivamente (“pescar”) las causas tradicionalmente ajenas al recurso federal, relativas a la interpretación de derecho común o local, si a juicio del Tribunal revisten trascendencia pese a la ausencia de los requisitos exigidos por la doctrina de la arbitrariedad; y b) de achicamiento de la referida instancia extraordinaria en el cada vez más acentuado cono de sombras sobre la añeja doctrina de la arbitrariedad hasta apagarla, dejándola exigua (op. cit., cap. III, pp. 73-94).

No creemos que tan malos augurios confirmen la misión de verdugo que vaticinamos a la Corte, de enamorarse del *lápiz rojo* para hacer rodar en cascada la inadmisión de los recursos con la filosa daga de una línea, el art. 280, CPN (ver nuestro *La nueva etapa del recurso extraordinario. El certiorari* (cit., Platense, Abeledo-Perrot, 1990, p. 176). Son ciclos de corrimientos y adaptaciones que, en la sistemática global, no pueden al presente alcanzar el deseado nuevo nivel de equilibrio.

su retirada si *se sustituye mediante un órgano jurisdiccional de parecida jerarquía y misión*²⁶, aspecto crucial que, cuando se considera esta problemática, permanece extrañamente ensordinado pese a ser clave su tratamiento.

g) Aunque la corrección sobrevenga en casos particulares (al reiterarse en variadísimas matizaciones todas ellas unidas e identificadas, sin embargo, por las notas de ser una grosera [intolerable] lesión de la garantía de la defensa [que se agudiza] en la repetición de los resultados) se acumula en *contra* o en *violación* del debido proceso —del proceso justo constitucional—.

Circunstancia que pone en peligro el *norte* del Servicio cuya *recta prestación* (sic.) útil, eficaz, de efectos intrínsecamente valiosos de acuerdo, en cada especie concreta, con las circunstancias de hecho comprobadas y al encaje jurídico que —correctamente— ha de aprehenderlas, menester que se halla a cargo de todos los jueces, en primer y gravitante rol los de la Corte Suprema²⁷.

h) La efectividad de tan significativa garantía, la de la defensa —la de mayor volumen y de la que dependen todas las demás— constituye, por ende, *en sí y sin más* (queremos destacar cuando aparezca groseramente conculcada) cuestión *trascendente* (art. 280, C.P.N.) sin que el Alto Tribunal, fiador de su transparente y cabal vigencia, pueda sortear el compromiso de control. Es que por su linaje —no inferior, por cierto, al de la seguridad jurídica o al derecho de propiedad— está equiparada a los principios fundamen-

²⁶ Sobre lo cual hemos insistido en la última década en *La Corte Suprema en acción y La casación. Un modelo intermedio eficiente*, Platense, Abeledo-Perrot, 1993, p. 262 y sgtes. Ver ahora RAMIRO ROSALES CUELLO, *Un tribunal necesario*, "L.L.", 26 de diciembre de 1993, con un apropiado y completo examen de la cuestión.

²⁷ El camino de cornisa se recorre cuando entre otros supuestos frecuentes la sentencia impugnada muestra que se ha omitido una verdadera (seria y razonada) apreciación crítica de los elementos relevantes de la litis en el punto discutido ("Fallos", 303:1258, entre muchos otros), o se basa en pautas de excesiva latitud (sentencia *in re* "Barrios, Narciso T. vs. Mercedes Benz, Argentina S.A.", del 7 de octubre de 1986, entre otros) o en carencias y fallas lógicas enfrentadas con las reglas de la sana crítica o el correcto pensar del judicante, con grave lesión al derecho de defensa en juicio.

tales del Estado de Derecho, y que es *deber* de los jueces, por consiguiente, *preservar* (doct. de "Fallos", 242:501).

O para expresarlo con palabras del Dr. Fayt, ese resultado individual se proyecta sobre la sociedad toda porque brinda a los interesados (al cabo el conjunto de los eventuales justiciables), en decisiones judiciales que hacen a sus derechos, *la efectiva defensa en juicio*, "problema que es de aquellos cuya gravedad para el interés general hace adecuado establecer una doctrina clara y segura como la que podría emanar de la Corte Suprema" (voto en disidencia *in re*, "Prunello, Federico Norberto", 24 de marzo de 1992, consids. 7º, 8º y 9º).

Cuajado el lienzo de la justicia por los agujeros de sentencias arbitrarias la consecuencia es que en los hechos se prescinde de la norma cardinal (el cit. art. 18) a la que, en *tales casos* (que no son pocos), se la desvirtúa y *vuelve inoperante*.

IV. *El futuro inmediato*

Así las cosas, tiene evidentes riesgos intentar formular un cuadro de situación realista que aprese los rasgos más destacados del actual mapa del recurso extraordinario y nos aproxime a la reubicación o redefinición de la Corte en su registro apelado.

1º) Era previsible que el *certiorari* incorporado por la ley 23.774 de 1990 en el panorama de la Corte Suprema debía producir, inexcusablemente, profundas modificaciones en la vida funcional del recurso extraordinario y en la manera con que el Tribunal acomodaría sus hábitos y tradiciones a una herramienta que le permite moverse con la máxima soltura y "poder de selección" (bivalente: para asumir causas o para rechazarlas *sin más*) coloreándose así de potente luminosidad su jurisdicción apelada *discrecional*.

2º) El giro se escuda en razones políticas y pragmáticas: la Corte necesita dosificar su tiempo; debe sentirse facultada para ocuparse, no de todas las cuestiones debatidas, aun las de carácter federal, sino *únicamente* de aquellos asuntos que —al igual que en los EE.UU. de América— por su *significación*, comprometen el tejido institucional y social, es decir cuando están en juego los grandes principios y estándares.

En ellos su palabra, por *necesaria*, importa que se diga y sea escuchada. El Tribunal encontrará asumibles muchas causas o, por el contrario, se abstendrá y las dejará que maduren (y acaso sirvan en otras oportunidades), para afirmar su cometido de hacer justicia, asegurar la supremacía de la Constitución o que prevalezcan valores de jerarquía especial —como el de la seguridad jurídica—. En esos supuestos la Corte optará por la admisión, al servicio de los valores comprometidos reserva el control de constitucionalidad en el espejo, entonces, de esas —nada más pero también *nada menos*— cuestiones —a su parecer— de suficiente trascendencia.

3º) A ese nuevo emplazamiento la Corte —ya lo vimos— lo reputa razonable y adecuado. El Tribunal está dispuesto desde ese nuevo sitio, a no hacer más en lo que puede revertir en desmedro de los asuntos (casos) que conciernan a su alta misión. Nos dice que preservará lo que ella considera que en el orden de las instituciones es prioritario e ineludible.

4º) A priori, el referido impacto debilitará notablemente la salud robusta de la doctrina de la sentencia arbitraria, aunque no le llegará a ésta su última hora. Sabrá (la doctrina y el Tribunal que la hizo nacer con estimulante imaginación) capear un tiempo de eclipse, pero mantendrá su lozana misión de salvamento *in extremis* del proceso justo.

5º) Creemos que transcurrido un lapso prudente (1991-1994) la Corte debe exhibirse más segura en el uso del *cer-*

tiorari. No caben tantas disidencias acerca de si en ese caso particular la cuestión reviste (para la circunstancial mayoría sí, para algunos de los ministros no) suficiente trascendencia. Ese presupuesto —esencial— de admisión debe alcanzarse previamente (juicio de admisión) acaso como en los buenos tiempos de acuerdos de “la Corte chica” con los secretarios especializados, para despachar los recursos de queja, forzándose (la Presidencia) mayorías genuinas, en razón de la docencia y certeza que emanan de sus pronunciamientos y *que van señalando a los abogados la forma de utilización del certiorari*. Al presente nos ayudan mejor, al respecto, las disidencias *fundadas*.

6º) Lo que nos parece esencial es volver a manifestar que no puede perderse de vista la dimensión global del *sistema de la justicia argentina*, pues en los últimos años esa preocupación se ha desarticulado al ceñirse casi con exclusividad a lo que pasa en la Corte Suprema, *olvidándose de las otras instancias*. Queremos decir: a) de potenciar con acierto la primera instancia en el eje del proceso civil, oral, o por audiencia (inmediación y concentración) que es la piedra de toque del conjunto, pues funcionando bien la instancia originaria, lo demás vendrá por añadidura; b) la diagramación de una segunda instancia en roles activos de legalidad, complementación y corrección, reformulación que no puede demorarse porque es ese registro el que suministra eficacia específica *normal*. Además, sus interpelaciones contribuyen decisivamente en la evolución del derecho en época de transición y de compleja trama de los ordenamientos y sus integraciones en mercados regionales; c) el principalísimo papel que asiste a la casación con un enérgico y provocativo (Corte de Mendoza) desafío a ser encorsetada en modelos rígidos y desvirtuadores de sus magníficas posibilidades jurisdiccionales; d) el refuerzo desde esos centros, verdaderos superiores tribunales de la causa, del control o revisión de constitucionalidad federal efectiva (“Strada-Di Mascio”).

Empero, mientras no se organice la Casación Nacional

o se establezca una *Corte intermedia a cargo de la revisión de las sentencias arbitrarias*, no veremos compensado “el alivio” que *para sí* busca la Corte Federal blandiendo el lápiz rojo del *certiorari*. Porque al cabo con ello no se hace sino *trasvasar* a los demás órganos actuales, con peligro cierto de que éstos se escuden en las mismas razones que esgrime el Órgano cimero, todo lo cual redundará en *perjuicio del consumidor del Servicio de Justicia*, resquebrajándose la fe e imagen de los jueces que son los que tienen a su cargo esa función, con directa y nociva repercusión en el Estado de Derecho.

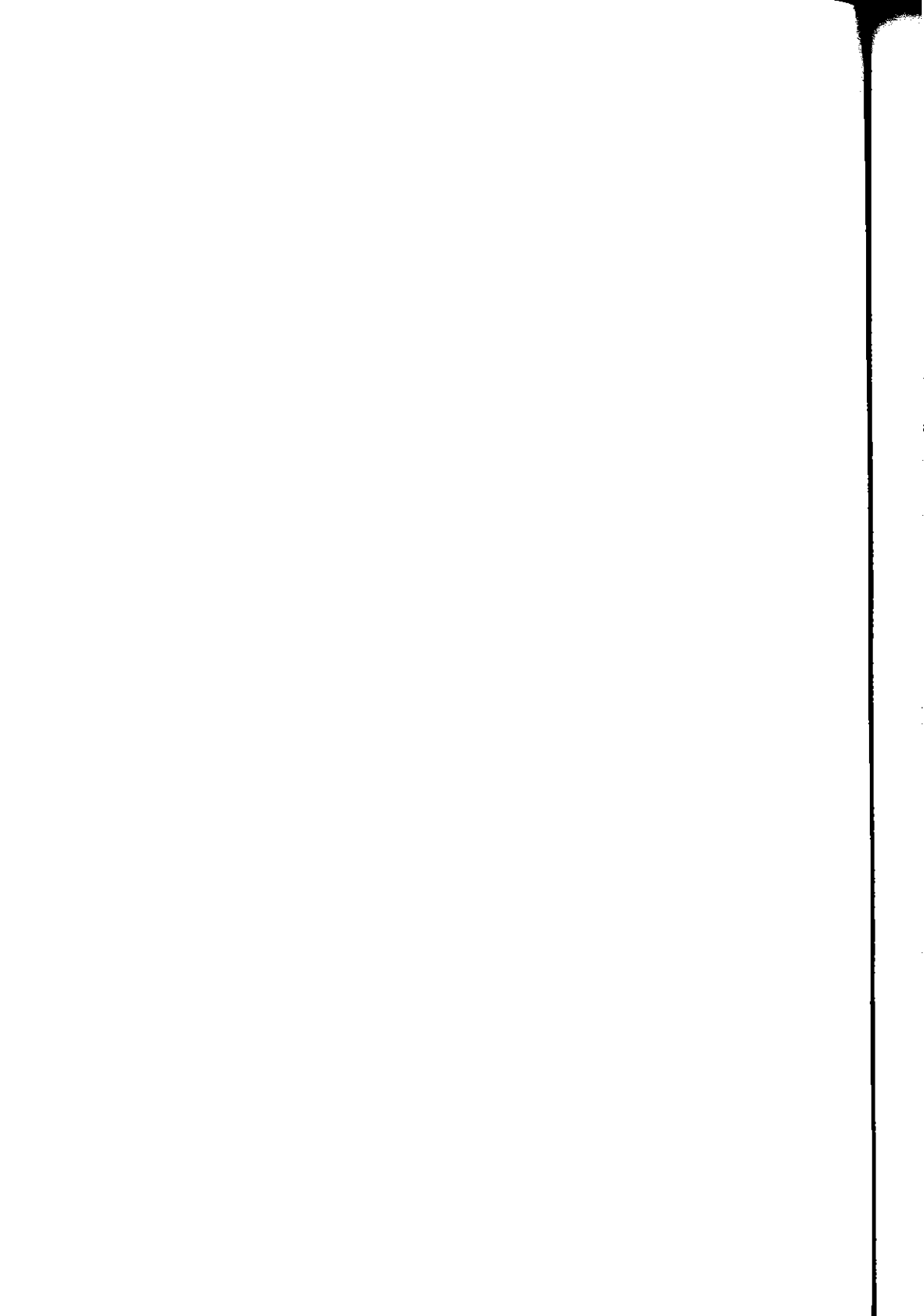
V. *Terminación*

Con vacíos y apreciaciones no demasiado solidificadas, hemos procurado ofrecer un tentativo cuadro de situación del recurso extraordinario —en plena ebullición y profundo proceso de adaptación destinado a plasmar un torso inédito— que, *montado en el certiorari*, porfía por servir a lo clásico, de *otro modo*.

Debemos estar atentos para escuchar con atención los ruidos que, en el montaje de ese nuevo escenario, van produciendo tan notables y vertiginosos desplazamientos.

LA CRISIS DEL DERECHO DE PRENSA

Por el académico Dr. Jorge M. Mayer



Los orígenes de la imprenta son milenarios. De las escrituras ideológicas, petrográficas y fonéticas se avanzó hasta las escrituras silábicas. El deseo de conservar el recuerdo de las hazañas de los grandes monarcas y las fascinantes leyendas raigales, llevaron a grabarlas sobre piedras, ladrillos, papiros y manuscritos y después sobre cera y arcilla.

Los escribas de los palacios de Nínive y siglos más tarde los monjes cavilosos y obstinados, en sus celdas medioevales, consignaban las proezas épicas de los caballeros para salvarlas del tiempo y del olvido.

Luego de varios ensayos, Guttemberg armó en Estrasburgo, alrededor del año 1440, la primera imprenta, a base de matrices y tipos de plomo movibles y la prensa a brazo, que permitieron reproducir velozmente centenares de ejemplares de un mismo texto.

Este mecanismo tuvo una extraordinaria influencia cultural, se difundieron las más diversas publicaciones, los informes científicos, las memorias, los relatos de los viajeros, en todos los ámbitos y a precios menores. Se amplió el conocimiento de los sucesos y las opiniones de las distintas escuelas y se difundieron por todas las capas sociales.

El adelanto de estos instrumentos mecánicos fue prodigioso, las nuevas rotativas imprimieron millares de ejemplares por hora y unidos a las radios y a la televisión, formaron una enorme y poderosa industria. Los románticos

panfletarios de las revoluciones del siglo XIX, se transformaron en ricos y sesudos empresarios.

El campo de la prensa se ha extendido por todos los ámbitos. En sus inicios las publicaciones, de un tono ático, se dirigían a los reducidos círculos intelectuales o a los más cultos cortesanos. Sólo décadas después, gracias al impulso de las rotativas, sus primicias se expandieron por todas las clases sociales, en busca de partidarios y clientes ¹.

Los genuinos objetivos de la prensa son tres:

1º) La difusión de los conocimientos culturales, científicos y filosóficos.

2º) La defensa de los ciudadanos frente a las arbitrariedades de los gobernantes.

3º) El control de las conductas políticas y administrativas de los gobernantes, en su carácter de servidores del pueblo.

Estos objetivos fijan, a su vez, los límites del derecho de prensa, circunscripto como todos los derechos por las reglas que protegen el orden y la moral pública, según lo expresa el artículo 19 de la Constitución. En otras palabras, aquellos actos que se apartan de los fines genuinos de la prensa y hieren el orden y la moral públicas, incursionan en un campo vedado.

Además y para mayor claridad, el artículo 14 de la Constitución establece el derecho de todos los habitantes de la Nación de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, pero con plena responsabilidad, y el artículo 32 establece que no se dictarán leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Un famoso juez norteamericano, Oliver Wendell Holmes, decía que el derecho de hablar no alcanzaba hasta gritar "fuego" en un teatro colmado de espectadores.

Es cierto que la Constitución ha suprimido, teórica-

¹ Los estudios sobre este tema son numerosos y exhaustivos. Basta recordar a los clásicos Blackstone, De Lolme, Story, Cooley, Chaffee, Constant, Fabre-quette, Le Poitevin, Duguit y Biolly.

mente, la censura, pero los gobiernos disponen de múltiples instrumentos administrativos y financieros para controlar la prensa, como lo relata nuestra historia. Hoy el más temible de esos instrumentos es otro, es el peso de los avisos, sin los cuales los periódicos dejan de ser una industria redituable y desaparecen.

Los problemas legales que plantea el derecho de prensa, tanto en relación con los gobernantes como con los particulares, se han agudizado a causa del extraordinario y continuo adelanto de las imprentas y su creciente influencia sobre las actuales sociedades complejas y masificadas a la vez.

Paralelamente sus apéndices, la radio y la televisión cada día mayores, han abierto problemas semejantes en su esencia, puesto que su tarea es también la de transmitir mensajes por medio del sonido o de imágenes, en vez de signos gráficos.

La diversidad de sus formas y su penetración en el espacio, a través de los teatros y de las fronteras, aumenta su gravitación sobre la sociedad, a veces para bien y otras veces para mal. Dominados por el imperioso rating, dueño de vidas y fortunas, llegan al manipuleo de la opinión pública con los más diversos propósitos, fenómeno psíquico y social que los autores franceses definen como *le bourrage de crane*.

Otro factor pernicioso es la tentación de difundir noticias truculentas o escandalosas, para suscitar la curiosidad del público y elevar así su circulación.

La verdad, a menudo impertinente y fastidiosa, sólo suele ser cultivada por algunos atribulados apóstoles con vocación de mártires.

Preocupa constatar que en estos meses, los periódicos han dedicado 20 veces más espacio a los torneos futbolísticos que a las reformas institucionales, apenas debatidas por algunos sectores aislados.

El problema se agrava por su inclinación al monopolio, particularmente cuando estos medios caen en "pocas manos" celosas, que pueden crear una atmósfera irreal, en detrimento de una sana información. Ese peligro es tan

serio que en varios países se ha establecido que los propietarios de los periódicos no pueden explotar a su vez los canales de radio y televisión, para preservar a favor de los vecinos la libertad de información y la competencia.

El enorme volumen de estos medios y su capacidad para difundir los más arbitrarios mitos muestra que en estos días no es más a los periodistas a quienes se debe proteger, sino al Estado y a los ciudadanos, frente a nuevas formas de coacción.

De otra manera, los pueblos quedarían indefensos ante unas minorías ocasionales, cuyo principal título es contar con las gruesas sumas de dinero necesarias para explotar estos medios y elaborar una ficticia opinión pública.

El manipuleo de las corrientes políticas es hoy un negocio técnico, basado en el juego de los complejos subconscientes y de los reflejos condicionados de las masas, que cuenta con aventajados especialistas y elevadas tarifas, hasta reducirnos al nivel de los caballitos de Frank Brown.

Es esencialmente una simple propaganda psicológica, como la de vender cigarrillos mortales para la salud. Las ideas también se venden y se disfrazan a gusto del consumidor. Se ha llegado al extremo de algunas empresas, que editan simultáneamente un periódico de derecha, otro de izquierda y para mayor distracción de los lectores alguna revista porno. Consideran que explotan un negocio y es natural que ofrezcan a cada consumidor el producto que más le agrada ².

Los valores institucionales y morales quedan muchas veces subordinados a ese género de propagandas, que afortunadamente fracasan, cuando tendrían que afrontar problemas reales, la falta de luz, de agua corriente, de hospitales y de escuelas, que no se resuelven con pases magnéticos.

En muchas oportunidades, la libertad de prensa se ha refugiado en las pequeñas publicaciones, de algunos centros científicos o filosóficos, que se costean a fuerza de

² CONRADO ETCHEBARNE BULLRICH, *Dura competencia entre los diarios europeos*, "La Prensa", 17 de abril de 1994.

sacrificios personales, pero que influyen silenciosa y eficazmente en el desarrollo cultural.

Es penoso señalar que si la expansión de los medios de comunicación ha sido extraordinaria, el nivel de los mensajes no ha seguido siempre el mismo ritmo y en muchos casos se encuentran deformados por la fuerza de los intereses comerciales o partidistas.

Si se ha avanzado mucho en los medios mecánicos de transmisión, no se ha avanzado igualmente en la calidad de los mensajes. El nivel intelectual que nos han legado los escribas atenienses es sideralmente más trascendente que la papilla informativa de los voluminosos periódicos de nuestros días.

La influencia de estos instrumentos en las distintas capas sociales plantea urgentes problemas institucionales, cuando los nuevos cruzados brindan a las grandes masas, más sentimentales que analíticas, paraísos artificiales o las impulsan hacia catastróficas aventuras.

La veraz información de los ciudadanos es un requisito de interés general y la mayor defensa que se pueda oponer a los seductores arpegios de los flautistas de Hamelín en nuestros días.

La formación de una auténtica y sana opinión pública no es un problema de competencia comercial entre los periódicos y las empresas de publicidad, como la promoción de la venta de cigarrillos o de chokolatines y debe estar seriamente basada en la verdad más estricta, para resguardar los fundamentales intereses de los pueblos.

La naturaleza del derecho de prensa, sus objetivos válidos y sus limitaciones frente a los derechos ajenos, como círculos que se superponen, han sido minuciosamente estudiados por los tratadistas anglosajones y franceses, de modo que avanzamos en un terreno conocido y la principal tarea consiste en desbrozar los prejuicios partidistas y volver a la verdad de las cosas, la verdad que es la única regla legítima³.

³ JORGE M. MAYER, *El derecho público de prensa*, 1944.

Por eso el estudio de las etapas por las que ha pasado el derecho de prensa, tan demorado en nuestros días, es hoy indispensable para afrontar el futuro. Naturalmente que en este campo las enseñanzas alberdianas tienen una importancia primordial, porque nos muestran el papel de la prensa, sus virtudes y sus falencias en la vida real, a través de tormentosos períodos de lucha y persecuciones.

Alberdi, más que un escritor teórico, fue un inflexible redactor de periódicos y panfletos, en las más dramáticas circunstancias, desde Buenos Aires y Montevideo, con el cuchillo en la garganta, hasta Chile y Francia en un clima de cultura y seguridad personal. Nos muestra el derecho de prensa en vivo, frente a los despotismos de los gobernantes ensoberbecidos y la intoxicación de las pasiones primitivas.

Tuvo el doble mérito de actuar en una época escabrosa, cuando los escritores estaban amenazados por la cárcel o un pronto degüello. Difundía ideas progresistas, las bases de la cultura, del futuro del país, en un ambiente devastado por indios y caudillos.

El Restaurador poco entendía de progreso, de derechos humanos, de conciliación. Su meta íntima era vender cueros a los barcos de la Reina Victoria y mantener intactos los derechos de la Aduana.

Bajo el primer gobierno rosista, aún tolerable, en el mes de septiembre de 1831, el verdugo quemó asépticamente a las 12 del día, frente al pórtico del Cabildo, las obras de Voltaire, Diderot, Volney y Raynal, en algunos casos con buenos argumentos. En cambio, restableció la libre introducción de los esclavos "por filantropía y para hacer sentir a los desgraciados hijos de África, los beneficios de la civilización".

El 6 de julio de 1833, bajo el gobierno más ilustrado del General Juan Ramón González Balcarce, el Dr. Ángel Navarro, con la colaboración de Marco Avellaneda y Juan María Gutiérrez, distribuyeron una hoja titulada "El amigo del país", donde también intervino Alberdi para apoyar la política liberal de la fracción del partido federal llamada de los lomos negros.

Se ahondaba la división entre porteños y provincianos, "los 13 miserables ranchos" y la disputa por los privilegios portuarios. El mismo año, Avellaneda, Alberdi, Miguel Marín, Marcos Paz, Avelino Alurralde, Sixto Terán, Jesús María Aráoz, Ángel López, Ezequiel Paz y Brígido Silva, publicaron una "Corona Lírica", en elogio a la administración del Gobernador de Tucumán, Alejandro Heredia.

En el segundo gobierno del General Rosas, inquietos y ansiosos de estimular el progreso del país y bajo la creciente influencia de los prerománticos franceses, iniciaron la publicación de otro periódico, disimuladamente frívolo, titulado "La Moda, gacetita semanal de música, de poesía, de literatura, de costumbres, de modas dedicada al bello mundo federal". Fueron sus principales redactores Alberdi, Juan María Gutiérrez, Demetrio y Jacinto Rodríguez Peña, Carlos Tejedor, Vicente Fidel López, Carlos Eguía, José Barros Pazos, Nicanor Albarellos y Manuel J. Quiroga Rosas.

El modelo elegido exponía amablemente las costumbres de una aldea sencilla y etiquetera. Los maestros más citados fueron Larra, Lerroix, Beranger, Quinet, Hugo, Saint-Simon y Lerminier. Las doctrinas filosóficas aparecían galantemente disfrazadas. No se dejaban extraviar por planes utópicos. Los animaba una devoción apostólica por la misión que habían emprendido. A veces la hostilidad del ambiente los desalentaba y los hacía sentir que predicaban en el desierto.

Un clima cada vez más asfixiante y los llamados de Miguel Cané, redactor de "El Nacional", lo indujeron a viajar a Montevideo el 23 de noviembre de 1838. La ciudad protegida por la muralla y el mar fue el centro de resistencia de la cultura rioplatense frente al patronazgo saladerista. Bajo su abrigo, militares, periodistas y poetas mantuvieron en alto los principios de Mayo, el valor de las instituciones y los derechos humanos, la libertad intelectual. La prensa pasó por uno de sus períodos más lúcidos, difundió las ideas de cultura y libertad, el Credo de Mayo, ante los candombes maniqueístas del Restaurador, hasta derribarlo en el campo de Caseros.

Como contraste, en Buenos Aires, bajo un régimen opresivo, sólo aparecían "La Gaceta Mercantil", dirigida por el escéptico Pedro de Angelis y el "British Packet", más influyente y guía de los intereses del elenco oficial.

Alberdi, con Cané y Andrés Lamas, difundieron en "El Nacional" las doctrinas de la nueva generación, el Dogma Socialista, los cánones de la civilización europea y de los gobiernos regulares.

Poco después los exiliados lanzaron otro periódico más incisivo, "El grito argentino", que descubría el revés de la trama en la política saladerista. El reparto de las tierras, las especulaciones con el trigo, el tasajo, los cueros y las onzas y las licencias que le permitían al grupo oficial lograr enormes ganancias.

El 2 de enero de 1840, Alberdi explicaba en "El Porvenir" que el dilema político se reducía a saber si la Argentina habría de ser una sociedad de hombres gobernados por leyes o un rebaño que temblaba ante el rebenque del patrón. Se mofaba de los doctores sabios y reafirmaba la posición independiente de la nueva generación. A los lemas de unitarios o federales oponía la defensa de los principios de libertad y progreso. Reimprimió por tercera vez la Palabra del Código, que abogaba por "la abnegación de las simpatías que puedan ligarnos a las dos grandes facciones".

Repuesto de una violenta fiebre, publicó, el 1º de marzo de 1840, una pequeña revista "El Corsario", que reproducía algunos artículos de las revistas europeas, principalmente de la "Revue Encyclopedique" y el mismo año colaboró en otra revista titulada "El talismán" dirigida por Juan María Gutiérrez.

Hostigados por el General Rivera, en tratos con Rosas, publicó con Miguel Cané, el 15 de mayo de 1841, "La revista del Plata, diario político, literario, noticioso y mercantil". Centrabá sus críticas en el Restaurador y repetía que no eran ni unitarios ni federales. Abogaba por el olvido de las facciones y la unión nacional de todos los argentinos. Allí expuso por primera vez, la doctrina de la

inmigración como palanca del adelanto y del engrandecimiento de los países americanos. La necesidad de disponer de gobiernos cultos, grandes poblaciones, grandes rentas, leyes protectoras de las libertades personales, de las industrias y del comercio y alcanzar el bienestar general.

Estas publicaciones son un modelo del estilo que debe adoptarse para combatir intelectualmente los gobiernos desequilibrados y estragados.

La regeneración social de los ariscos pueblos del Plata que reclamaba Echeverría, no fue fácil. Debían luchar con la prepotencia de los caudillos y la inercia de las masas. En una primera tentativa, el calvario del benemérito Ejército Libertador concluyó en la Provincia de Jujuy, con la muerte del General Lavalle, el 9 de octubre de 1841.

El General Oribe dispersó el ejército del General Rivera, en Arroyo Grande, el 6 de diciembre de 1842 y llegó al Cerrito de la Victoria, el 16 de febrero de 1843. Pero la ciudad bien artillada y con el apoyo de las escuadrillas inglesas y francesas era inexpugnable.

Alberdi y Juan María Gutiérrez, disgustados con el gobierno del General Rivera y las indecisiones de los viejos unitarios, se embarcaron en el "Edén", para Europa, el 2 de abril. Por falta de recursos Echeverría no pudo acompañarlos.

En las publicaciones de esa época ya aparece que la verdadera causa de los disturbios era la Aduana de Buenos Aires, que el Restaurador quería conservar en su poder en cualquier forma, a pesar de los reclamos de los provincianos, cada vez más recelosos.

Después del periplo por el viejo continente, Alberdi arribó a bordo del Benjamín Hort, a la bahía de Valparaíso, el 15 de abril de 1844.

El puerto de Valparaíso, con 60 mil habitantes, era el principal depósito de la costa del Pacífico y la recalada de los pailebotes que se dirigían a Méjico, California y al Oriente fantástico. Cerca de 20 años permanecería en ese hermoso Chile de los tristes días y de las dulces noches.

El país disfrutaba de un gobierno civilizado, que im-

pulsaba el adelanto, el desarrollo económico y aseguraba a los habitantes el goce de los derechos primordiales de trabajar, pensar, escribir y vivir bajo el amparo de las leyes que habían sido aniquiladas en el Plata.

Tenía Chile la suerte de contar en esos años con gobernantes excepcionales, el General Francisco Pinto, el General Joaquín Prieto, el General Manuel Bulnes y después con Manuel Montt. Pinto, Prieto y Bulnes estaban casados con argentinas. La administración era ejemplar. La diferencia de nivel con el Restaurador, abismal.

Por el buen juicio del General Bulnes y la inepticia del General Rosas, la Confederación perdió el sur de su territorio continental, el Estrecho de Magallanes y la mitad de la isla de Tierra del Fuego.

La reputación intelectual de Alberdi había llegado a sus cenáculos. Lo esperaban los primeros exiliados de la Joven Argentina, Vicente Fidel López, Félix Frías, Demetrio y Jacinto Rodríguez Peña, Mariano Sarratea y Miguel Piñero. "El Mercurio" anunció su llegada y que publicaría próximamente sus impresiones de viaje "que serían leídas con el interés que despiertan en la juventud estudiosa de Chile los trabajos del talento distinguido".

Sus relaciones con la familia del General Pinto y el General Bulnes y su prestigio le brindaron pronto los más altos cargos. El 1º de junio de 1844 Santos Tornero le confió la redacción de "El Mercurio", el primer órgano periodístico del continente.

El 14 de noviembre de ese año, presentó a la Universidad de Santiago su tesis *Memoria sobre la conveniencia y objeto de un Congreso General americano* (O. C., t. 2, 387).

Inspirado por su práctica profesional, publicó en 1846 un estudio sobre la *Legislación de la prensa en Chile* (O. C., t. 3, 117). Señalaba que la libertad de prensa levantaba la mayor barrera contra los ataques de la tiranía y por eso era el odio y el pavor de los déspotas, pero constituía un derecho natural e inalienable del hombre.

Recordaba que la mayor innovación que la revolución moderna había difundido en América era la supresión de

la censura previa y así pudo penetrar en todos los ámbitos (O. C., t. 3, 107).

Pero recordaba también que la ley chilena de 1823 había establecido que la imprenta sería libre, protegida y premiada, en cuanto contribuyera a fomentar la moral y las buenas costumbres, el conocimiento de los descubrimientos útiles y expusiera, de un modo fundado, las virtudes cívicas y errores de los funcionarios que ejercían el gobierno.

Debían considerarse como abusivos de la libertad de imprenta, los escritos blasfemos contra la disciplina y los dogmas de la Iglesia y los escritos inmorales, sediciosos e injuriosos. Pero no merecían la calificación de injuriosos, los impresos que denunciaban los excesos u omisiones de los empleados públicos, siempre que el autor probase la verdad de los hechos (O. C., t. 3, 117).

Prohibía igualmente a la prensa referirse a las acciones privadas de los ciudadanos o de los funcionarios públicos, y los abusos que cometiera en este sentido debían ser juzgados por una ley especial y el régimen de los jurados.

En el mes de agosto de 1847, publicó un estudio particularmente importante sobre la *Acción de la Europa en América* (O. C., t. 3, 19), donde reivindicaba la acción cultural del viejo continente y definía al americano como al europeo nacido en América.

El 20 de noviembre de ese mismo año, lanzó un nuevo periódico, el "Comercio de Valparaíso". Su objeto era claro. "La única política de que ha de ocuparse nuestro papel, será la política económica, que según nuestro modo de ver es la verdadera política de estos países; gobernarlos de modo que se llenen de riquezas, población, movimientos y bienestar social, hacer que sus puertos se pueblen de embarcaciones, se abastezcan ricamente sus mercados, hacer que su población esté bien alojada, bien vestida, bien mantenida y provista de todo lo necesario, que los pobres disminuyan gradualmente y los ricos se multipliquen".

Las ideas de la Joven Argentina avanzaban en todos los ámbitos, hasta en la familia del Restaurador. Los viejos y rancios dogmas de los monopolios mercantiles habían fra-

casado y sembrado de ruinas y sangre al país. Todos sentían la necesidad de un cambio de rumbo, de paz, de libertad y de progreso.

Ricardo B. Newton tendió los primeros alambrados, que arrinconaron a los malones y el fusilamiento de Camila O'Gorman sublevó la opinión.

Las provincias se rebelaban contra el monopolio del puerto y sólo la colonia inglesa apoyaba al Restaurador. Su ejército se disolvió en Caseros, el 3 de febrero de 1852, sin combatir. Los soldados mostraban sus cartucheras intactas, "no maten", ordenaba el General Urquiza.

Domingo Cullen, Vicente y Ramón Maza, Mariano Bermúdez, Pedro Castelli, Ambrosio Crámer, Genaro Berón de Astrada, Marco Avellaneda, José Cubas, José María Vilela, Mariano Acha, Juan Lavalle y Florencio Varela no habían muerto en vano.

Pronto apareció que la causa de los disturbios era más honda que el disgusto por un gobierno inepto. Si los porteños estaban conformes en que los libranan de un personaje excéntrico, no estaban en cambio dispuestos a ceder las entradas de la Aduana a los provincias.

Alberdi definía el drama con claridad. "¿Qué era el rosismo? La suma del poder público, de toda la Nación, concentrado en Buenos Aires asiento del gobierno de Rosas, por la suma de los recursos económicos y financieros de toda la Nación, puerto, comercio, Aduana, tesoro, crédito, mercado, inmigración, tráfico exterior, concentrados en la provincia central, que Rosas gobernaba con exclusión de todo control nacional. Derrocar y cambiar ese estado de cosas, en el sentido nacional o de igualdad y justicia en la distribución de los intereses de la Nación, fue el objeto que tuvo en mira la campaña coronada en Caseros el 3 de febrero de 1852" (E. P., t. 10, 664).

Formuló una observación fundamental sobre el régimen del Restaurador "las crueldades habían sido lo accesorio" (E. P., t. 15, 256).

El 1º de mayo de 1852, en medio del desconcierto general causado por el cambio, Alberdi publicó *Las Bases y*

Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina (O. C., t. 3, 37). Fijó el rumbo y trazó el modelo que trajo paz y progreso. Su éxito fue inmediato en toda la Confederación. Sarmiento lo elogiaba fervientemente, "su mérito era inmenso".

El 28 de agosto, el General Urquiza nacionalizó la Aduana porteña y el 11 de septiembre los porteños se sublevaron contra la Organización Nacional. El 28 de septiembre se abrazaban en el Coliseo Lorenzo Torres y Valentín Alsina, no había más unitarios y federales, sólo existían los engreídos porteños frente a "los mulatillos" de las provincias.

La prensa porteña, libre de sus ataduras, se trasmutó. "El Agente Comercial" se transformó en "Los Debates" y el "Diario de la Tarde" en "El Nacional". Sólo había cambiado el estilo y defenderían con el mismo tesón los privilegios del puerto, era el neorosismo que derramaría tanta sangre.

Sarmiento, siempre contradictorio, furioso contra el General Urquiza porque no le había entregado el gobierno, "le birló la victoria en su beneficio" y seducido por los capitostes porteños con el nombramiento de diputado, encendió su primer obús "La campaña del Ejército Grande", contra el General Urquiza y Alberdi.

Allí se inició la polémica más famosa de la historia argentina. Alberdi recluido en la quinta de Sarratea, en Quillota, distribuyó un primer folleto, titulado *Cartas sobre la prensa y la política militante de la República Argentina* (O. C., t. 4, 12). Forman el mejor estudio en vivo, entre los ideales y las pasiones, sobre el rol de la prensa en América, sus virtudes y sus culpas.

En tono didáctico le explicaba a Sarmiento "hablar de la prensa es hablar de la política, del gobierno, de la vida misma de la República Argentina, pues la prensa es su expresión, su agente, su órgano. Si la prensa es un poder público, la causa de la libertad se interesa en que ese poder sea contrapesado por sí mismo. Toda dictadura, todo des-

potismo, aunque sea el de la prensa, son aciagos a la prosperidad de la República" (O. C., t. 4, 13).

Ese derecho tenía sus limitaciones. "La prensa que subleva las poblaciones argentinas contra su autoridad de ayer, haciéndoles creer que es posible acabar en un día con esa entidad indefinible y pretender que con solo destruir a éste o a aquel jefe es posible realizar la República representativa, desde el día de su caída, es una prensa de ignorancia y de mala fe: una prensa de vandalismo y de desquicio, a pesar de sus colores" (O. C., t. 4, 17).

Acusaba a la prensa de ser a menudo la fuente disgregante de las guerras civiles (O. C., t. 4, 18). La prensa sudamericana tenía sus gauchos malos, rivales de los viejos caudillos. Desbocada, era a veces la fuente de los mayores atentados, de la indisciplina y el trampolín de los asaltos vandálicos contra las instituciones (O. C., t. 4, 21).

Sus observaciones eran agudas. "El amor a la Patria de nuestros demagogos es como el de esos seductores que hacen madres a las niñas honestas, sincero como sentimiento pero desastroso para el objeto amado" (O. C., t. 4, 80).

Sarmiento, cada vez más furioso, le respondió con un libelo titulado *Las ciento y una*. Olvidó todo, sus anteriores elogios, la cultura del lenguaje, los escrúpulos sociales.

Sin inmutarse y sin dejar el tono didáctico, Alberdi le respondió con *La complicidad de la prensa en las guerras civiles de la República Argentina* (O. C., t. 4, 95). Denunciaba la campaña subversiva estimulada por los gobernantes porteños contra el proyecto de la Organización Nacional y señalaba que "No pueden ser amigos de la libertad los que ejercen el libertinaje de la prensa. . . No podrán respetar la persona, el hogar, la vida privada, como Ministros de Estado los que atropellan criminalmente por la pluma a los particulares" (O. C., t. 4, 100) y advertía: "Vanidad pobre es confundir la prensa con la libertad. La tiranía de la pluma es el prefacio de la tiranía de la espada. . . Esa prensa cree que un adjetivo es un argumento y que un ultraje es una razón; que las fuerzas del escritor están en el poder del dicitario y que cuanto más grita, más persuade"

(O. C., t. 4, 103). "...La prensa no es una escalera para asaltar la familia y su secreto; no es la llave falsa para violar la casa protegida por el derecho público; ...El que así la emplea prostituye su ejercicio y la degrada más que los tiranos" (O. C., t. 4, 106).

El adalid de la prensa frente a la tiranía de Rosas, defensor de su rol y testigo de los sacrificios realizados por una generación para salvar el futuro del país, conocía íntimamente sus méritos. Así definía con elocuencia su legítima labor, su importancia como instrumento de cultura, defensora de los derechos de los ciudadanos y denunciaba sus peligros cuando algunos escritores fanatizados trocaban su rol y transgredían los claros límites jurídicos y morales.

Pasaban los años y el ambiente cívico del Plata mejoraba poco, las pasiones partidistas enrojecían su lenguaje, sus acusaciones contra la guerra al Paraguay y sus desastrosas consecuencias, encrespaban los sectores oficiales. Su oposición a este desatino le había valido las más viles amenazas. Si antes se le atribuía como provinciano odio a Buenos Aires, le sumaban la tacha de traidor, porque defendía los intereses argentinos amenazados por la confabulación de los Braganza, sin advertir que los Tratados de Cotegipe le darían plena razón.

En las *Palabras de un ausente en que explica a sus amigos del Plata los motivos de su alejamiento* (O. C., t. 7, 136, 1874), denunciaba los males que causaban los fanatismos intelectuales y recordaba los estragos que había causado la Commune en París el año 1870, la barbarie letrada. "Dos ejemplos célebres acaban de probar ante el mundo aterroizado que se puede ser bárbaro sin dejar de ser instruido, y que hay una barbarie letrada mil veces más desastrosa para la civilización verdadera que la de todos los salvajes de la América desierta... Entre dar a las llamas a París, capital del mundo culto, y dejar entregadas al cuchillo de los indios pampas las campañas de la República Argentina... la opinión no puede encontrar diferencia perceptible" (O. C., t. 7, 156). "...He vivido 20 años en el corazón del mundo más civilizado y no he visto que la civilización

signifique otra cosa que la seguridad de la vida, de la persona, del honor, de los bienes... La civilización no es el gas, no es el vapor, no es la electricidad, como piensan los que no ven sino su epidermis. Bajo la comuna de París brillaba el gas, humeaba el vapor, transmitía la electricidad... y la flor de París, en la Iglesia y la magistratura, era fusilada sin proceso, sin crimen, sin interés, sin odio" (O. C., t. 7, 166).

Ese mismo año de 1874 publicó una parodia, en una edición privada, titulada *Peregrinación de Luz del Día o Viajes y Aventuras de la Verdad en el Nuevo Mundo* (O. C., t. 7, 176).

Retornaba al estilo de su juventud, de *Figarillo y El Gigante Amapolas*. Él mismo la calificó de un estudio de zoología moral. En el molde de una farsa, resumía sus reflexiones sobre la política y los políticos del Plata, sus maquinaciones para conquistar el gobierno y las medidas que debían emplearse para enderezar al país por la senda de las virtudes republicanas. Defendía una vez más el derecho de prensa, el derecho de crítica institucional. "Respetar la libertad del que aplaude al gobierno, es un respeto que florece hasta en los gobiernos más tiránicos de Asia. Respetar la libertad del que lo ataca, es un respeto que solo conocen los gobiernos de Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, Suiza, es decir los gobiernos libres. Para un gobierno inteligente y honrado, la oposición es su garantía de estabilidad y su auxiliar más útil" (O. C., t. 7, 371).

El año 1876, en los *Ensayos sobre la sociedad, los hombres y las cosas en Sudamérica* (E. P., t. 10, 1) señalaba que el mérito de los gobernantes no se mide por su popularidad sino por su capacidad y sus aciertos. "La popularidad ha sido el precio de la conciencia, del honor, del carácter vinculado al egoísmo más flaco y más cínico. Todos los caudillos han sido populares en sus provincias. Es la historia que lo dice y enseña. Ninguno de los hombres más eminentes del Plata ha sido popular" (E. P., t. 10, 54).

Entre la vorágine de las facciones políticas y las luchas bárbaras, los desmanes de los nuevos caudillos lo inquieta-

ban. Movido por el deseo de encontrar algún sedante, proponía que se examinara cuidadosamente la vida privada de los gobernantes, sus virtudes y sus pecados, para medir su idoneidad. "La vida privada es a la vida pública lo que el cimiento de la muralla oculto en la tierra, es a la muralla que se levanta del suelo. Es la vida subterránea de la que es parte ostensible la vida pública. No son dos vidas, sino una misma y sola en dos formas. Y así como no es posible examinar y apreciar la consistencia de las paredes de un edificio, sin examinar el estado y la condición de sus cimientos, tampoco es posible conocer la vida pública sin conocer la vida privada de un hombre público" (E. P., t. 10, 60).

Aconsejaba que se dictase una ley de imprenta para detener los excesos y preservar la paz social. "Yo creo que bastaría una ley de imprenta que introdujese la acción pública por las injurias de la prensa, para purificarla y dignificarla en servicio de la paz, de la seguridad moral de los individuos y de la libertad misma de la prensa, comprometida a menudo por la peor de las violencias, la de la injuria" (E. P., t. 10, 177).

Poco después, en el mismo año 1876, completó su examen de las facultades de la prensa en el terreno privado. Con claridad y energía decía: "Lo que se llama vida privada es la vida social y civil, privada no quiere decir secreta. No es secreta pues la rige la ley civil o social, es cosa pública. No sólo es accesible al legislador, es decir a todo el mundo, o más bien al público, sino también al socialista, al novelista, al actor dramático, al escritor de costumbres, al moralista, al filósofo; y todos estos pueden hacer de la vida privada el objeto de sus estudios destinados a la publicidad por medio de la prensa, del teatro, de la cátedra, del público... 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 e inviolabilidad al criminal... En lo moral como en lo higiénico, no hay salud donde no hay acceso

absoluto al control de la sociedad. Así en el país de la seguridad, donde el hogar es sagrado, la casa es visitada en interés de la sociedad cuando hay una epidemia" (E. P., t. 10, 594).

La distinción es clara, la vida privada del particular es sagrada, pero la vida privada del hombre público es esencialmente pública y puede ser examinada a fondo para seguridad de los ciudadanos.

Más tarde, a su regreso, luego del triunfo de las provincias conducidas por el Presidente Avellaneda y el General Roca, en 1880, sobre el viejo rosismo y la nacionalización de la Aduana, escribió con insistencia y alegría *La República Argentina consolidada en 1880* (O. C., t. 8, 183) y denunciaba los efectos disolventes de la prensa facciosa y la necesidad de moderar su tono para pacificar al país. "Se ha hecho de la prensa una especie de ídolo sagrado, una cosa intocable, santa, divina, indiscutible, inviolable, infalible, inmaculada; superior a la paz, superior a la vida, superior a la ley. ¿Y para qué todo eso? Para emplearla como el petróleo en destruir al adversario desde que nos conviene; para quemarlo como profano y sacrilego. Mero fanatismo, barbarie y atraso, todo eso es burla idiota de la libertad. La prensa es como la pólvora, como el arsénico, como la dinamita, una fuerza, cuyo empleo bueno o malo decide de su moralidad. Puede ser instrumento de crimen o de justicia criminal según la mano que la emplee y el empleo que de ella hace esa mano, convertida en cólera morbus, el tifus, el vómito negro, contra la vida del orden público, puede ser suprimida como uno de esos flagelos y prontas medidas de salubridad pública" (O. C., t. 8, 362).

Así vemos que en nuestro país el tránsito del derecho de prensa ha sido turbulento. Muchas veces heroico, como en Montevideo y en Chile, y otras veces sumiso, bajo la vara del Restaurador.

Como hemos señalado, dos factores han influido en su evolución, con fuerzas a veces incontrastables, el primero fue el adelanto mecánico que ha transformado la labor manual de los escribas, en las actuales rotativas y el segundo

las corrientes sociales y políticas, que a veces estimulan sus columnas y otras veces las recortan cautelosamente.

Es pues necesario volver a examinar en estos días su evolución y sus efectos sobre la cultura y el bienestar de la sociedad, para fortalecer sus objetivos lícitos y darle una mayor eficacia. Repetimos, el artículo 19 de la Constitución es categórico. Cuando las acciones privadas de los hombres, de ningún modo ofenden el orden y la moral pública, están exentas de la autoridad de los magistrados y por consiguiente cuando ofenden dicho orden y la moral, caen bajo el peso de la ley. No hay derechos absolutos, ni nadie puede agraviar el orden social y los derechos de los ciudadanos.

La deformación más visible que sufre la prensa en la actualidad, tanto en nuestro país como en el exterior, es como hemos visto la formación "en pocas manos" de grandes amalgamas de periódicos, radios y televisión, que conllevan un peligro monopólico para el Estado y la sociedad ⁴.

En primer lugar el Estado tiene el derecho de controlar, dividir y disolver los monopolios, de cualquier naturaleza, porque representan por su gravitación, una amenaza unilateral a la libertad, al orden y a la moral pública, con sus listas negras y censuras, ante un público obnubilado por el tañido de una sola campana.

En segundo lugar, porque dada la amplitud de sus alcances, al no ser enfrentados por otras voces de parecida resonancia, imponen totalitariamente su prédica e impiden el contraste de los hechos y de las ideas, indispensable para verificar su validez. Es conocido el viejo sofisma, basta repetir mil veces una mentira para que se transforme en una verdad.

El ejercicio de la censura ha pasado de la égida de los monarcas a la égida de algunos ocasionales grupos, a veces menos ilustrados y con mayores riesgos para la sociedad y la libertad intelectual.

En estos casos la enmienda es sencilla, puesto que la

⁴ MARÍA PITA ROMERO, *Amenazas a la libertad de expresión*, "La Prensa", 8 de abril de 1994.

radio y la televisión actúan gracias a las concesiones oficiales, que tienen el derecho de reglamentar estos trusts y disponer que los propietarios de algunos de estos órganos, por ejemplo los periódicos, no pueden operar otros instrumentos paralelos, como la radio y la televisión.

Otra deformación de la prensa se halla en su impunidad para emprender campañas de difamación o escándalo, tanto en el orden comercial como hacia los más inocentes vecinos, inclinación que se acentúa en las vísperas de las elecciones, hasta hundirnos en el nivel de una tribu de zulúes.

Debe destacarse que las acciones de injurias y calumnias, que definen los artículos 109 a 114 del Código Penal, han fracasado totalmente entre nosotros, porque esos juicios duermen largos años y quedan sometidos a las presiones políticas y a veces a la lenidad de los jueces.

El proyecto de aumentar las penas en estos casos no es una solución, porque la falla no se encuentra en su monto, sino en un inoperante mecanismo de aplicación.

La Francia, tan celosa del ejercicio de la prensa, es una excelente guía. Sus maestros han analizado su esencia y sus móviles. Así dividieron el problema en cinco partes, para analizar separadamente el papel de las imprentas, de los periódicos, de las librerías, de los pregones y de unas nuevas empresas peculiares y extremadamente importantes, como son las agencias noticiosas.

Los juristas franceses han elaborado cuidadosamente el derecho de respuesta, para colocar a todos los vecinos en un pie de igualdad y mantener su derecho a una defensa. El Parlamento le dio fuerza legal por la ley del 25 de marzo de 1822, ratificada por las leyes del 29 de junio de 1881 y del 29 de septiembre de 1919, con la aprobación general ⁵.

Estas disposiciones, ampliamente difundidas, han consagrado un sistema rápido y eficaz para poner coto a los agravios, como lo comprueba la experiencia de 170 años. El derecho de prensa para todos democráticamente.

⁵ JORGE M. MAYER, *El derecho de respuesta*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", N° 24, y *La evolución del derecho de prensa, el caso Ekmekdjian, la reparación del daño moral*, también en "Anales", N° 31.

Otra medida, igualmente eficaz, consiste en exigir al ofensor la reparación del daño moral que ha causado, en términos pecuniarios, medida que actúa además como una multa y es más inquietante que las sanciones físicas.

En este caso, el derecho anglosajón ha aplicado siempre esta medida con severidad, puesto que conlleva un justo castigo para los infractores y abarca la reparación de los daños directos e indirectos que pudo haber causado el libelo y la angustia psíquica que ha sufrido la víctima.

Esta medida tiene tres fines, el primero resguardar la paz social y el debido respeto hacia las personas, el segundo fortalecer el derecho de defensa, cuando se es injustamente agredido, y el tercero hacer conocer al público la verdad.

El Congreso norteamericano ha dictado varias leyes que prohíben la circulación a través del correo y castigan las publicaciones que contienen amenazas hacia el Presidente, las publicaciones inmorales, la difusión de medidas anticonceptivas o que hagan la apología del crimen y la propaganda comunista. Castigan especialmente los artículos y fotografías de carácter obsceno, inmoral o blasfemo y las publicaciones que agravan las creencias religiosas. Hasta limitan el espacio que los periódicos pueden destinar a las noticias policiales, escándalos, anuncios de divorcio y toda noticia lesiva para la moral pública, sin que nadie haya objetado estas reglas por inconstitucionales.

La doctrina francesa y la doctrina anglosajona coinciden en la necesidad de trazar límites claros, que impidan el avance de las publicaciones de escándalo como negocio lícito.

Ha surgido, dentro de esta maraña de publicaciones, una disparidad entre la verdad, que es el fin valedero del periodismo, y el rating como afán de alcanzar una mayor circulación, por razones comerciales. Verdad y rating son a menudo incompatibles, con el inevitable desmedro de la salud moral de la sociedad.

En nuestros días, el extraordinario auge de la televisión y su fuerza alucinante, ha creado problemas similares y a

veces más graves. Muchas son las protestas que se elevan, desde distintos ángulos, contra su nivel.

A pesar de su extraordinario valor, como un órgano para la difusión de los conocimientos, demasiadas veces se ha visto empalmeada por los intereses que le sirven de sustento.

Los trabajos realizados por distintos investigadores de estos problemas, son preocupantes. Se ha constatado que los niños pasan 5 horas diarias frente al televisor y se les brinda 25 escenas de violencia por hora, perdidas para las lecturas y los estudios serios ⁶.

Al concluir sus cursos han perdido 31 mil horas y por contraste el diálogo con sus padres se limita a 11 minutos semanales.

Las consecuencias mentales son gravemente lesivas, atrofia el intelecto, que se reduce a observar el movimiento de las imágenes, inhibe los sentimientos y el raciocinio lógico, fomenta la pereza y la insociabilidad, hasta el extremo de alentar peligrosamente la delincuencia juvenil.

Naturalmente que esas escenas producen efectos parecidos en extensas capas de espectadores mayores de edad, que sucumben insensiblemente encandilados. La película *Rififi* es un ejemplo admonitorio.

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".

El problema es mundial. El ex Secretario de Seguridad de los Estados Unidos, Zbigniew Brzezinski, ha denunciado 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 extrema-

⁶ ALEJANDRA FLORIT y PABLO GARCÍA LASTRA, *Seducidos y abandonados*, "La Prensa", 10 de abril de 1994; JOSÉ LUIS LEVIS, *Influencia televisiva y rendimiento escolar*, "La Prensa", 21 de abril de 1994; "La Prensa", 24 de abril de 1994, los registros denuncian que se duplicó el número de crímenes en una década y que actualmente se comete, en el país, un crimen cada 2 horas y 54 minutos.

damente riesgoso, porque su penetración masiva es una forma negativa de educación”.

Entre nosotros, el Comité Federal de Radiodifusión (Confer), con un criterio inexcusablemente indulgente, permite transmitir toda clase de malas palabras, que algunos libretistas emplean con la esperanza de lograr una mayor fuerza dramática y no pone coto a las interminables y aburridas series, que se vuelcan sobre la mente desprevenida de los adolescentes.

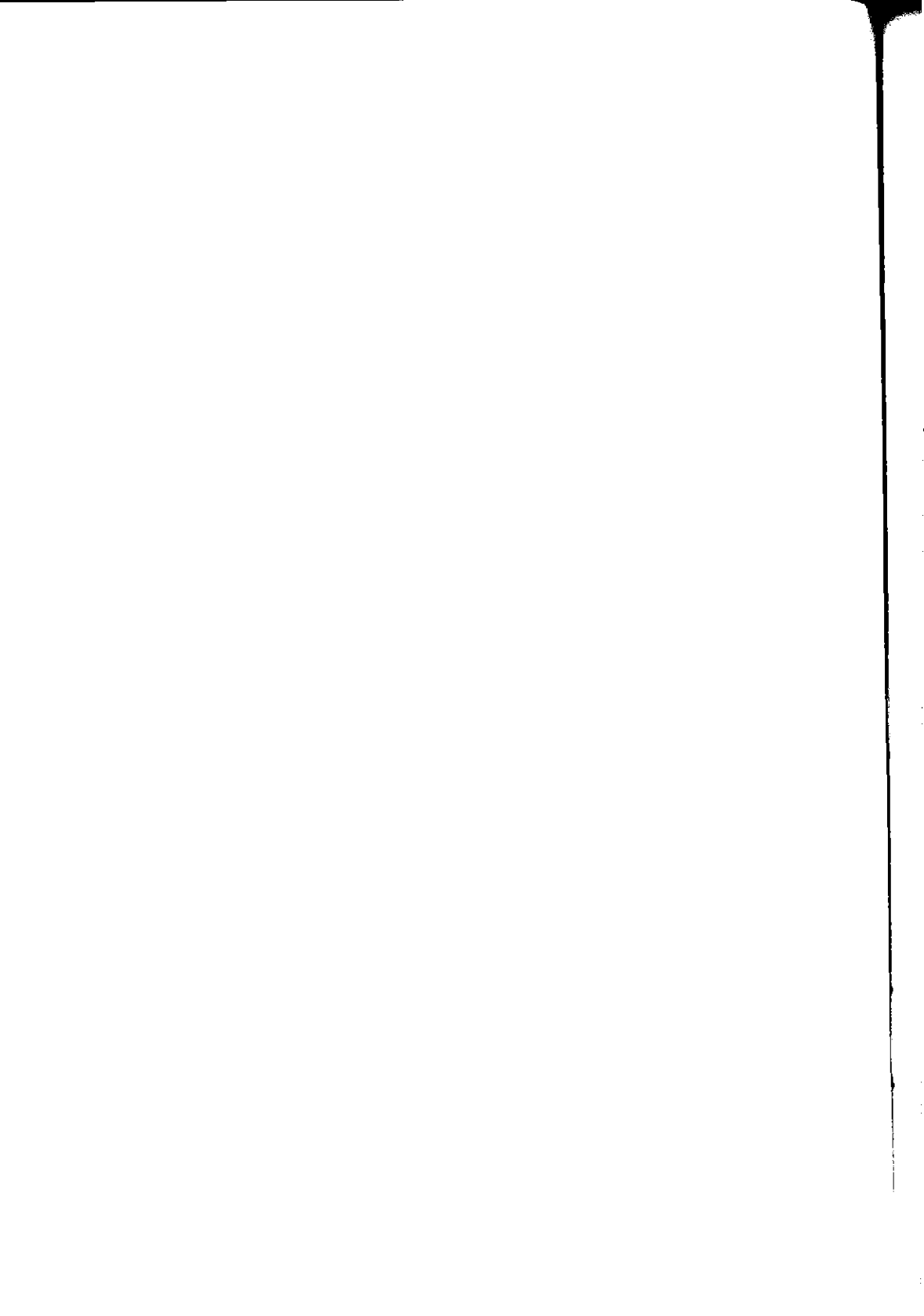
En un momento de honda crisis educativa, es urgente revalidar el alcance pedagógico de la televisión en la formación cultural de las nuevas generaciones. Bien orientada mucho bueno puede hacer y debe hacer por el futuro del país.

El derecho de prensa no ha perdido su valor. Todo lo contrario. Las recientes tormentas políticas, tanto en Europa como en América, han probado que la prensa es siempre el mejor medio para transmitir los conocimientos científicos entre los pueblos y la barrera más segura contra los abusos de los gobernantes.

Sin una prensa libre, no puede haber seguridad para los ciudadanos, ni adelanto para los gobiernos. Esto no implica justificar los abusos, sino señalar la necesidad de ponerle límites claros y firmes, para evitar su desmedro.

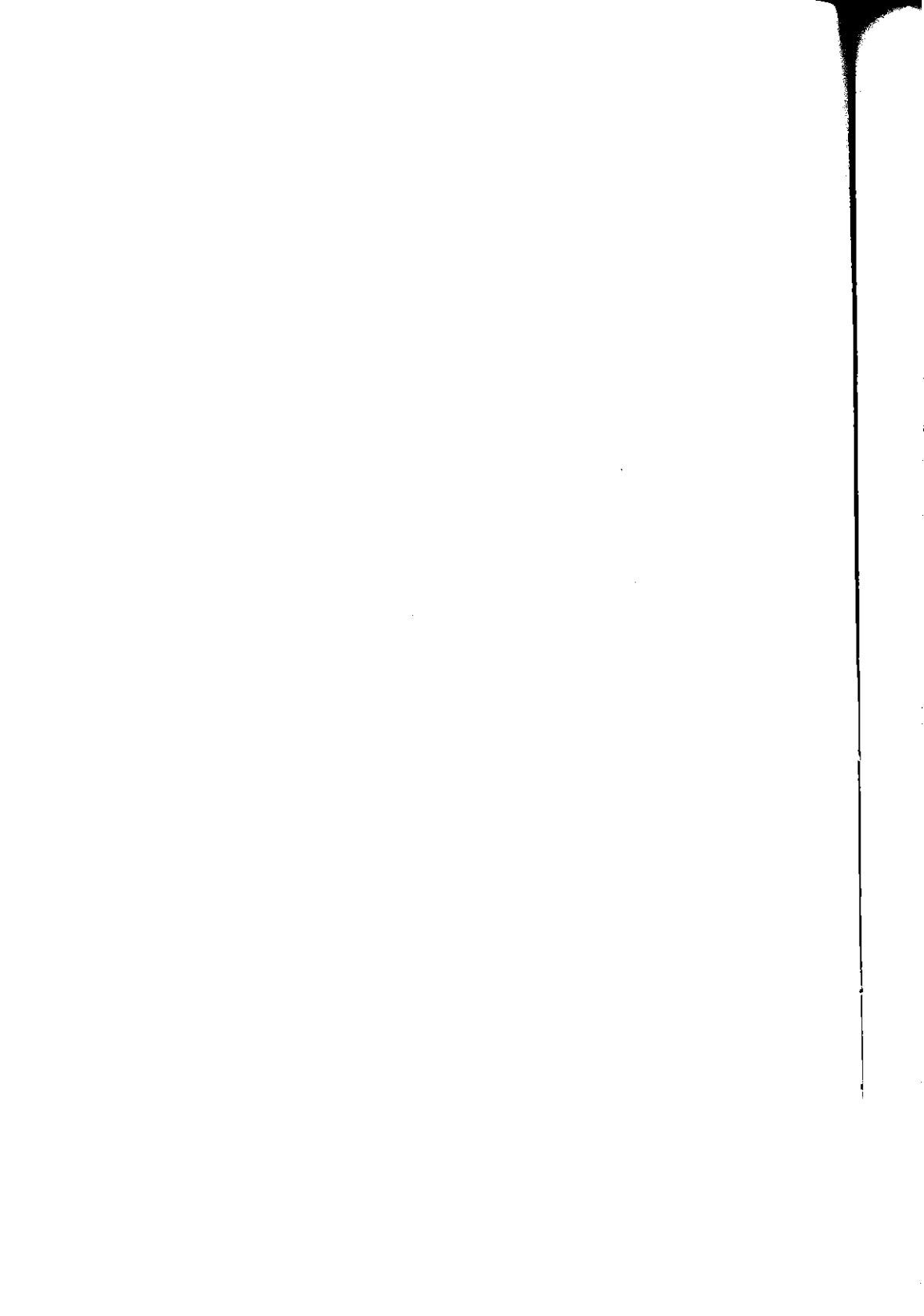
Han pasado los temporales y la experiencia nos ha dejado sus ásperas lecciones. El derecho de prensa es tan imprescindible para el control de la administración pública como para la defensa de los derechos personales. Sus límites surgen de sus mismos objetivos. No hay derecho contra el derecho.

Los derechos de los ciudadanos a una información veraz, a su seguridad, buen nombre y honor, no pueden ser agredidos impunemente. La paz y la salud social son también valores respetables.



SAN MARTÍN Y LA MORAL CÍVICA

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Alberto
Rodríguez Varela, en el Rotary Club de Buenos Aires,
el 17 de agosto de 1994*



Cicerón, en *Diálogos del Orador*, enseña que "*la Historia es testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de vida, mensajera de la antigüedad*".

Con el criterio señalado por el gran jurista romano, queremos aproximarnos hoy a la figura de José de San Martín, Brigadier General de las Provincias Argentinas, Capitán General de Chile y Generalísimo del Perú.

Sobre los méritos del Libertador, los juicios de los historiadores más destacados son virtualmente unánimes: García del Río, Sarmiento, Mitre, Estrada, Joaquín V. González, Alberdi, Pacífico Otero, Palcos, Busaniche, Ibarguren, Piccirilli, y muchos otros, desde interpretaciones diversas de nuestro pasado, coinciden, empero, en reconocer la gloria de San Martín. Quienes disienten en estos juicios son mirados con indulgencia, tolerancia y aun desprecio. No hay, virtualmente, antisanmartinianos al menos en la República Argentina.

En esta breve exposición no voy a ocuparme del genio militar sino del perfil moral de San Martín. Es importante destacar esta faceta del héroe porque el materialismo, el pragmatismo, el inmanentismo y el relativismo se difunden hoy en nuestro país y en todo el mundo de modo impresionante. En contraste con estas tendencias, San Martín se nos presenta hoy tan descarnado, tan entregado a su misión, que parece más un personaje de leyenda que un hombre que vivió entre nosotros.

No se trata de negar su humanidad ni sus defectos. No era de bronce, tampoco un semidios. Fue un hombre al que sus virtudes lo elevan al nivel de los héroes, de los arquetipos. Entre éstos figuran quienes adquieren lo que Aristóteles denominó "el hábito operativo del bien". Los que tienen en su haber más trigo que cizaña, más generosidad que egoísmo, más grandeza que pequeñez, y en los que la abnegación llega al extremo de doblegar todas las ambiciones, incluso las legítimas, para dar prevalencia a una meta superior e irrenunciable.

Su formación moral fue de base cristiana. Puso a su ejército bajo la protección de Nuestra Señora del Carmen, en sus cuarteles se rezaba diariamente el rosario, y se celebraba la misa dominical. Además, el Estatuto que sancionó para autolimitar su poder en Lima constituye, a través del texto de su artículo 1º, una formal profesión de Fe católica. Simultáneamente, respetó rigurosamente la libertad religiosa. No por sincretismo sino por las razones que el Concilio Vaticano II señaló en nuestro siglo al aprobar el documento titulado "Dignitatis Humanae": la libertad es presupuesto de la Fe. Sin libre conversión no hay Fe válida. Además, las máximas que escribió para su hija reflejan claramente esa posición moral:

Amor a la verdad y odio a la mentira, caridad para con los pobres, respeto a la propiedad ajena y a las personas que profesen otro credo.

Su ética política

Frente a las relaciones entre la moral y la política, en la historia del pensamiento se han registrado tres posiciones: 1º) la de Platón, hipermoralista, que prescinde de la realidad circundante y confunde los ámbitos individuales y sociales, olvidando el rol y los límites del poder político. Conduce inexorablemente al fracaso. 2º) la de Maquiavelo, amoral, que divorcia la política de la ética y desemboca en el absolutismo al desconocer la existencia de límites mo-

rales. Y 3º) la de Aristóteles, que distingue entre ética individual, familiar y política. Para el estagirita, la política es, entonces, una disciplina *ética*, y como tal, una rama de la Filosofía Práctica. Pero es también un *arte* que requiere un gran caudal de virtud y sabiduría para no fracasar.

En el esquema de Aristóteles, el nexa entre la ética política y el arte político es la virtud de la prudencia.

La prudencia, para Aristóteles, era la "recta razón en el obrar". Santo Tomás de Aquino, fiel al estagirita, define esa virtud cardinal como "memoria del pasado (la Historia), inteligencia de lo presente (percepción de la realidad), sagacidad en la consideración de las alternativas (solercia), y docilidad en escuchar los consejos de los hombres con experiencia".

San Martín no fue platónico ni maquiavélico. Encarnó, en cambio, en grado sumo, la posición aristotélica. Fue prudente hasta el extremo de exteriorizar en su proceder todos los componentes de esa virtud cardinal precisados por el Doctor Angélico. Su conocimiento del pasado surge claramente del inventario de su biblioteca, la solercia se evidencia en la decisión con que emprende su viaje a América y la perfección con que concibe su plan libertador. En cuanto a la habilidad para rodearse de buenos consejeros, basta recordar los nombres de algunos de sus amigos más cercanos: O'Higgins, Belgrano y Pueyrredón, y de lugartenientes como Las Heras, Enrique Martínez, Rudecindo Alvarado, Necochea, Guido, Fray Luis Beltrán y Álvarez Condarco. "Conocer a los hombres —ha dicho Armando Raúl Bazán— es la condición más difícil en el arte de la política". Revela sensatez y buen juicio moral. En San Martín alcanzó el nivel más alto.

Dos grandes ideales

El Libertador encontró sólida inspiración en su moral cívica para empeñar sus mejores energías al servicio de dos grandes ideales:

1º) *La Independencia*. Fue para San Martín una cuestión ética que el Congreso de Tucumán la declarara de modo formal. No era posible organizar ejércitos y llevarlos al combate bajo el nombre de Fernando VII cuyo absolutismo América Hispana rechazaba. Y la decisión había que tomarla haciendo derroche de coraje, a pesar de que la situación europea era adversa y la lucha por la independencia pasaba por su peor momento. Sólo la toma de Montevideo era una luz en las tinieblas. Porque los enemigos de la emancipación eran poderosos. Para medir la dimensión de los riesgos es suficiente mencionar la expedición de Morillo a Venezuela y la política "legitimista" fijada por la Santa Alianza (Rusia, Austria y Prusia). San Martín, no obstante, no vaciló. Con singular fortaleza recomendó enfáticamente a Godoy Cruz, Diputado por Cuyo, que impulsara la Declaración de la Independencia. Este era el gran objetivo de su vida. El mismo le llevará incluso a desobedecer al Directorio antes que comprometer los resultados de la guerra de la independencia trayendo su ejército para mezclarlo en las contiendas civiles de nuestra Patria.

Toda su trayectoria en Buenos Aires, en el Ejército del Norte, en Mendoza, Chile, Perú, estuvo al servicio de este ideal supremo. Cuando consideró cumplida su misión, pudo entonces expresar a los peruanos en su última proclama:

"Presencí (dice con humildad, como si hubiera sido sólo un testigo y no un protagonista decisivo) la declaración de la independencia de los Estados de Chile y el Perú; existe en mi poder el estandarte que trajo Pizarro para esclavizar el imperio de los Incas, y he dejado de ser hombre público: he aquí recompensados con usura diez años de revolución y de guerra. Mis promesas para con los pueblos en que he hecho la guerra están cumplidas: *hacer su independencia y dejar a su voluntad la elección de sus gobiernos*. La presencia de un militar afortunado, por más desprendimiento que tenga, es terrible a los Estados que de nuevo se constituyen".

2º) *La organización de la América Hispánica*. En varios documentos expresó que era *republicano por principios y por convicción*. Aceptó, sin embargo, la monarquía constitucional sólo porque consideró que contribuiría a preservar la independencia y a neutralizar cualquier intervención europea. Procuraba no ser utopista sino realista. El transcurso del tiempo pondría de manifiesto que la aspiración republicana de los pueblos de América era irrenunciable. No puede, empero, formularse un cargo grave porque con lo que no transó nunca fue con el absolutismo. Aceptaba una monarquía, pero limitada por una Constitución que preservara las libertades civiles y políticas. Acorde con esta posición, le escribe al Virrey Pezuela, el 11 de abril de 1818:

“Las Provincias Unidas y Chile sólo apetecen una Constitución liberal y una libertad moderada. Querer contener con la bayoneta el torrente de la opinión universal de la América es como intentar la esclavitud de la naturaleza”.

Una demostración cabal de su íntima vocación republicana lo constituye el estatuto que sancionó el 8 de octubre de 1821, para autolimitar su gobierno en el Perú. En su texto aseguró la independencia del Poder Judicial, declarando al mismo tiempo públicamente:

“*Me abstendré de mezclarme jamás en el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguardia de la libertad del pueblo*”.

Durante su gestión en Lima abolió la esclavitud. 40.000 esclavos recibieron de San Martín su liberación. Eliminó los tributos que pagaban los aborígenes. Derogó la mita, el yanaconazgo, los pongos y toda servidumbre personal.

Al entrar en Lima había dicho: “El día que el pueblo del Perú pronuncie libremente su voluntad sobre la forma de las instituciones que deben regirlo, cesarán de hecho mis funciones”. *Cumplió su palabra el 20 de septiembre de 1822, al despojarse ante el Congreso Constituyente de las insignias del mando.*

Un hombre virtuoso

San Martín fue un asiduo lector de Montesquieu. Tuvo, por ello, muy en claro que la virtud es el único sustento de las repúblicas. Por eso, en lo personal, hizo de su práctica un hábito que jamás abandonó.

Fue así escrupuloso en el manejo de los fondos públicos. No permitió ninguna desviación del dinero fiscal. Le hizo pagar de su peculio al Conde de Villar Fuente, Alcalde de Lima, los gastos que había hecho con motivo de la entrada del Ejército Libertador en la ciudad.

A los peruanos les advirtió desde el principio:

“No vine a realizar conquistas, pero sí a libertar pueblos... Soy un instrumento de la Justicia y la causa que defiendo es la causa del género humano”.

A Bolívar, con motivo del problema ecuatoriano, le escribió el 3 de marzo de 1822:

“No es nuestro destino emplear la espada con otro fin que no sea el de confirmar el derecho que hemos adquirido en los combates para ser aclamados por libertadores de nuestras Patrias”.

Por su diáfana conducta moral, desde el comienzo de su gesta obtuvo en Mendoza la adhesión de todos los sectores sociales. Los ricos ofrecieron sus patrimonios, los pobres hasta lo que no tenían, y todos sus hijos y nietos para que lucharan y murieran por la Patria naciente. Hizo de la nada un ejército formidable.

Ahorró, hasta donde pudo, sangre de criollos y españoles. Hizo la guerra no por placer sino por necesidad. Antes de Maipú, el General Ossorio había preparado terribles medidas en caso de victoria. San Martín renunció a las represalias e incluso abrazó a Ossorio en el campo de batalla, ordenando luego que se quemara la correspondencia de quienes habían claudicado frente a los realistas.

Al Virrey Pezuela lo exhorta en una carta:

“Hagamos la guerra con humanidad ya que hasta aquí no hemos podido hacer la paz sin contrariar los principios

de los gobiernos libres de América". Después, en Punchauca, brindó por la reconciliación con España.

Firme en su deseo de ahorrar derramamientos de sangre, demoró su entrada en Lima hasta que estuvo seguro de la adhesión popular y del retiro de los realistas:

"De qué me serviría —escribe— Lima si sus habitantes fueran hostiles en opinión política".

Fue austero consigo mismo a lo largo de toda su carrera. Renunció en Buenos Aires al tercio de sus haberes. En Mendoza expresó lacónicamente al Cabildo: "Mis necesidades están más que suficientemente atendidas con la mitad del sueldo que gozo".

En marzo de 1818 el Cabildo de Santiago le otorga 10.000 pesos oro para viáticos. No los acepta y dispone que con ese importe se funde una biblioteca.

Rehusa una vajilla de plata que le envía el gobierno chileno, expresándole que "*no eran tiempos para tanto lujo*".

Destinó recursos de su chacra mendocina al hospital de mujeres y a la campaña de vacuna contra la viruela.

Rehúsa una vajilla de plata que le envía el gobierno por enfermedad. No aceptó regalos ni presentes. Renunció a los honores, a los ascensos, al poder civil y militar, que le fue ofrecido en 1829, y finalmente, en 1839, renunció a la Embajada en el Perú, invocando dos razones: 1º) con humildad que estremece, considera que su formación intelectual no es suficiente para un cargo tan importante y 2º) motivos de decoro, derivados de que el Perú le ha proclamado Generalísimo de su Ejército.

Fue humilde hasta el extremo de entrar en Santiago y en Lima en horas de la madrugada, para evitar los honores que merecía. Según Octavio Amadeo, fue una mezcla de Cid y de Quijote. Para Félix Frías es un héroe digno de la pluma de Plutarco.

Ricardo Rojas señala que "la virtud excepcional de San Martín es haber sabido vencerse a sí mismo y renunciar a los honores y a los premios del triunfo en todos los lugares en que venció; haber domado de tal modo su carne que

no tuvo la fruición del mando, ni del dinero, ni de la lujuria, como la tuvieron tantos vencedores militares; haber sabido sobreponerse a la adversidad cuando se eclipsó su estrella, coronando su vida en el destierro. Sobrellevó enfermedades, ingratitudes y calumnias con impresionante resignación”.

Sus grandes adversarios fueron: 1º) sus enfermedades: tisis, vómitos de sangre, disnea, hemorroides sangrantes, y otros males; 2º) la enorme cordillera (al cruzarla murieron congelados 60 o 70 hombres, y perdió más de 2/3 de los caballos y más de la mitad de las mulas), y 3º) la ingratitud de sus contemporáneos. San Martín había dicho:

“Sacrificaría mi existencia antes que echar una mancha sobre mi vida pública que se pudiera interpretar como ambición”.

Recibió como respuesta la incomprensión de algunos hombres de Buenos Aires, cuando se niega a mezclarse en la guerra civil argentina; de algunos chilenos, por su controversia con Lord Cochrane; de algunos peruanos, después de Guayaquil, y de algunos porteños, cuando rechaza el poder civil y militar, en 1829.

El Coronel Federico Brandsen, que le conoció de cerca, señala la dimensión de la ingratitud:

“En medio de su gloria, la negra envidia lanzó contra aquel gran hombre su infernal veneno, la perfidia armó sus puñales, la ingratitud turbó el alma del héroe”.

Sus contemporáneos no comprendieron ni abrazaron su credo americanista, ni su decisión de no mezclarse en luchas fratricidas, ni su empeño en considerar hermanos a todos los americanos.

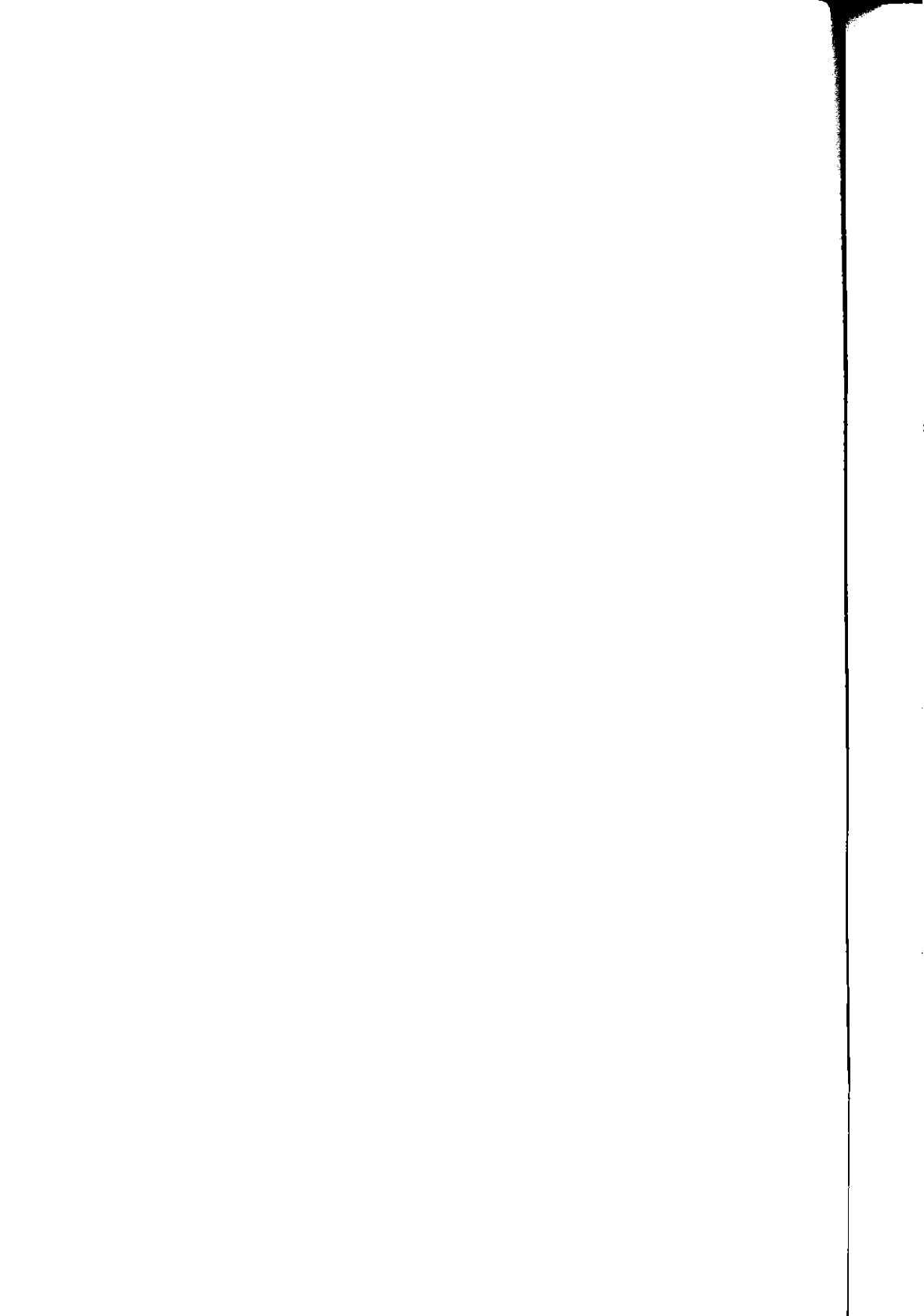
Sin embargo, en el destierro, que soportó estoicamente, afrontando penurias y privaciones, San Martín fue visitado y consultado por hombres que luchaban por la organización constitucional de la República. Figuraron entre ellos Domingo Faustino Sarmiento, Juan Bautista Alberdi, Florencio Varela y Félix Frías. Era imposible organizar definiti-

vamente la República si se prescindía de quien encarnaba los valores más puros de la emancipación americana.

Señores: con humildad espartana, San Martín escribió en su último testamento ológrafo: "declaro no deber ni haber debido nada a nadie".

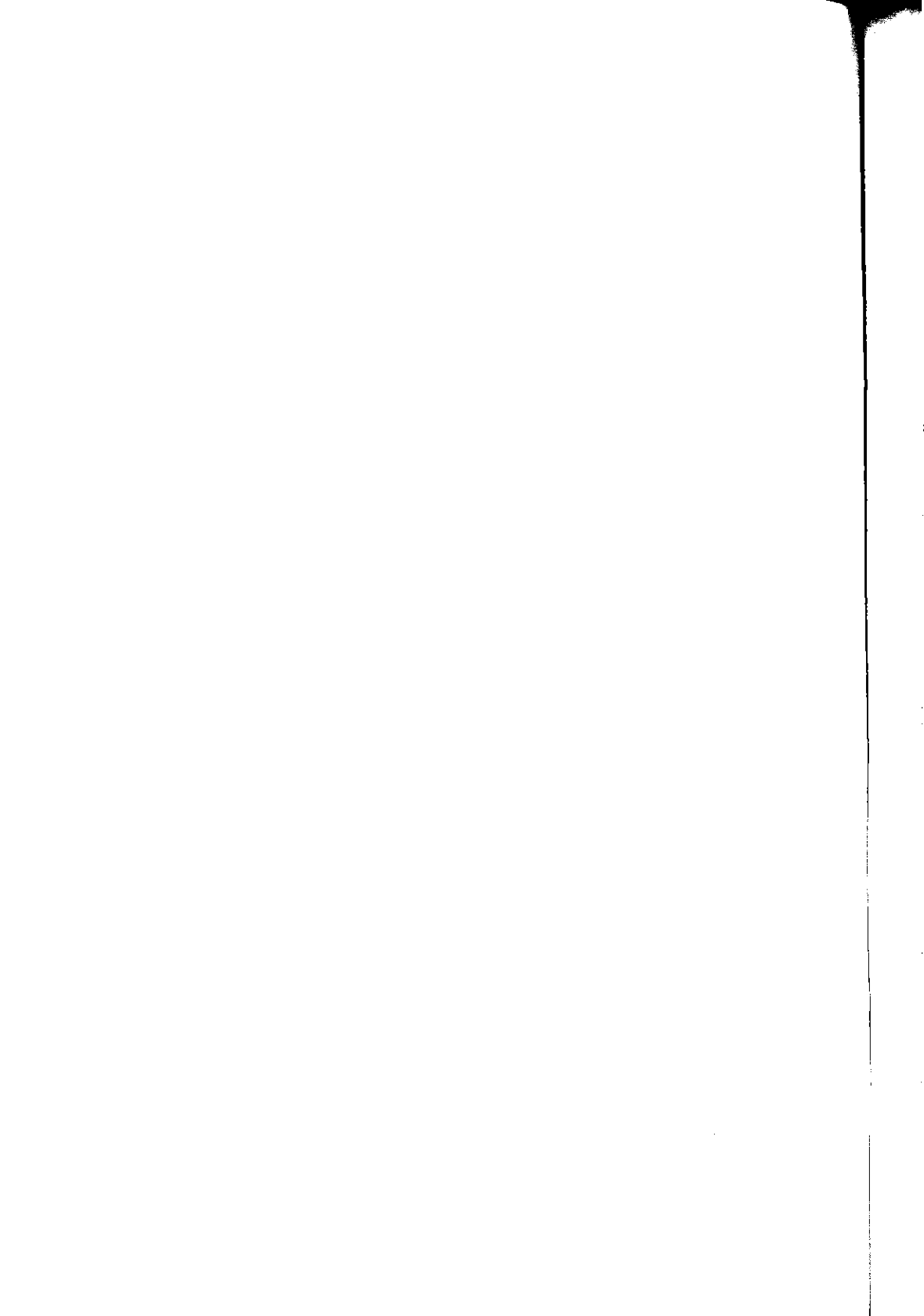
Como lo expresó ante este mismo Rotary Club el inolvidable Marco Aurelio Risolía, el 17 de agosto de 1988, la verdad histórica e ilevantable es que, efectivamente, San Martín no tiene ni tuvo acreedores. *Tiene, sí, en nosotros deudores de gratitud, de fidelidad, de veneración, de acatamiento a su mandato.*

¡Quiera Dios que nunca lo olvidemos!



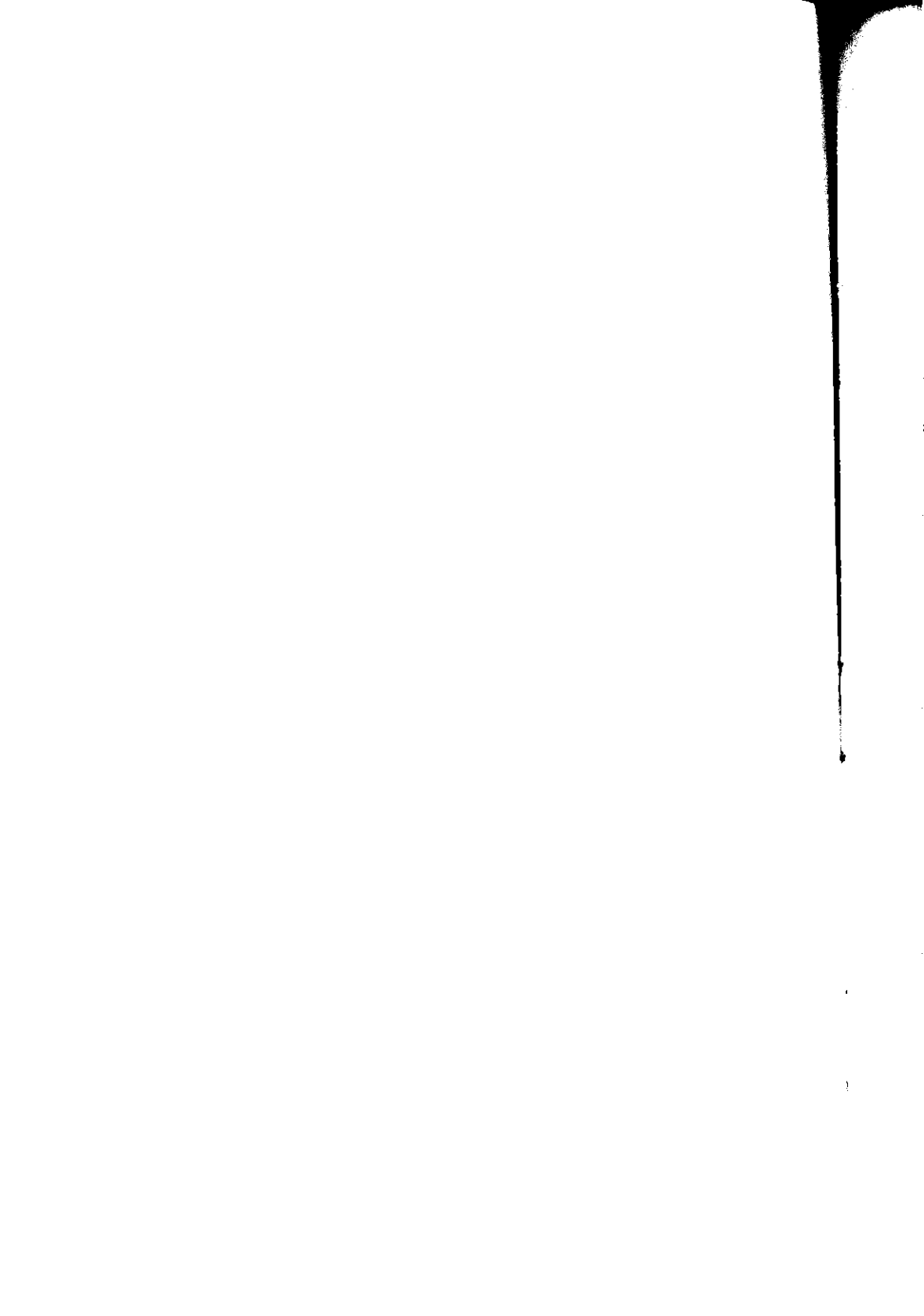
V

HOMENAJES



MARCO AURELIO RISOLÍA

*Palabras pronunciadas en el sepelio del
Dr. Marco Aurelio Risolía, el 8 de julio de 1994*



*Palabras del Presidente de la Academia Nacional
de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,
Dr. Enrique Ramos Mejía*

Las puertas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se han entornado el día de ayer como signo de su gran pesar ante la pérdida irreparable de su ilustre Académico de número Dr. Marco Aurelio Risolía, y debo expresar ante todo el profundo dolor con que lo ha hecho.

Se incorporó el Dr. Risolía a nuestra Corporación el 28 de noviembre de 1963, ocasión en que su conferencia de rigor versó sobre "La enseñanza del derecho", tema que por sí solo reflejaba su permanente vocación por todo lo que atañe a la ciencia jurídica, a la que sirvió no sólo en el ámbito académico, sino con igual brillo en la cátedra de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires hasta llegar al rango de Profesor Emérito, en el desempeño en esa casa de estudios de los cargos de Consejero y de Decano, en el ejercicio profesional, en el Directorio del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en su breve paso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la Procuración del Tesoro y en un elevado número de publicaciones que comienzan con su tesis doctoral bajo el sugestivo título *Soberanía y Crisis del Contrato*, que en su oportunidad el respectivo Jurado calificó de sobresaliente y recomendó al premio "Facultad".

Además, reconocidos sus altos méritos en el extranjero, fue miembro de la Academia Española de Ciencias Morales y Políticas e integró la Sociedad de Derecho Comparado de París.

Pero como expresó el Dr. Eduardo Busso al presentar al Dr. Risolía en la ceremonia de su incorporación a nuestra institución, no fue todo ello lo más importante sino "la altura y dignidad con que fue cumplido, la clara inteligencia de la responsabilidad y la hombría de bien puesta siempre al servicio de los más altos intereses del país".

A la citada conferencia de incorporación siguió una larga serie de disertaciones cuya precisa enumeración sería tediosa, pero es bueno recordar para apreciar su importancia y la variedad de los temas abordados al margen de los propios del derecho civil, rama jurídica que fue de su preferencia, las que llevó a cabo tanto en público como ante sus colegas, y así podrían citarse "La protección jurídica de la intimidad", perteneciente al ámbito del derecho constitucional, "Verdad y Justicia para la recuperación de la República", en 1984, propia del derecho político y "Derecho, Economía y Ley Natural", del campo de la ciencia económica.

No podía por todo lo que he dicho en apretada síntesis para evocar la personalidad del Dr. Risolía, dejar de recordar que merecidamente fue elegido por sus pares para presidir nuestra Academia, y accedió así a ese cargo que desempeñó con autoridad y con brillo en dos oportunidades, de 1977 a 1980 y de 1986 a 1989.

Quienes hemos compartido con él comunes anhelos y responsabilidades por la plena vigencia del derecho, venimos aquí con la necesaria y prudente brevedad a darle nuestra postrer despedida con estas sinceras palabras, venimos también a compartir su dolor con Matilde y los suyos y también a elevar calladamente a la benevolencia del Altísimo una plegaria por el eterno descanso de quien fue esposo, padre y abuelo ejemplar y figura descollante en la perenne lucha por el imperio del derecho.

Palabras del académico
Dr. Horacio A. García Belsunce

En nombre y representación de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires vengo a cumplir la triste y a la vez honrosa misión de despedir los restos mortales de su académico titular Dr. Marco Aurelio Risolía. Con su desaparición las ciencias jurídicas pierden a uno de sus más altos exponentes, la docencia universitaria a un insigne maestro y el país a un ciudadano ilustre.

Graduado de abogado en la Universidad de Buenos Aires con las más altas distinciones, Risolía comenzó triunfando y bajo ese signo desarrolló toda su larga trayectoria que representó más de medio siglo al servicio del derecho, de la justicia y de las instituciones civiles y políticas de la Nación.

Profesor titular de derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, fue honrado con la distinción de profesor emérito de esa Alta Casa de Estudios, de la que fue Decano desde los años 1962 a 1966, dejando en su conducción el sello de su valor científico, de su autoridad y de su jerarquía.

Las academias nacionales han sido prestigiadas con el concurso de su actuación. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires lo incorporó en 1963 y tal ha sido la fecundidad de su actividad en ella que

fue elegido presidente en dos períodos. En 1983 fue designado miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y en 1987 titular de la Corporación que represento.

Las funciones de gobierno no pudieron ignorar la existencia de un preclaro jurista que no vivió encerrado en un oscuro dogmatismo sino que divulgó y buscó dar vivencias a sus concepciones científicas para ponerlas al servicio de las instituciones. Por así considerarlo, el Gobierno de la Revolución Libertadora lo designó Procurador del Tesoro de la Nación en 1957. Quien tanto hizo por el derecho como objeto de su actividad profesional, de sus estudios e investigaciones y de su enseñanza, no podía escapar a la función de aplicarlo y realizarlo y así se le dio su mejor oportunidad cuando en 1966 se le ofreció el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrando con la solidez de su personalidad y la autoridad de su conducta moral el poder del Estado que da vida y sentido a las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional.

Fue vicepresidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y las distinciones y reconocimientos lo han tenido siempre en primer lugar para ser destinatario de ellos. Mereció las palmas académicas en grado de comendador del Gobierno de Francia, e Italia le otorgó la medalla cultural de oro. El Rotary Club de Buenos Aires le confirió su Laurel de Plata para honrar a la personalidad jurídica del año 1973 y la Fundación Konex le adjudicó el Diploma al Mérito correspondiente a la disciplina derecho privado en el año 1986.

Autor de varios libros, decenas de monografías y de un centenar de artículos publicados en revistas jurídicas y sociales del país y del extranjero, el pensamiento de Risolia ofrece connotaciones que merecen destacarse.

Sostuvo que el derecho es un orden de amor, que su propósito es instaurar y asegurar una valiosa convivencia. Contra esa sabia y prudente voluntad ordenadora conspiran

el escepticismo, el materialismo y el positivismo. Sostuvo que a veces en la construcción doctrinaria, en la ley o en la sentencia se ofende al derecho y se relega la realización de la justicia.

Estimó que a la luz del cotejo entre el derecho natural y el derecho positivo resulta claro que el jurista debe reexaminar sus concepciones, el honesto legislador debe corregir sin demora las leyes injustas y el juez probo debe desconfiar de una interpretación servil, sometida a la letra, y soslayar el pronunciamiento lesivo cuando hiera la ley natural y contradiga los principios generales del derecho. En el planteo entre el derecho positivo y el derecho natural, Risolía destaca el dominio absoluto de la propiedad sin mengua de su función social y la soberanía del contrato.

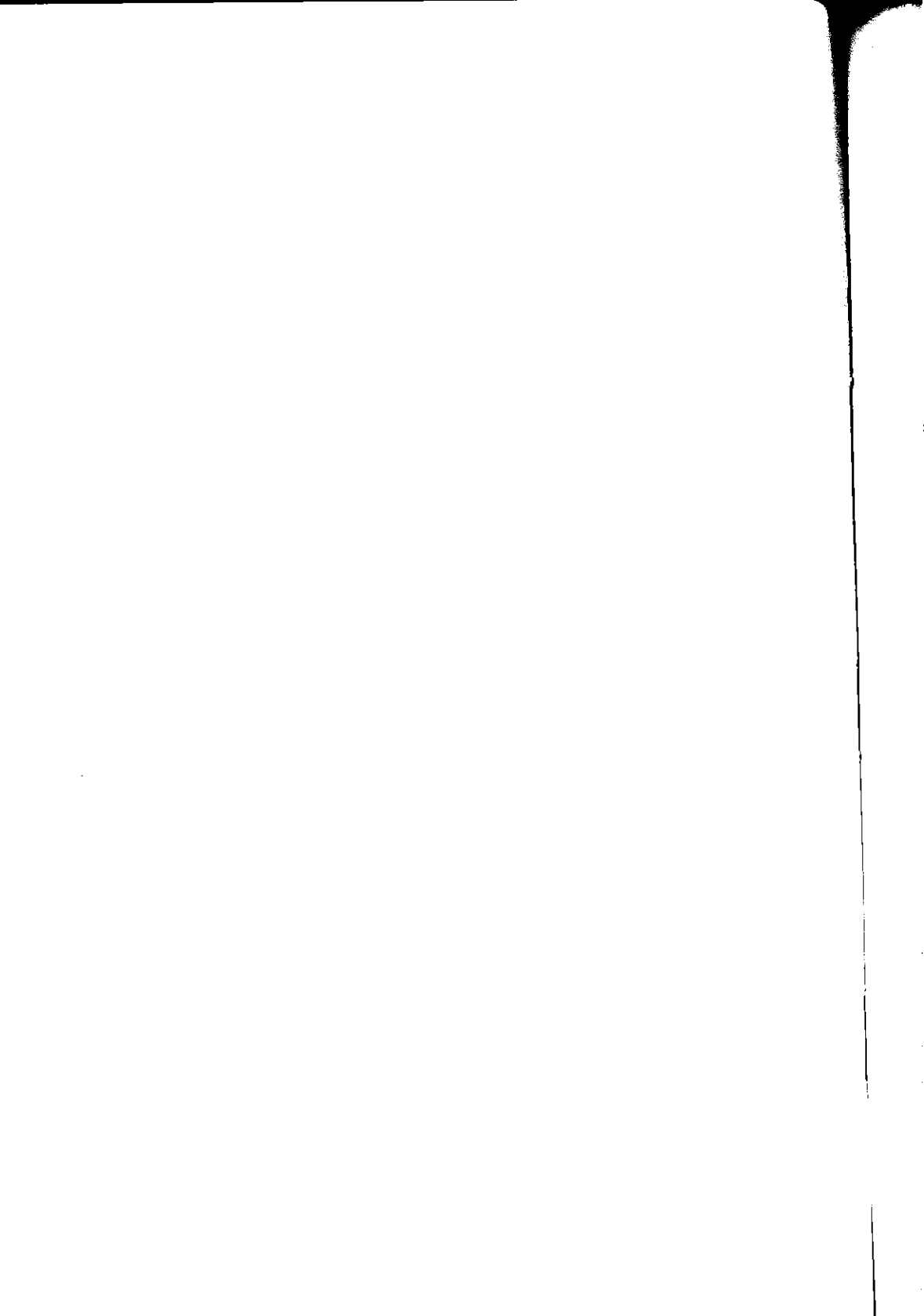
Esa pugna entre la posición idealista y la positivista Risolía la proyectó a la organización social y económica de las naciones, haciendo prevalecer la concepción individualista y voluntarista por sobre la concepción cesárea, que todo lo subordina a razones de sumisión y de imperio.

Risolía proclamó un liberalismo en lo político, en lo social, en lo económico y en lo cultural y sentó su raíz en el liberalismo histórico, adecuado a las necesidades sociales del mundo en que vivimos.

Por sobre sus valores científicos, académicos y docentes, se destaca la figura del hombre, cuyos valores se proyectan en toda su trayectoria. Amó con singular intensidad a su familia, a su patria y a sus vocaciones. Formó una familia ejemplar en la que perdurará imborrable el recuerdo de su dedicación y ejemplo. Deja a sus hijos y nietos una herencia invaluable: un apellido ilustre, honrado por todas las instituciones de la Nación.

En la Academia que represento queda hoy materialmente vacío su sitio, pero la luz de su espíritu, como llama inextinguible, seguirá iluminando el sendero de los que lo sucedan y de todos los que tuvimos el privilegio de acompañarlo.

Ruego al Altísimo que dé a su alma el merecido goce de la felicidad eterna.



*Palabras del Presidente de la Academia Nacional
de Ciencias Morales y Políticas, Dr. Jorge A. Aja Espil*

En nombre de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas vengo a despedir los restos mortales de un académico ilustre y de un devoto amigo, generoso, caballeresco, que todo esto fue Marco Aurelio Risolía.

Su vida ejemplar y su "cursus honorum" le abrieron las puertas de nuestra Corporación, la que se enriqueció con sus lecciones humanistas indicando el derrotero público y privado del ciudadano modelo que él ambicionaba para su Patria. Así lo expresó en una recordada conferencia en la vieja Universidad de Santa Fe: "El objeto de la educación —decía— es lograr un hombre, en toda la riquísima acepción del vocablo".

Al incorporarse a nuestra Academia, en junio de 1984, disertó sobre el gran tema de la culpa y la responsabilidad, y su íntima vinculación con la moral y el derecho, dos disciplinas que forjan la conducta del ser humano. "El derecho —decía— está sumergido en el orden moral y, a su vez, moral y derecho son apoyos necesarios de la Ciencia Política". No silenció su aflicción por el constante declinar de la responsabilidad individual y la atenuación de la culpa, con lo que inaugura una gran tarea intelectual en el seno de la Academia.

Su prudencia aristotélica lo conduce a mantener incólumes los primeros principios, aquellos que se apoyan en la primacía del espíritu, y tanto es así que para él la culpa es el magno presupuesto del orden moral, del derecho con raíz humana, de la justicia como virtud ejemplificadora.

Permanece viva en nuestra Corporación aquella imprecación con que cerraba su magistral conferencia: "Que no se apague en el hombre el sentimiento de culpa, voz que clama en la conciencia para recordarle la ley moral y jurídica y para instarle, si cuadra, al arrepentimiento y a la reparación del daño inferido". Sutilmente, el rigor de su argumentación nos lleva a reflexionar sobre un "pesar" de naturaleza ética, como es el remordimiento, que sólo encuentra respuesta adecuada en el arrepentirse.

Para quien se expresaba con el acento de las profundas convicciones, la última razón de su pensamiento metafísico es el progreso de la condición humana.

Es que su formación moral fue muy estricta, forjada en una familia ejemplar, plena de disciplina ética y cultural, donde nueve hermanos lucieron con luz propia en los comienzos de un siglo incierto que exigía estudio y trabajo. Su tesoro oculto, su amor supremo, fue su hogar con su noble y ejemplar compañera Matilde y sus seis hijos, seis expresiones sagradas de su culto a la familia y a la perfección humana.

En los últimos tiempos percibió con singular entereza el mal que lo afligía y que anticipaba su adiós definitivo. Empero, se resistía a renunciar a los valores y deberes con los que siempre había vivido. El destino cruel buscó quebrar su brillo vital antes de que el corazón apagara su latido. Pero allí estaba su compañera de toda la vida buscando cubrirlo con la magia de su ilusión consoladora. Así lo vió el último domingo de noviembre en vísperas de la difícil y cruel cirugía.

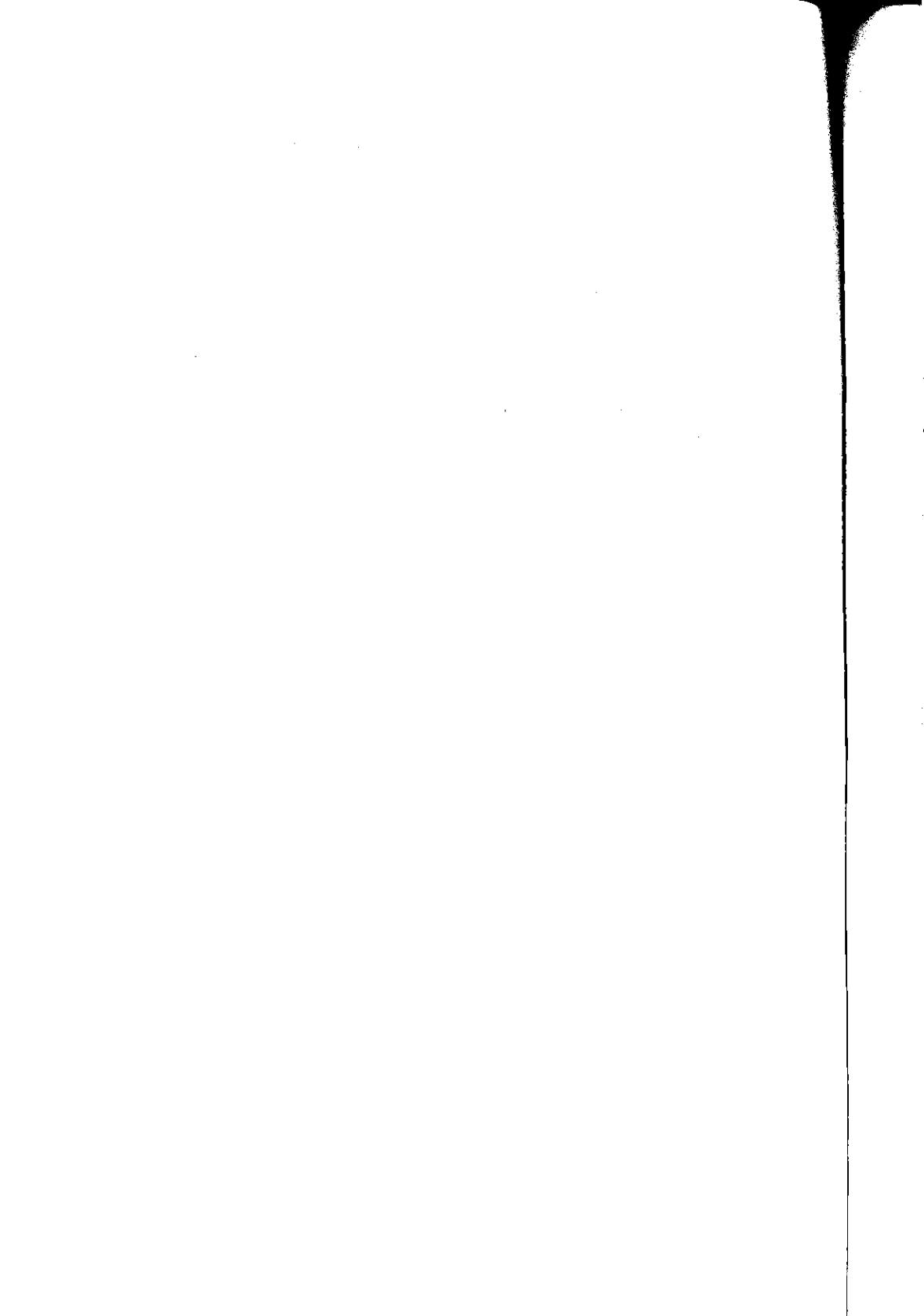
Nuestra Academia ya no escuchará sus conferencias magistrales ni su palabra persuasiva. No disfrutaremos de su compañía y de su consejo. Pero sí nos queda su labor in-

telectual y su imborrable lección: hacer de la vida lo que tan pocos hacen.

Al darle aquí un acongojado adiós, pedimos al Señor Misericordioso que escuche esta estrofa que escribiera nuestro Marco Aurelio y que hoy la hacemos nuestra:

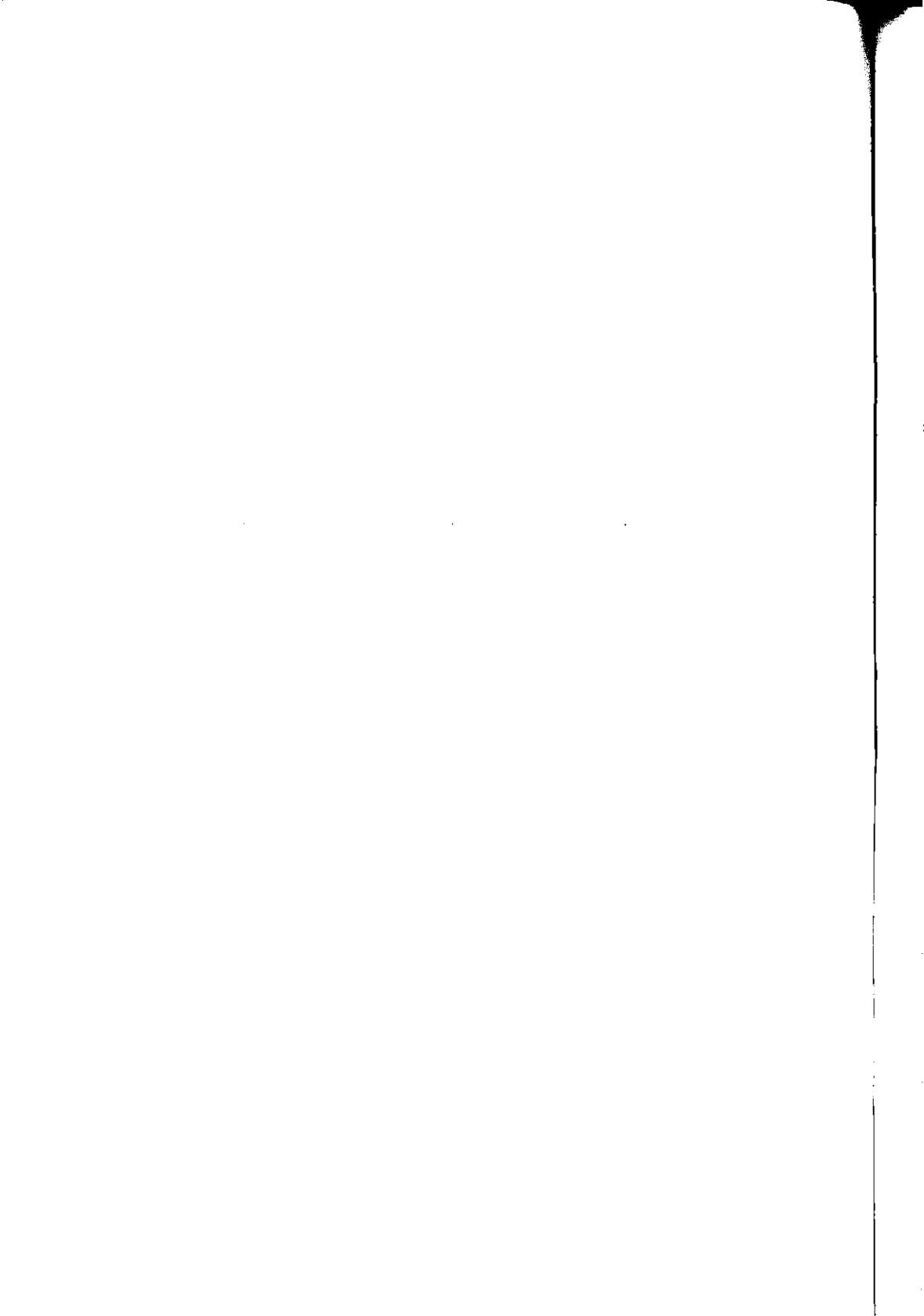
 Mi Señor de la Cruz suelta tu mano
 y escribe en esta púdica cuartilla
 qué suerte le deparas a mi hermano.

Señor, que descanse en Paz, en aquella que no tiene fin.



VI

DECLARACIONES Y DICTÁMENES



Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires con motivo de la reunión de la Convención Constituyente

En la sesión del 12 de agosto de 1993, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se pronunció en contra de la iniciativa del Gobierno Nacional tendiente a llevar a cabo una profunda reforma de la Constitución Nacional, señalando en cumplimiento de sus fines estatutarios, luego de destacar la magnitud del eventual cambio, que éste no obedecía al requisito de necesidad exigido por el artículo 30 de nuestra Ley Fundamental.

Meses después, el 29 de diciembre, se sancionó y promulgó la ley 24.309, que en su artículo 1º declara necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional, y en los artículos 2º y 3º enumera con inusitada extensión los artículos sometidos a reforma, disponiendo en el artículo 4º que la convención “se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas”; pero, a este efecto, con una insólita restricción de la libertad con que deben actuar los futuros constituyentes, dado que el artículo 5º establece que “los temas indicados en el artículo 2º deberán ser votados conjuntamente”, lo que implica desconocer el derecho de los convencionales a debatir cada uno de los temas indicados en dicho texto legal.

Nuestra Corporación no es reacia a que el texto de la Constitución Nacional pueda ser objeto de reformas que la pongan a tono con los tiempos, como ha ocurrido en ocasiones anteriores; pero, por exigencia de esa misma Carta, ello debe ser verdaderamente necesario, lo que no ocurre en este caso; y, además de la previa intervención del Congreso y de la posterior labor de la Convención, llevarse a cabo un ilustrado y amplio debate incluso en el seno de la ciudadanía, al margen de eventuales intereses meramente políticos.

Declaración en defensa de la vida

En oportunidad de las Jornadas Rioplatenses de Derecho, organizadas por esta Academia y llevadas a cabo los días 4 y 5 de agosto últimos, se trató el tema del comienzo de la persona y su protección jurídica, habiéndose coincidido en que tiene lugar al tiempo de la concepción.

En tal sentido, esta Academia estima oportuno recordar que el derecho a la vida desde el momento de la concepción se encuentra implícitamente protegido en el artículo 33 de la Constitución Nacional y ha sido consagrado de modo explícito en varias constituciones provinciales. Se halla también amparado por el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23.054, y por la Convención de los Derechos del Niño, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 23.849, con la expresa reserva de que la vida del niño comienza en el instante de la concepción.

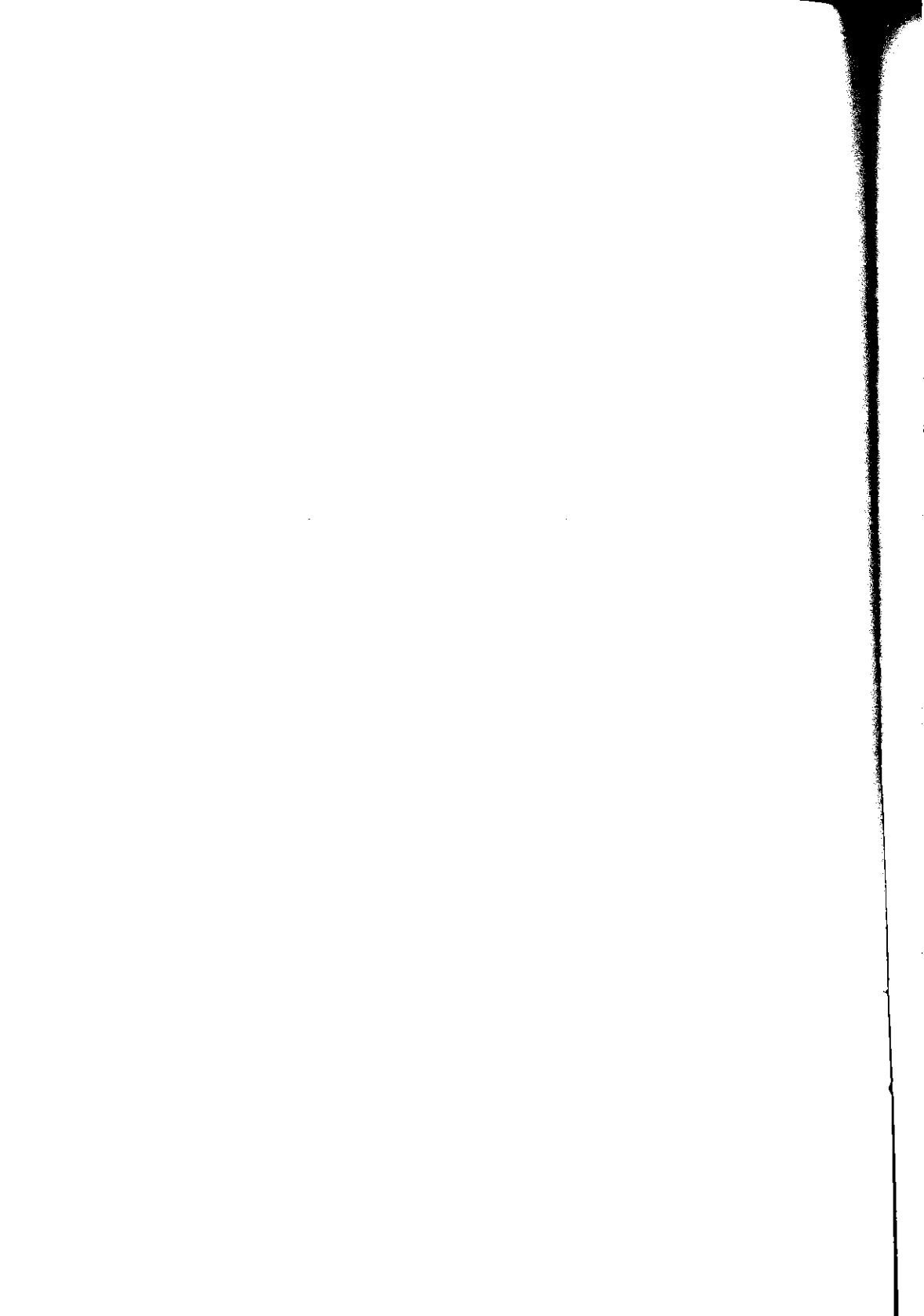
En concordancia con el criterio fijado por los autores de la Ley Fundamental, el Código declara que desde la concepción comienza la existencia de las personas y el Código Penal reprime el aborto entre los delitos contra las personas.

El ordenamiento jurídico argentino puede ser perfeccionado para que contemple nuevas situaciones derivadas del desarrollo tecnológico y a fin de que formas actuales

de atentar contra la vida, como la destrucción de embriones o la experimentación fetal, reciban la condigna sanción. No debe, en cambio, admitirse ningún retroceso en la afirmación de un derecho que es, por definición, el presupuesto de todos los consagrados en la Constitución y en las leyes de la Nación.

VII

MEMORIA Y BALANCE



MEMORIA 1994

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto, someto a consideración de las señoras académicas la Memoria relativa a las actividades desarrolladas durante 1994 y el Balance correspondiente, pudiendo observarse en orden a las aludidas actividades, no sólo las propias de la finalidad específica de nuestra institución, sino también la valiosa actuación de distinguidos juristas extranjeros que nos visitaron durante el año.

I. *Duelo de la Academia.* — En la sesión del día 14 de julio dio cuenta el Presidente, en primer término, del fallecimiento los días 8 y 7 de julio de 1994 de los señores académicos de número doctores Marco Aurelio Risolía y José María Ruda, respectivamente, y los asistentes rindieron un sentido homenaje a ambos colegas. En el acto del sepelio del doctor Risolía hizo uso de la palabra el Presidente. El Vicepresidente José Domingo Ray, designado para representar a la Academia, no habló en el sepelio del doctor Ruda dado el carácter privado de la ceremonia dispuesto por la familia.

Durante el receso, el 20 de enero del corriente año, falleció en Córdoba el académico correspondiente doctor Héctor P. Cámara, que había sido designado como tal en la sesión del 25 de septiembre de 1986.

II. *Incorporación de académicos titulares.* — a) Como consta en la Memoria anterior, en la vacante producida por el fallecimiento del doctor Manuel María Díez fue elegido el 29 de octubre de 1993

el doctor Eduardo Aguirre Obarrio, cuya incorporación tuvo lugar el 14 de abril del presente ejercicio, ocasión en la cual, previo el discurso de rigor a cargo del doctor Lino E. Palacio, la disertación del doctor Aguirre Obarrio versó sobre "Seguridad Jurídica".

b) A raíz del fallecimiento del señor académico titular doctor Juan F. Linares, en la sesión del 23 de junio fue elegido en su reemplazo el doctor Jorge Reinaldo Vanossi. Su incorporación se realizó el 24 de noviembre con palabras de recepción del doctor Segundo V. Linares Quintana, y el tema de su conferencia fue "Un teorema constitucional: El Poder Ejecutivo de Max Weber a Charles de Gaulle".

III. *Nuevos académicos correspondientes.* — A raíz del éxito de las Jornadas Rioplatenses de Derecho celebradas en Buenos Aires los días 4 y 5 de agosto, de las que se dará cuenta más adelante, fueron designados académicos correspondientes en la República Oriental del Uruguay los doctores Jorge Peirano Facio y Sagunto Pérez Fontana, en razón de sus relevantes méritos.

IV. *Recepción del doctor Giuseppe Tesauro.* — Con motivo de su breve visita a nuestro país fue recibido en nuestra Academia el 10 de noviembre el doctor Giuseppe Tesauro, uno de los seis Abogados Generales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En tal oportunidad el distinguido jurista se refirió extensamente a la labor que cumplen los abogados al asistir al mencionado Tribunal en la resolución de los asuntos que se debaten en su seno, al control de la legalidad de los actos comunitarios y a la relación entre el derecho comunitario y la legislación interna de los países miembros.

A su vez los señores académicos formularon diversas consideraciones sobre el tema.

V. *Conferencias en sesiones públicas.* — El 28 de abril ocupó nuestra tribuna el señor académico correspondiente en Salta doctor Francisco Uriburu Michel, quien disertó sobre "El derecho español en la época de la conquista y de la colonia".

A su vez, el 10 de noviembre el señor académico correspondiente en Rosario doctor Adolfo A. N. Rouillon se refirió a "Pasado, presente y futuro del derecho concursal".

Por último en la sesión pública del día 7 de diciembre, con motivo de la entrega del Premio "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", hizo uso de la palabra el académico doctor Jorge H. Bustamante Alsina.

VI. *Comunicaciones en sesiones privadas.* — Se llevaron a cabo las siguientes: el 9 de junio el doctor Antonio Vázquez Vialard sobre "Aspectos jurídicos de la reforma previsional"; el 28 de julio el doctor Jorge H. Bustamante Alsina sobre "Los daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil"; el 25 de agosto y el 13 de octubre los doctores Julio César Cueto Rúa y José Domingo Ray sobre "La reforma procesal", con el subsiguiente debate; el 8 de septiembre el doctor Juan Carlos Cassagne sobre "El jefe de gabinete"; y el 27 de octubre el doctor Elías P. S. Guastavino sobre "Algunos casos de calificaciones controvertidas de bienes en el régimen matrimonial según el reciente proyecto de reformas al Código Civil".

VII. *Convención Constituyente.* — Con motivo de la reunión de la Convención Constituyente, en la sesión del 12 de mayo se aprobó la declaración que por su importancia se transcribe seguidamente:

"En la sesión del 12 de agosto de 1993, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se pronunció en contra de la iniciativa del Gobierno Nacional tendiente a llevar a cabo una profunda reforma de la Constitución Nacional, señalando en cumplimiento de sus fines estatutarios, luego de destacar la magnitud del eventual cambio, que éste no obedecía al requisito de necesidad exigido por el artículo 30 de nuestra Ley Fundamental.

"Meses después, el 29 de diciembre se sancionó y promulgó la ley 24.309, que en su artículo 1º declara necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional, y en los artículos 2º y 3º enumera con inusitada extensión los artículos sometidos a la reforma, disponiendo en el artículo 4º que la convención 'se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas', pero, a este efecto, con una insólita restricción de la libertad con que deben actuar los futuros constituyentes, dado que el artículo 5º establece que 'los temas indicados en el artículo 2º deberán ser votados conjuntamente', lo que implica desconocer el derecho de los convencionales a debatir cada uno de los temas indicados en dicho texto legal.

"Nuestra Corporación no es reacia a que el texto de la Constitución Nacional pueda ser objeto de reformas que la pongan a tono con los tiempos, como ha ocurrido en ocasiones anteriores; pero, por exigencia de esa misma Carta, ello debe ser verdaderamente necesario, lo que no ocurre en este caso; y, además de la previa intervención del Congreso y de la posterior labor de la Convención, llevarse a cabo un ilustrado y amplio debate incluso en el seno de la ciudadanía, al margen de eventuales intereses meramente políticos".

VIII. *En defensa de la vida.* — En la sesión privada del día 11 de agosto se aprobó la siguiente declaración sobre la base de un proyecto del académico doctor Alberto Rodríguez Varela: "En oportunidad de las Jornadas Rioplatenses de Derecho organizadas por esta Academia y llevadas a cabo los días 4 y 5 de agosto último, de las que se informa más adelante, se trató el tema del comienzo de la vida personal y su protección jurídica, habiéndose coincidido en que tiene lugar al tiempo de la concepción.

"En tal sentido, esta Academia estima oportuno recordar que el derecho a la vida desde el momento de la concepción se encuentra implícitamente protegido en el artículo 33 de la Constitución Nacional y ha sido consagrado de modo explícito en varias Constituciones Provinciales. Se halla también amparado por el artículo 4 de la Convención Americana sobre derechos humanos aprobada por la ley 23.054 y por la Convención de los Derechos del Niño incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 23.849 con la expresa reserva de que la vida del niño comienza en el instante de la concepción.

"En concordancia con el criterio fijado por los autores de la Ley Fundamental, el Código Civil declara que desde la concepción comienza la existencia de las personas y el Código Penal reprime el aborto entre los delitos contra la persona.

"El ordenamiento jurídico argentino puede ser perfeccionado para que contemple nuevas situaciones derivadas del desarrollo tecnológico y a fin de que formas actuales de atentar contra la vida, como la destrucción de embriones o la experimentación fetal, reciban la condigna sanción. No debe, en cambio, admitirse ningún retroceso en la afirmación de un derecho que es, por definición, el presupuesto de todos los consagrados en la Constitución y en las leyes de la Nación".

IX. *Jornadas Rioplatenses de Derecho.* — Sobre este importante evento se brindaron varios informes a los señores académicos a partir de la sesión celebrada el 24 de marzo, en la cual el doctor Jorge A. Aja Espil dio cuenta de una conversación mantenida con el embajador de la República Oriental del Uruguay con vistas a llevar a cabo una reunión de juristas de ambos países, en nuestro caso de miembros de esta Academia, con la finalidad de debatir temas de interés común.

La iniciativa tuvo el éxito esperado, y fue así que las jornadas de que se trata tuvieron lugar en Buenos Aires los días 4 y 5 de agosto en nuestra sede de acuerdo con el siguiente temario:

Jueves 4: "El comienzo de la personalidad y el Estado" por los doctores Enrique Arezo Piriz y Alberto Rodríguez Varela y "Responsabilidad del Estado con respecto a la familia" por los doctores Mariano Brito y Guillermo Borda, y el

Viernes 5: "Responsabilidad objetiva en el ámbito del derecho civil" por los doctores Jorge Peirano Facio, Gustavo Ordoqui y Roberto Martínez Ruiz.

X. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (España).* — En la sesión del 26 de mayo se dio cuenta de una nota de la nombrada Academia de fecha 5 de ese mes invitando a nuestro Presidente a un encuentro entre las Academias Hispano-Americanas de Jurisprudencia y Legislación a llevarse a cabo en la ciudad de Granada entre los días 3 y 6 de noviembre de 1994. A ella siguió, según consta en la sesión del 14 de julio, la recepción de un fax relativo al "Avance del programa", que incluía una "Propuesta de colaboración entre las distintas Academias y estudio de sus relaciones con la sociedad, en especial la defensa de los derechos humanos" y la propuesta de suscribir el correspondiente "Convenio o Protocolo".

Como recordarán los señores académicos, en su oportunidad se decidió recabar mayor información sobre los documentos a considerar y sobre el anunciado "Protocolo", de lo cual la Presidencia informó en la sesión del 22 de septiembre, decidiéndose por último en la sesión del 13 de octubre, previa lectura de la correspondiente documentación, que se agradeciera la invitación y se comunicara que nuestra Academia no asistiría a la reunión a celebrarse en Granada.

Cabe agregar que en dicha sesión del 13 de octubre hubo un intercambio de ideas sobre el alcance y la trascendencia del "Ámbito de colaboración" (científica, personal e institucional), y del "Instru-

mento de colaboración" confiado a un "Secretariado permanente", no así sobre un "Proyecto de Estatutos" pues a esa fecha no se había recibido.

XI. *Reuniones de Presidentes de Academias Nacionales.* — Se llevaron a cabo regularmente y en forma mensual sobre temas de interés común, de los que caben destacar el relativo a la conmemoración del 50º Aniversario de la creación de la Organización de las Naciones Unidas y la presencia en la reunión del 4 de octubre del señor Secretario de Cultura de la Nación doctor Mario O'Donnell.

a) El primer punto fue tratado en la reunión del 21 de noviembre, decidiéndose a su respecto, luego de considerarse varias iniciativas, realizar un acto con participación de todas las Academias y encomendarle al Presidente de la Academia Nacional de Geografía, General Ingeniero Roberto José María Arredondo, practicar un análisis de los respectivos detalles e informar sobre ellos en la próxima reunión de Presidentes.

En razón de tratarse del mismo tema, cabe informar aquí lo resuelto por nuestra Academia en su sesión del 25 de agosto, que consistió en dirigir a nuestro colega doctor Carlos Manuel Muñiz, en su carácter de Presidente del Comité Nacional para el 50º Aniversario de las Naciones Unidas la nota que se transcribe a continuación:

"Me es grato dirigirme a Ud. en respuesta a su nota del 28 de julio ppdo., relativa al Quincuagésimo Aniversario de la Organización de las Naciones Unidas, a fin de comunicarle que, en atención a la trascendencia del acontecimiento de que hace mención, el suscrito, en su carácter de Presidente de esta Academia, acepta integrar la Comisión Honoraria del Comité Nacional y le hace saber que nuestra Corporación ha de prestar la colaboración a su alcance para el mayor éxito del eventual programa de actividades".

b) En cuanto a la visita del Señor Secretario de Cultura, ella tuvo lugar en la sesión del 24 de octubre en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Cabe destacar que en tal oportunidad el doctor O'Donnell manifestó su deseo de mantener con las Academias una relación "a través de vasos comunicantes fluidos", ofreció el sector de "Prensa y difusión" de su Secretaría para divulgar la labor cumplida por ellas y manifestó finalmente su intención, en orden a la situación financiera de las Academias, de analizarla el próximo año.

XII. *Academia Argentina de Numismática y Medallística.* — La solicitud de nacionalización de esta Academia, enviada en consulta por la Secretaría de Cultura fue considerada en las sesiones de los días 26 de mayo y 9 y 23 de junio, resolviéndose contestar de acuerdo con el criterio negativo que ha sido tradición en nuestra Corporación, pero precisando a su vez que las actividades de dicha Academia Argentina caen dentro del ámbito de la actividad de la Academia Nacional de la Historia.

XIII. *Libro en homenaje al doctor Marco Aurelio Risolía.* — En la sesión del 28 de julio se dio lectura a una nota del señor académico doctor Morello en la cual proponía la publicación de un libro en homenaje al doctor Risolía, decidiéndose seguidamente aceptar tal propuesta y encomendar a la Mesa Directiva la preparación de un programa orgánico a fin de concretar tal iniciativa. En la sesión del 25 de agosto se aprobó como título del libro: "Los contratos en el derecho público y privado", que sería editado por "Abelardo-Perrot", que los señores académicos titulares y correspondientes propondrían el tema que prefirieran exponer y finalmente que los doctores Ray, Martínez Ruiz, Videla Escalada y Cassagne tendrían a su cargo la dirección de la edición a efectos de lograr su homogeneidad.

XIV. *Homenaje al doctor José María Ruda.* — En la sesión del día 14 de julio el Cuerpo decidió realizar una sesión de homenaje el año próximo en el primer aniversario de su fallecimiento.

XV. *Homenaje al doctor Atilio Dell'Oro Maini.* — Con motivo de cumplirse el 30 de julio de 1995 el centésimo aniversario de su nacimiento la Academia dispuso, en la sesión del 28 de julio, adherir a los actos que organice la Comisión de Homenaje ya integrada.

XVI. *Premio "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires".* — En la sesión del 23 de julio quedó constituido el respectivo jurado por los señores académicos doctores Anaya, García Belsunce, Videla Escalada, Rodríguez Galán y Bustamante Alsina, informando el señor Presidente que se habían presentado dieciocho obras. Elevado el correspondiente dictamen del jurado se dispuso su distribución entre los señores académicos en la sesión del 8 de septiembre, resolviéndose aprobarlo en la sesión del 22 del mis-

mo mes y otorgar en consecuencia el premio "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires" a la obra "Instituciones de Derecho Civil", del doctor Julio César Rivera, y el premio "Accesit" a la obra "Contratos Comerciales Modernos", del doctor Juan M. Farina, recibiendo ambos los correspondientes diplomas en la sesión pública celebrada el 7 de diciembre.

XVII. *Preservación del patrimonio cultural y natural de la Nación.* — En la sesión extraordinaria celebrada el 24 de marzo de conformidad con lo previsto en el artículo 21 del Estatuto se consideró, además del tema a que se refiere el capítulo IX, una nota enviada por el Senador doctor José Octavio Bordón en su carácter de Presidente de la Comisión de Cultura del Honorable Senado de la Nación, sobre un proyecto de ley acerca de la "Preservación del Patrimonio Cultural y Natural de la Nación", resolviéndose que fuera girado a consideración de los Institutos de Derecho Civil y de Derecho Administrativo.

Luego, en la sesión del 8 de septiembre, se aprobó el dictamen elaborado por el Instituto de Derecho Civil y se le hizo llegar al doctor Bordón.

XVIII. *Informe del Banco Mundial.* — En la sesión del 25 de septiembre dio lectura el señor Presidente a una nota del titular de la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales en la cual se expresaba la disconformidad de dicha Corporación con el juicio adverso emitido por el Banco Mundial acerca de los organismos científicos de nuestro país. Los señores académicos en coincidencia con lo expuesto en la referida nota consideraron, en contra de lo aseverado por dicha institución bancaria, que en verdad existen en nuestro país grupos de investigadores que se dedican con toda responsabilidad al estudio y desarrollo de los proyectos que les hubieran sido asignados, dejándose constancia en la respectiva acta, por moción del doctor Rodríguez Galán, de la honda preocupación de la Academia por los juicios emitidos por el Banco Mundial.

Posteriormente, se recibieron las opiniones de las Academias Nacionales de la Historia y de Medicina sobre el mismo tema y se decidió hacer conocer a estas Corporaciones la adhesión del Cuerpo a los motivos que inspiraron esas declaraciones.

XIX. *Informe de Institutos.* — Instituto de Derecho Civil: El Instituto de Derecho Civil que dirige el Académico doctor Roberto Martínez Ruiz, durante el año 1994 ha dedicado su actividad al análisis del proyecto de unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación preparado por la Comisión designada por el decreto 468/92, que tiende a poner al día y unificar el régimen de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, tal como lo anunciara el Poder Ejecutivo en los considerandos del decreto 2719/91, por el cual se votó el Proyecto de Ley 23.042 que había sancionado el Congreso, con relación al denominado Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.

Los miembros del Instituto doctores María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, José Julián Carneiro y Martín L. Erdozain presentaron sus estudios que versaron respectivamente sobre el tratamiento de los Contratos de donación y cesión de Derechos; Contratos de Suministro y de Leasing y acerca de la Representación, el Poder y el Mandato en el Proyecto de Reformas.

Estos tres trabajos se publicaron en la Academia y constituyen en la serie IV, Instituto de Derecho Civil, el número 2.

La Academia por propuesta del Director del Instituto designó otro Subdirector, el académico doctor Félix Alberto Trigo Represas, continuando también como tal el académico doctor Elías P. S. Guastavino.

Instituto de Derecho Empresarial: El Instituto de Derecho Empresarial se constituyó con la dirección del doctor Jaime Luis Anaya y la actuación del doctor Antonio Vázquez Vialard como Subdirector.

Se integró con los siguientes miembros: Los doctores Guillermo Enrique Regazzi, Mariano Gagliardo, Osvaldo Gómez Leo, Pedro Mario Giraldi, Alicia Josefina Stratta, Julio César Otaegui, Juan Carlos Félix Morandi, Osvaldo J. Marzorati, Edgar I. Jelonche y Ángel D. Vergara del Carril. Fue designado Secretario de Actas el doctor Gonzalo Ballester.

Inició sus actividades en la sesión celebrada el 16 de junio de 1994, que contó con la presencia del Presidente de la Academia doctor Enrique Ramos Mejía y del Académico correspondiente doctor Adolfo Rouillon.

Las sesiones del Instituto que, desde entonces, mensualmente tuvieron lugar en la sede de la Academia, fueron mayormente dedicadas al análisis del proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo de

la Nación sobre reformas a la Ley de Concursos, que actualmente tiene dictamen de la Comisión de Legislación General del Honorable Senado de la Nación.

En este sentido, cabe destacar la participación relevante del académico correspondiente doctor Rouillon que efectuó un análisis de los aspectos generales del Proyecto, deteniéndose especialmente en lo que concierne al concurso preventivo; asimismo es digno de mención un muy logrado estudio efectuado por el Subdirector del Instituto, doctor Antonio Vázquez Vialard, sobre la incidencia que en los derechos laborales tienen las modificaciones propiciadas en el proyecto, que fue publicado en la Revista del Trabajo y la Seguridad Social. Asimismo mereció especiales consideraciones críticas la norma auspiciada sobre los efectos novatorios de la homologación del acuerdo, aspecto que motivó particular interés de la integrante del Instituto, doctora Stratta, quien elaboró un trabajo sobre dicho tema, que será publicado próximamente en la revista "El Derecho".

El Instituto también invitó a la doctora María Laura García Conejero y a Jeffrey Hoberman, colaboradores en la elaboración de la mencionada iniciativa de ley, los que expusieron sobre los lineamientos generales que inspiran la misma.

Finalmente, en otra de las sesiones del Instituto los miembros doctor Gómez Leo y doctor Giraldi disertaron en torno al Proyecto de Ley de Cheques, convertido recientemente en ley N° 24.452 el 8/2/95 por el Congreso de la Nación, dando lugar a un intercambio de opiniones sobre los aciertos y los aspectos controvertidos que presenta el nuevo régimen.

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 con esa rama del derecho público.

Entre ellas merece destacarse el análisis pormenorizado del Proyecto de Código Contencioso Administrativo de la Nación que contó con la exposición, en primer lugar, de los académicos directores del Instituto y a continuación con las exposiciones de los señores miembros, doctores Julio C. Comadira, Guillermo Fanelli Evans, Beltrán Gambier, Luis A. Carello, Pedro J. J. Coviello, Pedro Aberastury (h.), Ricardo Druetta, Horacio Creo Bay y Luis Pérez Colman, quienes

fueron analizando los distintos capítulos del proyecto. Se contó, además, con la participación especial del doctor Carlos M. Grecco.

La actividad del Instituto continuó con el análisis de algunos de los Institutos de derecho público contenidos en la Constitución Nacional luego de su reforma. Así, el doctor Juan Carlos Cassagne expuso sobre "El Jefe de Gabinete", el doctor Julio R. Comadira sobre el tema de "Los reglamentos de necesidad y urgencia", y los doctores Horacio D. Creo Bay, Héctor P. Fassi y Alejandro J. Usleghi sobre el "Régimen Jurídico de la Capital Federal".

En la sesión privada del día 11 de agosto se da a conocer una nota del Director y del Subdirector del Instituto de Derecho Administrativo, que proponen se designe como miembro de éste a los doctores Ismael Mata, Pedro J. Coviello, Armando Canosa, Máximo Julio Fonrouge, Carlos A. Zubiaur y Pedro Esteban Perrino; el Cuerpo aprueba la propuesta.

Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación: Bajo la dirección del doctor José Domingo Ray se realizaron las siguientes actividades:

1) El jefe de Legislación Marítima de la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, doctor Ricardo Vigil, expuso los lineamientos de la Conferencia que se planeaba realizar en octubre de 1994, a la que se hace referencia bajo el número 4-b.

2) Se realizaron las reuniones del grupo de trabajo que preside el doctor Agustín Rodríguez Jurado sobre reforma de la legislación aeronáutica. Se ha proyectado un trabajo que sujeto a ciertos ajustes está a consideración de los miembros del instituto especializados en derecho aeronáutico.

3) En representación del Instituto, su Director asistió a las reuniones que se realizan en el Ministerio de Relaciones Exteriores con referencia a la celebración del Decenio del Derecho Internacional a instancias de Naciones Unidas. A esas reuniones también ha concurrido el miembro de nuestra Academia doctor Jorge A. Aja Espil en su carácter de Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

4) El doctor Ray concurrió: a) A la 35ª Conferencia del Comité Marítimo Internacional que se celebró en la primera quincena de octubre en Sidney, organizada por el Consejo Ejecutivo del Comité y la Asociación de Derecho Marítimo de Australia y Nueva Zelanda; b) Así como también a la realizada en Santiago de Chile, a fines de octubre, convocada por la Comisión de Naciones Unidas para el Co-

mercio y el Desarrollo (UNCTAD) y el Consejo Internacional Marítimo del Báltico (BIMCO) para el estudio de contratos de Fletamento y Financiación en la Construcción de Buques.

En la Conferencia del Comité se reformaron las reglas de York-Amberes, se aprobaron principios de orientación doctrinaria para la determinación de las indemnizaciones en casos de contaminación por hidrocarburos y nuevas reglas sobre regulación de la explotación de plataforma costa afuera.

Sobre los temas analizados en esas reuniones internacionales se están preparando los trabajos que se darán a publicidad en un futuro próximo.

5) Por último, se han proyectado trabajos para la realización en el curso del año próximo sobre derecho internacional del mar y el tema mencionado en el número precedente sobre "Contaminación por hidrocarburos".

XX. *Publicaciones.* — Durante el período a que se refiere esta Memoria, esta Academia, junto con la de Ciencias Económicas y la de Ciencias Morales y Políticas, editaron el volumen con las conferencias que se pronunciaron con motivo del "Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional".

Asimismo apareció el N^o 2 de las obras del Instituto de Derecho Civil, Serie IV, con el título "Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación".

De acuerdo con lo resuelto por el Cuerpo, la Academia se ocupa en estos momentos de la edición de la obra del académico doctor Ambrosio Romero Carranza sobre "Vida y Testimonio de Félix Frías".

Por último, como anticipo de "Anales" N^o 32, se publicaron las siguientes separatas: "La crisis del derecho de prensa", de Jorge M. Mayer; "San Martín y la moral cívica", de Alberto Rodríguez Varela; "España y las leyes indias", de Francisco Uriburu Michel; "Panorámica del nuevo proceso civil" y "El mapa actual del recurso extraordinario", ambos de Augusto Mario Morello; "Preludio a la seguridad jurídica", de Eduardo Aguirre Obarrio; "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", de Jorge H. Bustamante Alsina.

XXI. *Labor cumplida por la bibliotecaria.* — Prosiguió sus tareas en la biblioteca la doctora María Luz Rezk. Durante el año se actualizó el fichero, se ordenaron los libros recibidos y se completa-

ron las carpetas de publicaciones y revistas. Quedan como tareas pendientes para el próximo período finalizar el inventario general y volcar las fichas en la computadora.

XXII. *Donaciones con destino a la biblioteca.* — De señores académicos se recibieron los siguientes libros: “La propiedad participada y sus fideicomisos”, de Elías P. S. Guastavino; “El espíritu de la Constitución”, de Segundo V. Linares Quintana; “El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos” y “La adecuación del contrato; por las partes, por el juez, por los árbitros”, de Augusto Mario Morello; de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba “Estudios en honor de Pedro Frías”; de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España “El Exmo. Sr. D. A. Hernández Gil Presidente...” y “Matrimonio y Derecho”; de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales “Homenaje 50º aniversario ‘El hecho imponible de D. Jarach’ ”; de la C.I.E.S. “Gestión empresarial y capitalismo de futuro”; del Honorable Senado de la Nación “La cultura, el fundamento de la democracia”; del Senado Federal de Brasil “Legislação indigenista”; del Instituto de South-North Korea “The true story of Kim Jong-il”; del Tribunal Arbitral Internacional “Sentencia del 21-10-94”; del Club de Roma “En la Argentina trayectoria fecunda y desafíos nuevos”; del doctor Norberto Ras “Crónica de la frontera sur”; del doctor Vicente Vázquez-Presedo “Estadísticas históricas Argentinas” y “Poder Económico Internacional, 3 crisis de su evolución en el presente siglo”; del doctor Juan Carlos Agulla “La experiencia sociológica”; del doctor Robert Alexy “Concepto y validez del derecho”; del doctor J. M. Cravero “Crisis del hombre a la luz de las concepciones antropológicas”; del doctor Roberto Dromi “Cuatro leyes constitucionales”; de Kaufman y otros “La seguridad jurídica y el proceso económico”; y de E. Linder “A necessidade de mudanças no contexto do Mercosul”.

XXIII. *Informe de Tesorería.* — A pesar de que las contribuciones que recibe la Academia no fueron incrementadas, se pudo hacer frente a los gastos ordinarios de administración y se encararon trabajos y proyectos que, aunque extraordinarios, no resultaban menos imprescindibles.

Respecto del edificio que ocupa la Academia, además de los gastos mensuales regulares, se pagó en su proporción la instalación

de un portero eléctrico para todos los pisos y portería y se instalaron medidores individuales de electricidad.

En el caso de nuestra sede se adquirió una nueva fotocopidora, marca Xerox KA1, y se empezaron tareas de pintura en todo el piso y refacción de la parte de servicio (cambio de cerámicos, azulejado, arreglo del cielo raso y albañilería).

Por último, además de las publicaciones periódicas, que no se han interrumpido, se solventó la obra del académico doctor Ambrosio Romero Carranza "Vida y Testimonio de Félix Frías".

Como en años anteriores, se afectaron fondos para publicaciones, Institutos, reparación del edificio, indemnizaciones, premios, biblioteca, muebles y útiles, y equipos de computación, lo que asegura en el próximo ejercicio continuar con el cumplimiento de los objetivos fijados por el Estatuto.

XXIV. Consideraciones finales. — Señores académicos: Se ha hecho de rigor poner punto final a la Memoria destacando lo que puede haber sido el tema que en el respectivo período suscitara el mayor interés. En 1993 fue la reforma de la Constitución Nacional, y se incluyó en la correspondiente Memoria la respectiva declaración de nuestra Corporación.

Durante 1994 se consideró otra cuestión de índole similar, como lo fue la reunión el 12 de mayo de la Convención Constituyente, acerca de la cual nuestra Academia el 12 de agosto hizo pública la declaración que se transcribe más arriba en el capítulo VII.

Queda pendiente por ser también de ineludible tratamiento la regulación del "Consejo de la Magistratura", a que se refiere el artículo 114 de la Constitución Nacional, pues tal organismo puede afectar facultades propias de la Corte Suprema y ha de asumir en su momento el gobierno y la administración del Poder Judicial en sus niveles inferiores, afectando a su vez su irrenunciable independencia.

Pongo punto final así a mi actuación como Presidente de esta Academia durante tres años, para lo cual conté con la benevolencia de mis colegas, con la eficiente colaboración de quienes integraron la Mesa Directiva y con la eficaz ayuda del personal administrativo.

BALANCE DEL EJERCICIO 1994

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.

ESTADO DE SITUACIÓN PATRIMONIAL
BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 1994

ACTIVO

Activo Corriente

	\$
Caja y Bancos (Nota 2.1.)	15.290,77
Inversiones (Nota 2.2.)	368.218,13
TOTAL DEL ACTIVO CORRIENTE	<u>383.508,90</u>

Activo No Corriente

Bienes de Uso (Anexo 1)	62.442,68
TOTAL DEL ACTIVO NO CORRIENTE	<u>62.442,68</u>
TOTAL DEL ACTIVO	<u>445.951,58</u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.
El Informe del Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

PASIVO

Pasivo Corriente

	\$
Deudas (Nota 3.1.)	30.904,64
Previsiones (Nota 3.2.)	942,02
TOTAL DEL PASIVO CORRIENTE	<u>31.846,66</u>
PATRIMONIO NETO (según estado respectivo)	<u>414.104,92</u>
TOTAL DEL PASIVO Y PATRIMONIO NETO	<u>445.951,58</u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.
El Informe del Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ESTADO DE RECURSOS Y GASTOS CORRESPONDIENTES
AL EJERCICIO FINALIZADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 1994

RESULTADOS ORDINARIOS

Recursos

	\$
Para Fines Generales (Anexo 2)	150.815,59
TOTAL	<u>150.815,59</u>

Gastos

Generales de Administración (Anexo 3)	(147.838,26)
Amortizaciones de Bienes (Anexo 1)	(9.590,84)
SUBTOTAL	<u>(157.429,10)</u>

*RESULTADOS FINANCIEROS NETOS Y POR
TENENCIA (Nota 6)*

TOTAL	<u>(14.170,80)</u>
RESULTADOS ORDINARIOS - DÉFICIT	<u>(20.784,31)</u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.
El Informe del Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ESTADO DE EVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO NETO
AL 31 DE DICIEMBRE DE 1994

En pesos

	<i>Capital</i>	<i>Ajuste del capital</i>	<i>Resultados no asignados</i>	<i>Total</i>
Saldos al inicio	0,000943	115.345,78	295.702,64	411.048,42
Ajuste de saldos		6.690,06	17.150,75	23.840,81
Saldos iniciales ajustados	0,000943	122.035,84	312.853,39	434.889,23
Resultado del ejercicio			(20.784,31)	(20.784,31)
Saldos al cierre	0,000943	122.035,84	292.069,08	414.104,92

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.
El Informe del Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO Nº I

BIENES DE USO AL 31 DE DICIEMBRE DE 1994

<i>Rubros</i>	<i>Saldos al comienzo</i>	<i>Compras y/o revalúo</i>	<i>Saldos al cierre</i>	<i>Anteriores</i>	<i>Amortizaciones Del ejerc.</i>	<i>Total</i>	<i>Neto resultante</i>
Inmuebles	42.023,54	—	42.023,54	3.417,59	930,26	4.347,85	37.675,69
Muebles y Útiles	43.925,23	5.940,31	49.865,54	23.553,98	7.271,36	30.825,34	19.040,20
Biblioteca	16.305,71	10,78	16.316,49	9.200,48	1.389,22	10.589,70	5.726,79
TOTALES	102.254,48	5.951,09	108.205,57	36.172,05	9.590,84	45.762,89	62.442,68

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.
El Informe del Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO N° 2

RECURSOS ORDINARIOS CORRESPONDIENTES
AL EJERCICIO FINALIZADO EL 31/12/94

<i>Detalle</i>	\$
Contribuciones	127.104,25
Venta de Publicaciones	2.385,31
Intereses	945,73
Ingresos Varios	20.380,30
TOTAL	<u>150.815,59</u>

ANEXO N° 3

GASTOS GENERALES DE ADMINISTRACIÓN
CORRESPONDIENTES AL EJERCICIO
FINALIZADO EL 31/12/94

<i>Detalle</i>	\$
Sueldo del Personal	47.101,21
Cargas Sociales	10.880,90
Mantenimiento y Refacciones	22.280,16
Publicaciones	33.338,37
Diversos	34.237,62
TOTAL	<u>147.838,26</u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.
El Informe del Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO Nº 4

COMPARACIÓN DE LOS RECURSOS, GASTOS
E INVERSIONES DEL EJERCICIO CON EL PRESUPUESTO
ECONÓMICO APROBADO POR LA MESA DIRECTIVA

En pesos

	Valor al 03/94	Valor reexpresado al 31/12/94	Recursos, gastos e inversiones	Desvíos
<i>Recursos Ordinarios</i>				
Para Fines Generales	196.890,45	209.294,55	150.815,59	58.478,96
<i>Gastos Ordinarios</i>				
Generales de Administración				
Sueldos y Cargas Sociales	61.582,36	65.462,04	57.982,11	(7.479,93)
Publicaciones	35.491,29	37.727,24	33.338,37	(4.388,87)
Mantenimiento Edificios	18.736,59	19.917,00	22.280,16	2.363,16
Diversos	37.361,81	39.715,60	34.190,41	(5.525,19)
<i>Inversiones</i>				
Equipamiento	43.718,40	46.472,66	4.714,20	(41.758,46)

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.

El Informe del Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

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* (Valores históricos)

Mes y año	\$
01/94	1.903,00
02/94	10.302,00
03/94	10.302,00
04/94	10.302,00
05/94	9.815,00
06/94	9.815,00
07/94	9.815,00
08/94	11.908,00
09/94	9.815,00
10/94	9.815,00
11/94	9.815,00
12/94	19.630,00
Total contribuciones estatales recibidas	<u>123.237,00</u>

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.

NOTAS A LOS ESTADOS CONTABLES
AL 31 DE DICIEMBRE DE 1994

Nota 1. *Normas contables*

Las normas contables más significativas son las siguientes:

1.1. *Modelo de presentación de los estados contables*

Los estados contables han sido preparados siguiendo los lineamientos enunciados en las Resoluciones Técnicas Nros. 8 y 11 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

1.2. *Consideración de los efectos de la inflación*

Los estados contables han sido preparados en moneda constante reconociendo en forma integral los efectos de la inflación. Para ello se ha seguido el método de ajuste establecido por la Resolución Técnica N° 6 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

1.3. *Criterios de Valuación*

a) *Moneda Extranjera*

Los activos en moneda extranjera han sido valuados al tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio.

b) *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 31/12/94.

c) *Bienes de Uso*

Los Bienes de Uso están valuados a su costo re-expresado menos la correspondiente amortización acumulada. La amortización es calculada por el método de la línea recta, aplicando tasas anuales

suficientes para extinguir sus valores al final de la vida útil estimada. El valor de los bienes mencionados, considerados en su conjunto, no supera su valor recuperable.

Detalle de las inversiones en Muebles y Útiles

<i>Fecha</i>	<i>Detalle</i>	<i>Importe</i>
		\$
04/94	1 Fotocopiadora Xerox	4.590,20
08/94	1 Grabador Sony CFM 145/S	79,00
08/94	1 Grabador Panasonic RQ 51012	45,00
		<u>4.174,20</u>

Nota 2. Composición de los rubros del Activo Corriente

<i>2.1. Caja y Bancos</i>		\$
Caja		723,11
Banco Nación Argentina Cta. Cte.		14.531,70
Moneda Extranjera (U\$S 36 a \$ 0,999)		35,96
		<u>15.290,77</u>
<i>2.2. Inversiones</i>		
Afectación Bonos Externos:	\$	\$
186.712,50 BX 87 a \$ 0,99	184.845,38	
191.812,50 BX 89 a \$ 0,956	183.372,75	368.218,13
		<u>368.218,13</u>
Para Fondo Edificios		128.876,35
Para Fondo Publicaciones		73.643,63
Para Fondo Institutos		73.643,63
Para Fondo Indemnizaciones		36.821,81
Para Fondo Premios y Distinciones		18.410,91
Para Fondo Reestructuración Biblioteca		14.728,73
Para Fondo Libros Biblioteca		11.046,54
Para Fondo Muebles y Útiles		7.364,36
Para Fondo Equipos Computación		3.682,18
		<u>368.218,13</u>

Nota 3. *Composición de los rubros del Pasivo Corriente*

<i>3.1. Deudas</i>	\$	\$
Proveedores Comerciales		5.429,64
Eduardo Bagnardi	379,64	
Vincent Gráfica	5.050,00	
	<hr/>	
Provisión para Publicaciones		15.100,00
Provisión para Mantenimiento Edificios		10.375,00
		<hr/>
		30.904,64
		<hr/>
<i>3.2. Previsiones</i>		
Para Despidos		942,02
		<hr/>

Nota 4. De acuerdo a lo dispuesto por la Resolución N° 6/94, Art. 2° de la Inspección General de Justicia se ha obviado la presentación del Estado de origen y aplicación de fondos y la información contable en forma comparativa.

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.

Nota 6. *Resultados Financieros Netos y por Tenencia*

Resultados Financieros y por Tenencia

Los resultados financieros y por tenencia, expresados en el Estado de Recursos y Gastos, tienen la siguiente composición:

<i>Generados por Activos</i>	\$	\$
Títulos Públicos	9.515,23	
Bienes de Uso	1.236,89	10.752,12
	<hr/>	
<i>Generados por Pasivos</i>		
Resultados por exposición a la inflación		(24.922,92)
		<hr/>
Total		(14.170,80)
		<hr/>

INFORME DEL AUDITOR SOBRE ESTADOS CONTABLES

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 de diciembre de 1994.
- 1.2. Estado de Recursos y Gastos por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1994.
- 1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1994.
- 1.4. Anexo Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia.
- 1.5. Anexos 1 a 4 y Notas que forman parte de los estados contables mencionados.

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 I, presentan razonablemente la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al 31/12/94, 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 general 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 I, surgen de registros contables, llevados en sus aspectos formales de conformidad con las normas legales.
 - 4.2. Al 31/12/94 no existen deudas devengadas, exigibles y no exigibles, a favor de la Administración Nacional de la Seguridad Social.

Buenos Aires, 3 de marzo de 1995.

ÍNDICE

I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

<i>Preludio a la seguridad jurídica.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de abril de 1994	15
Discurso de recepción por el académico Dr. Lino E. Palacio	17
<i>Preludio a la seguridad jurídica</i>	23
<i>Un teorema constitucional: el Poder Ejecutivo, de Max Weber a Charles de Gaulle.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge R. Vanossi en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 24 de noviembre de 1994	49
Discurso de recepción por el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana	51
<i>Un teorema constitucional: el Poder Ejecutivo, de Max Weber a Charles de Gaulle</i>	59
<i>España y las leyes indianas.</i> Disertación pronunciada por el académico correspondiente Dr. Francisco Uriburu Michel, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 28 de abril de 1994	87
<i>Pasado, presente y futuro del derecho concursal.</i> Disertación pronunciada por el académico correspondiente Dr. Adolfo A. N. Rouillon, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 10 de noviembre de 1994	103

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de julio de 1994	125
--	-----

<i>En torno al Jefe de Gabinete. Trabajo basado en la comunicación efectuada por el académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8 de setiembre de 1994</i>	153
Intervención del académico Dr. Horacio A. García Belsunce	167
Intervención del académico Dr. Jorge R. Vanossi	171
<i>Algunos casos de calificaciones controvertidas de bienes en el régimen matrimonial. (Según el proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/1992). Comunicación efectuada por el académico Dr. Elías P. S. Guastavino, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de octubre de 1994</i>	181

III. JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO

<i>I. El comienzo de la personalidad y el Estado. II. Responsabilidad del Estado con respecto a la familia. III. Responsabilidad objetiva en el ámbito del Derecho Civil</i>	205
Palabras del académico Presidente Dr. Enrique Ramos Mejía	207
<i>I. El comienzo de la personalidad y el Estado</i>	209
<i>Comienzo de la personalidad, comunidad y Estado. Por el Dr. Esc. Enrique Arezo Píriz</i>	211
<i>La persona antes de nacer. Por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela</i>	231
<i>II. Responsabilidad del Estado con respecto a la familia</i>	259
<i>Responsabilidad del Estado con respecto a la familia. Por el Dr. Mariano Brito</i>	261
<i>Responsabilidad del Estado con respecto a la familia. Por el académico Dr. Guillermo A. Borda</i>	287
<i>III. Responsabilidad objetiva en el ámbito del derecho civil</i>	293
<i>Responsabilidad y garantía. Por el Dr. Jorge Peirano Facio</i>	295
<i>Pautas y criterios para la evaluación del daño a la persona. Por el Dr. Gustavo Ordoqui Castilla</i>	311
<i>Responsabilidad objetiva en el ámbito del derecho civil. Por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz</i>	353
<i>El concepto de cosa riesgosa. Por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas</i>	363
<i>Los factores objetivos de responsabilidad civil en el derecho argentino. Por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina</i>	369
<i>La responsabilidad objetiva en el derecho del trabajo. Por el académico Dr. Antonio Vázquez Vialard</i>	375

IV. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Panorámica del nuevo proceso civil. Por el académico Dr. Augusto Mario Morello</i>	383
<i>El mapa actual del recurso extraordinario. Por el académico Dr. Augusto Mario Morello</i>	411
<i>La crisis del derecho de prensa. Por el académico Dr. Jorge M. Mayer</i> ..	431
<i>San Martín y la moral cívica. Disertación pronunciada por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela, en el Rotary Club de Buenos Aires, el 17 de agosto de 1994</i>	457

V. HOMENAJES

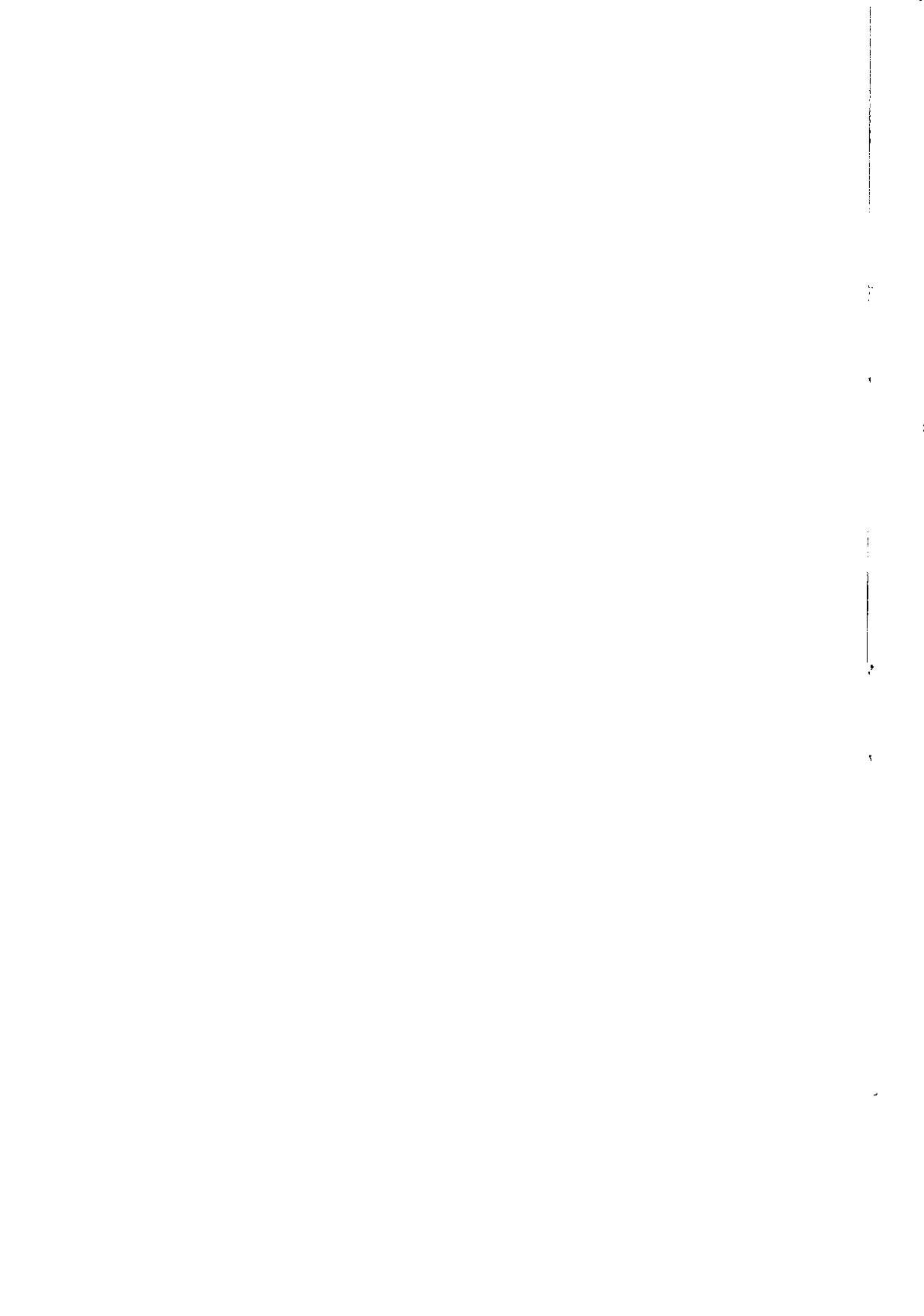
<i>Marco Aurelio Risolia. Palabras pronunciadas en el sepelio del Dr. Marco Aurelio Risolia, el 8 de julio de 1994</i>	471
Palabras del Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Enrique Ramos Mejía	473
Palabras del académico Dr. Horacio A. García Belsunce	475
Palabras del Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, académico Dr. Jorge A. Aja Espil	479

VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

<i>Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires con motivo de la reunión de la Convención Constituyente</i>	485
<i>Declaración en defensa de la vida</i>	487

VII. MEMORIA Y BALANCE

<i>Memoria 1994</i>	491
<i>Balance 1994</i>	505



Se terminó de imprimir
en el mes de agosto de 1995, en
VINCENT GRÁFICA S.A.,
Del Barco Centenera 676, Buenos Aires.

