

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO XLVI - NÚMERO 39
2001



BUENOS AIRES

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA EPOCA
AÑO XLVI - NUMERO 39
2001



BUENOS AIRES

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

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
Todos los derechos reservados
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 48129327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
I.S.B.N. 950-527-811-X

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

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 39.

SERIE II – OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTIN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
- 6.- *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RIO.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RIO.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUIN G. MARTINEZ.
- 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 ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).*
- 20.- *Conferencias y Estudios, por HECTOR P. LANFRANCO.*
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.*
- 22.- *Derecho y Realidad, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 23.- *Las cinco Argentinas, por JORGE M. MAYER.*
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.*
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional, por JORGE M. MAYER.*
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis, por JORGE M. MAYER.*
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional, por ALBERTO LUIS ZUPPI.*
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El Derecho Marítimo alemán*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Horacio A. García Belsunce

Vicepresidente

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Secretarios

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

Académico Dr. Félix A. Trigo Represas

Tesorero

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Jorge A. Aja Espil
Académico Dr. Julio César Cueto Rúa

ACADEMICOS DE NUMERO

por orden de antigüedad

	Nombre del sitial	Fecha
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. 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	19 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	15 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bernejo	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
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Carlos María Bidegain	José María Moreno	8 abril 1999
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001

ACADEMICO EMERITO

Dr. Manuel Rfo

23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Georges Vedel	Francia	1 julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussovarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalla	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. 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. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer	España	9 agosto 2001

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

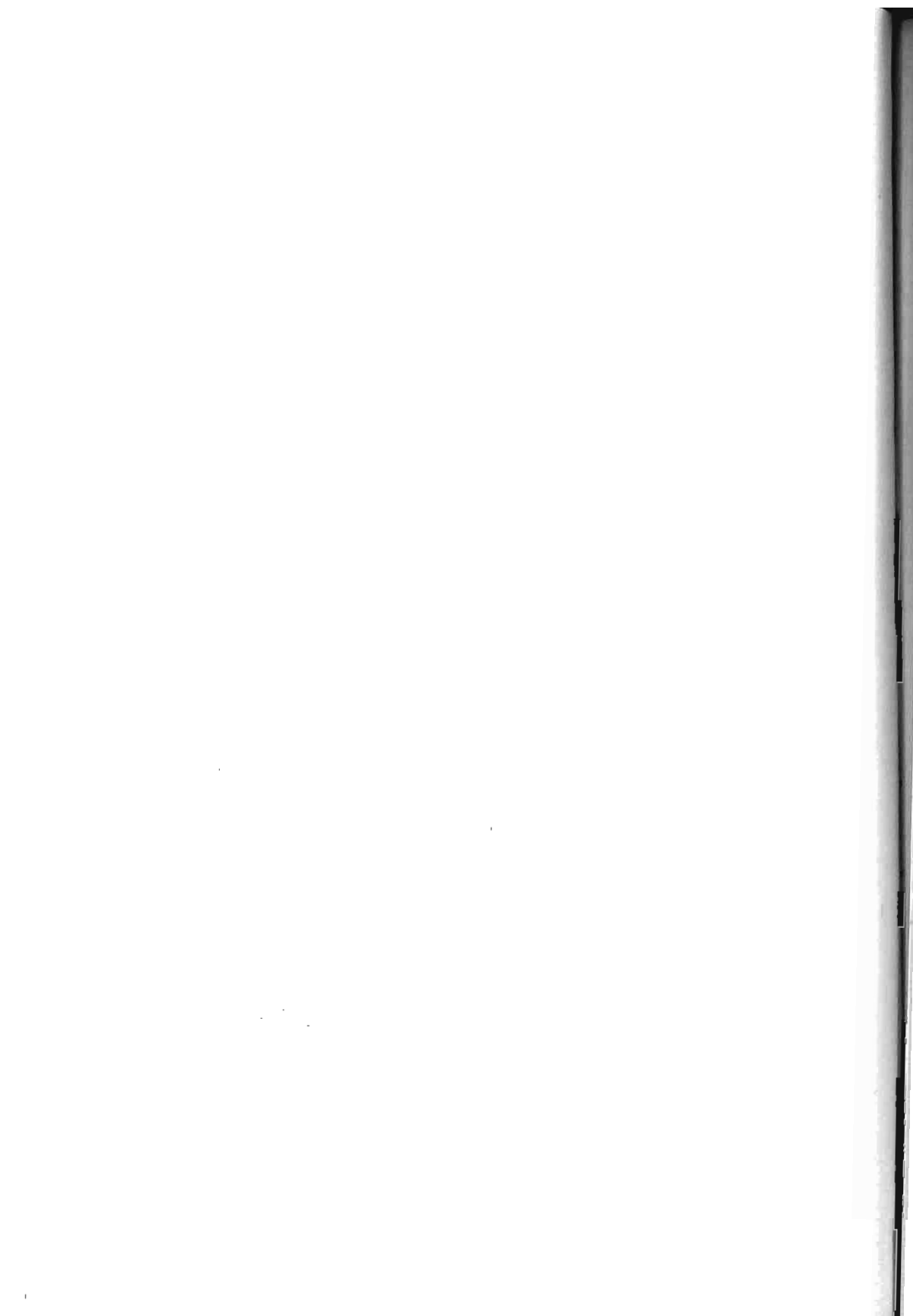
- | | |
|-------------------------------|---------------------------------|
| Dr. Carlos Alberto Acevedo | Dr. Juan A. González Calderón |
| Dr. Carlos A. Adrogué | Dr. Dimas González Gowland |
| Dr. Juan Alvarez | Dr. Aquiles H. Guaglianone |
| Dr. Octavio R. Amadeo | Dr. Elías P. S. Guastavino |
|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

Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Angel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Rfo
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José Marfa Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra

Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio 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 Wilmar de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Clodomiro Zavala
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PUBLICAS



PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales abre hoy sus puertas, adornada con la presencia de todos ustedes, para recibir al nuevo Académico titular doctor Santos Cifuentes, que fuera designado por unanimidad del Plenario Académico el 14 de setiembre pasado.

Con su incorporación la Academia se enriquece por sumar en sus claustros a una personalidad que se ha destacado en los ámbitos de la magistratura, de la docencia y de la doctrina.

Juez Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil desde 1969 hasta 1994. Es profesor titular por concurso de la cátedra de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Salvador y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina.

Ha escrito varios libros entre los que se destaca "Los derechos personalísimos", que hace al tema que ha elegido para su disertación. Autor de un centenar de artículos y notas en revistas especializadas sobre temas de derecho civil, ha pronunciado más de 50 conferencias en jornadas y congresos nacionales e internacionales.

El doctor Cifuentes nos hablará a continuación sobre el tema "*Protección jurídica de la vida privada y la identidad de las personas*". Este tema

(*) Palabras de apertura del acto público de incorporación del Académico doctor Santos Cifuentes, en la sesión pública del 12 de julio de 2001.

gira alrededor de la libertad como derecho subjetivo, que hace a la esencia del derecho constitucional, del que muchas veces se ha dicho que es el derecho de la libertad. Muchas páginas se han escrito en la literatura y en la doctrina jurídica y política para exaltar el concepto de la libertad. Tiempo ha que el manco de Lepanto puso en boca de Don Quijote: "La libertad, Sancho, es uno de los más preciados dones que a los hombres dieron los cielos. Con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra y el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, pues el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres". En nuestros tiempos, el ilustre Obispo de Temnos, Monseñor Miguel de Andrea, en momentos en que el púlpito de la Iglesia de San Miguel era su tribuna y sus verdades le costaron la detención, dijo que la vida sin libertad no vale la pena ser vivida.

El derecho a la intimidad o a la privacidad que algunos sostienen que son conceptos distintos aunque para esta introducción yo los considero similares, supone la tutela jurídica de la vida privada, el *right of privacy* de los anglosajones. Este derecho tiene su fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional cuando dice "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". El art. 1071 bis del Código Civil constituye su reglamentación. La *exteriorización* o la *exterioridad* de una acción no alcanza a sustraerla del concepto de privacidad en tanto no exceda los límites señalados por el citado artículo 19.

Un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, después de esclarecer el alcance del concepto de privacidad, reconoció a ella jerarquía por sobre el derecho a la libertad de expresión, agregando que la privacidad se da no sólo frente al Estado sino también frente a los particulares.

La Corte ha interpretado también que si bien el art. 19 protege la intimidad cuando no ocasione daño al orden y la moral pública ni perjudique los derechos de terceros, a *contrario sensu* reconoce el derecho al resarcimiento del daño respecto de las acciones privadas que exceden dichos límites.

Ejemplos prácticos en los que se ha debatido el tema del derecho a la privacidad son las cuestiones relativas a la objeción de conciencia, el

consumo de drogas, el derecho al silencio o el secreto, sea profesional, fiscal o bancario, así como la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados que garantiza el art. 18 de nuestra Ley Suprema.

La segunda parte del tema elegido por el doctor Cifuentes se referirá al derecho de identidad personal. El individuo tiene una identidad estática (nombre, filiación, nacionalidad, etc.) y una identidad dinámica que está representada por la proyección al exterior de su plan o programa de vida. Es el derecho frente a los demás de ser *uno mismo* conforme a su propia acción.

No debo seguir extendiéndome en estas consideraciones a título de introducción, inspiradas en la atracción que siento por el tema, pues sé que no debo restarle tiempo al doctor Cifuentes. Las palabras de recepción en nombre de la Academia estarán a cargo del Académico titular doctor Augusto Mario Morello, designado al efecto.

Cumplo ahora con el deber protocolar, que es para mi un honor y una gran satisfacción, de hacer entrega al doctor Santos Cifuentes del diploma y la medalla que lo acreditan como miembro de esta Corporación. ♦

DISCURSO DE RECEPCION

POR AUGUSTO M. MORELLO (*)

I. Se formaliza en este grato acontecimiento la incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, como miembro de número, del Dr. Santos Cifuentes.

Su designación distingue a un cabal jurista, de personalidad ponderada, inquieta, culta y armónica, devoto del Derecho, que exhibe una envidiable trayectoria y exquisitas contribuciones al esclarecimiento y progreso de las disciplinas jurídicas.

Enseñó como profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de la Universidad Nacional de Buenos Aires y otras altas Casas de Estudios: del Salvador, Católica Argentina y del Museo Social Argentino. Es académico extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Su producción jurídica es vasta y profunda, y porta como buque insignia un libro consagratorio, *Derechos personalismos* (dos ediciones) y sólidos arbotantes del edificio del derecho privado: *Elementos de Derecho Civil* (Astrea, 4 ediciones) y *El negocio jurídico*, y en coautoría con los Dres. Tiscornia y Rivas Molina, *Juicio de insania y otros procesos de incapacidad* (Astrea, 1986). Es, asimismo, autor de numerosas monografías sobre diferentes temas de vanguardia en el ámbito de sus amores, el Derecho Civil, que van jalonando, sin pausa y con agudas reflexiones y propuestas, la lucida vocación de estudioso, docente e investigador que retrata, sin embargo, sólo una ladera de sus preferencias, en tanto la experiencia propia y preocupante del derecho vivido

(*) Discurso de recepción del Académico doctor Santos Cifuentes, en la sesión pública del 12 de julio de 2001.

—el mundo de la justicia y la composición justa y adecuada de casos y peticiones de la más vasta perspectiva— lo contaron como dúctil y activo Juez de Primera Instancia y posteriormente de la prestigiosa Alzada metropolitana en donde labró infinidad de macizos votos que hicieron sentencia y enriquecieron el panorama de una desafiante transición cuando acaba una época y se recortan las orillas de una nueva Cultura Jurídica en los torbellinos de rebeldes dificultades, cambios de mentalidad, aperturas y flexibilizaciones de las interpretaciones, métodos interdisciplinarios con los cuales abordar los fenómenos que disparan una compleja y acelerada sociedad.

Que, además se espeja en el derecho comparado y en las pautas guías que suministran los Tribunales transnacionales de Europa y América, matizando el amanecer del Estado de Justicia con el cual se dará fisonomía cabal al Estado de Derecho. Que al final de la centuria que nos dejó y restañando los eclipses y sombras de tantas desasosegadas noches ha extendido los Derechos Fundamentales y ha puesto en una era renovada el contenido, número y efectividad de las garantías, sin las cuales el Derecho, en verdad, no cobra virtualidad.

En esta circunstancia hemos sido convocados para escuchar las reflexiones del nuevo rescinpendiario, su prédica tenaz siempre fecunda en observaciones sagaces, que son gozosamente recibidas por sus destinatarios, que vuelven sobre ellas a fin de meditarlas porque, como él, tienen el honesto propósito de mejorar la normativa existente, afirmar el rol ordenador del Derecho, afirmar la paz social y realizar la Justicia.

II. Toléresenos algunas acotaciones que el acto suscita.

a) Pocos días atrás el académico Dr. Horacio García Belsunce, al pronunciar su primera manifestación pública como titular del Cuerpo, enfatizó sobre algunos puntos decisivos que marcarán el sentido de sus obras y, por ende, de quienes le acompañan. Señaló que la Academia sabe escuchar los ruidos y reclamos de la comunidad; que lejos de aislarse se abre al medio y cuando es pertinente, formula su parecer en este complicante y desorientado momento del ser nacional. Que la involución de nuestra cultura y aspectos morales, la devaluación de la justicia y el golpeteo continuo de la corrupción obligan al hombre de Derecho, con sensatez y firmeza, a recobrar la ruta histórica.

Al instarnos a trabajar intensamente en rededor de sus Institutos, Jornadas y publicaciones, con humildad, tesón y perseverancia, ha enfatizado, asimismo, en que podremos ayudar a que el desánimo no venza a la esperanza y que el circunstancial desencanto por el Derecho será pasajero en la medida en que con optimismo constructivo se derrame, nuevamente, sobre el espíritu colectivo, las ilusiones y los proyectos que marquen al nuevo horizonte.

Expresó, igualmente, el Dr. García Belsunce, que en un momento acogedor y sugerente de nuestra Casa académica, tendremos que redoblar las energías y horarios para *hacer más cosas*.

Y en eso estamos, como lo evidencia este cálido y significativo acontecimiento.

Quien les habla lleva ya en nuestra Corporación quince años, que en la estructuración de los conglomerados de la aventura humana, representa a una generación (Ortega y Gasset, Marías).

La nostalgia de maestros y figuras mayores que ya no están, el recambio y la sabia renovadora confirman la fuerza de nuestra entidad, y la fiel correspondencia con el pensador de Madrid. En efecto, alguna vez Ortega y Gasset representó a la generación como una caravana dentro de la cual va el hombre prisionero, pero a la vez secretamente voluntario y satisfecho. Fiel a las ideas y usos de su tiempo.

De cuando en cuando apuntaba otra generación inyecta en aquella sus propias vivencias. Y entonces, como felizmente ocurre entre nosotros, se produce una síntesis en la que se mezclan ambas, sin que esa fusión sea caótica ni produzca la disgregación de sus identidades y rasgos plasmando una instancia superadora' (*Qué es la filosofía*). Ese crisol es nuestra Institución.

III. El académico que con tanto beneplácito recibimos ocupará el sitial que lleva el nombre de Bartolomé Mitre y es una maravillosa asociación porque es en estos delicados instantes de nuestro país en que existe una angustiada apelación a las venerables presidencias históricas que, paradigmas insustituibles, iluminan la escena. Son la educación sarmientina, en lo que hemos declinado en casi todo; la honradez y sacrificio de Nicolás Avellaneda, y la búsqueda de consensos y la fir-

meza del estadista Mitre. Y fue Mitre, al colocar la piedra basal al edificio de la Justicia, quien destacó: “Busqué a los hombres que en la Corte Suprema fueran un contralor imparcial e insospechado de las demasías de los otros poderes del Estado, y que viviendo de la oposición dieran a sus conciudadanos la mayor seguridad de la amplia protección de sus derechos y la garantía de una total y absoluta independencia del Alto Tribunal”.

Si retornamos a las raíces podremos relanzarlos a la conquista del Futuro. Por eso el que aquí se protagoniza es un acto de fe, de iluminada y responsable confianza en que por delante están los días mejores.

IV. En la calidez de ese encuentro un filoso tema de vanguardia, el de los derechos personalísimos es un arco iris que irradia fulgurantes exteriorizaciones que lo ubica en el centro del firmamento jurídico como lo corrobora el que el maestro y académico don Guillermo A. Borda al dirigir una reciente obra, haya procurado abastecerlo con originales y prudentes aportes.

Lo puntualizado pone de manifiesto la sensible responsabilidad de jurista de nuestra época del Dr. Cifuentes que en una de las esquinas mas agudas en el roce y fricción de los Derechos axiales a la privacidad, al estar a solas y a la embestida de la prensa, nos abastecerá de sagaces argumentos y esclarecedoras reflexiones, porfiando por delimitar sus contornos y límites y la medida del reconocimiento de cada una de ellas; acerca de lo cual ha anticipado que “si bien se mira la vida humana es mucho más privada que pública” (*La protección de la intimidad y la libertad de prensa*, en la obra citada “La persona humana”, dirigida por el Dr. Guillermo A. Borda, LL, 2001, pp. 287 y ss.; la cita en p. 295).

V. En ese clima de comprensión, de respeto por el pensamiento de los otros, con regocijo de sentirnos útiles, al cederle la tribuna al Dr. Cifuentes hago mío lo que proponía el inolvidable Dr. Marco Aurelio Risolía: estar atentos y disponernos a escuchar un prometedor análisis de tan meduloso asunto —el de los derechos personalismos— de quien oficia como productivo y fértil estudioso del Derecho.

Bienvenido académico don Santos Cifuentes, quien sois recibido en el seno de nuestra Academia con alegría, máxima consideración y los mejores augurios. ◆

PROTECCION JURIDICA DE LA VIDA PRIVADA Y DE LA IDENTIDAD PERSONAL

POR SANTOS CIFUENTES (*)

SUMARIO: I. Introito. — II. Recuerdo del Patrono. —
III. Semblanza del antecesor en el sitial. — IV. Desarrollo
del tema. — V. Final.

I. Introito

A partir del comienzo de mi formación jurídica tuve por las Academias, en particular la que me recibe, respetuosa admiración, pues veía en ellas la cumbre del pensamiento sin fronteras, las sentía distantes de toda inclinación interesada como no fuera por el progreso a través de la investigación y el estudio, imparciales, libres y, casi siempre, oportunas en la reacción para señalar los males que pudieran dañar a la sociedad. Era un firmamento de estrellas lejano, un casi imposible, la cúspide final de una trayectoria, a la que siempre aspiré pero que nunca pensé que habría de merecer, y aún lo pienso atribuyendo esto de estar aquí, a la bonhomía de los juristas que la componen. Cuando en el curso del año pasado recibí la noticia del entonces presidente de esta corporación, Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz, de que un grupo de Académicos, Dres. José Domingo Ray, Augusto Mario Morello, Eduardo Aguirre Obarrio y Lino E. Palacio, me habían propuesto para ocupar un cargo vacante, se envaneció y al tiempo turbó mi espíritu. Sentí un cimbronazo en la espina dorsal, el cimbronazo de la emoción. Sin habérmelo propuesto, cuando menos lo

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación como académico titular, en la sesión pública del 12 de julio de 2001.

esperaba, quedé a las puertas de la alta cumbre. Y, cuando después, el 14 de septiembre de 2000, se me informó la designación en sesión privada por voto unánime, todo aquello sentido en la etapa anterior se hizo real y presente y llegué a percibir con más fuerza las responsabilidades que siguen a la incorporación. Hoy lo vivo conmovido y lo agradezco a los nombrados y a los demás académicos que me hicieron entrar en esta ya mi segunda familia, la que vuelve plena mi vocación de hombre de derecho y a la que prometo aquí, en público, entregar mis mayores esfuerzos para cooperar en su labor y brillo.

Del Dr. Martínez Ruiz guardo algunos recuerdos ya lejanos. Lo veo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, impartiendo magistral clase, micrófono en mano, a numerosos alumnos —yo era uno de ellos— en la amplia aula Gral. Belgrano, en donde no cabía un solo discípulo más. Atentos, respetuosos y bebiendo los conocimientos que impartía con gran erudición. Trataba temas de Derecho Civil, Parte General, la que fue después mi materia preferida en la enseñanza y en mi producción escrita, porque encuentro en ella raíces filosóficas y formativas del abogado que lo apuntalan para conocer el universo del derecho. En época ya más reciente, año 1982, lo recuerdo en el Salón Rojo de esa casa de estudios, desde un alto estrado cuando me examinaba el jurado de oposición integrado, nada menos que por él y los maestros, también académicos, Marco Aurelio Risolía y Federico Videla Escalada. Hablé en la ocasión, ante el exigente tribunal, de las nulidades en los actos jurídicos, y me fue bien, incorporándome a la cátedra como titular. Tengo muchos otros recuerdos de este gran señor y sé que en la vieja casa de la facultad de Las Heras, fue condiscípulo con mi padre, abogado que me puso en el camino de esta carrera y que lo mencionaba con afecto y consideración. Pero aquellas imágenes del profesor y del examinador, quedaron para siempre en mi memoria como una estampa imborrable de otros tiempos y de otras luchas.

Hoy, el Académico Presidente Dr. Horacio García Belsunce con su conocida oratoria ciceroniana ha abierto el acto, dando muestras de su maestría y generosidad. No menos ciceroniana ha sido la presentación de Augusto Mario Morello, con aquellos particulares y singulares giros de su expresión que me place destacar, y que alguna vez estimé que formaban una escuela, la que ya se puede llamar la escuela "morelliana". Conocía de hace muchos años la liberalidad de sus gestos amistosos, porque lo he tratado en jornadas y congresos, apreciando su infatigable

laboriosidad, la finura de su espíritu, la amabilidad de su trato y la benevolencia de sus juicios y estimaciones. Todo esto se repite aquí, en este recinto, con creces.

A los dos muchas gracias.

II. Recuerdo del Patrono

El sitio que ocupó tiene como patrono a Bartolomé Mitre. A partir de la llegada a fines del siglo XVII desde España a las riveras del Plata, del tatarabuelo veneciano, llamado Ventura Demetrio, apellido después transformado en de Mitre, para ser más tarde sólo Mitre, este nombre se ha convertido en un nombre mágico, al que nuestro país le debe mucho de lo positivo que tiene. Su personalidad polifacética no creo que pueda ser superada por otros creadores de la patria. Sarmiento, por ejemplo, fue uno de esos hombres que pueden considerarse geniales, porque tuvo los arranques y visiones propios de una misteriosa inspiración, a veces desmedida, a veces temperamentalmente desbocada pero siempre de proyección superior y de un talento admirable, más allá de toda explicación. Mitre, sin llegar a aquel tipo de arrebatos sublimes, todo lo realizó con firmeza y sabiduría, dando cuenta de una versatilidad asombrosa. Desde ese punto de vista de su actuación en todos los órdenes de la vida, dedicada en su mayor parte a la patria, no parece posible sobrepasarlo. Fue militar triunfante en más de una ocasión y la Nación le debe muchas glorias; estadista y político de alto fuste; gobernante exitoso y querido; pensador profundo, periodista, narrador, poeta e historiador inigualado, al que habrá que acudir siempre que queramos investigar nuestro pasado en las luchas por la independencia; e inclusive, sin título universitario, transitó por lo jurídico con firmeza y claros conocimientos.

En uno de los números de entonces de la revista Caras y Caretas, tras una caricatura del prócer se difundió este versito:

“Militar, escritor, gobernante
larga serie de triunfos evoca
y por si eso no fuera bastante
nos tradujo el poema del Dante
y se puso de acuerdo con Roca”.

En su labor periodística cuando estaba exiliado en Chile, en el año 1849, tuvo bajo su dirección el diario "El Progreso", en donde combatió entre otros muchos males de la época, la ley de los mayorazgos y la intolerancia religiosa, luchando también por la libertad política y de comercio. Al fundar más tarde en aquel país el periódico "El Comercio", siguió sin dar tregua esa prédica.

Cuando en abril de 1852 dirigió en Buenos Aires *Los Debates*, en donde publicó poemas y críticas bibliográficas, expuso en la editorial del periódico su "Profesión de fe", destacando entre otras concepciones la necesidad de la organización constituyente, el federalismo y la libertad de prensa, poniéndole a ésta el límite de la inviolabilidad de la vida privada. Ha recordado el Académico Jorge M. Mayer, que el entonces coronel Mitre presentó a la Sala porteña de Representantes, el 17 de mayo de 1852, un proyecto de ley "para que la paz no sea turbada y que la mano atrevida del libelista insolente no descorra el velo pudoroso de la familia, arrojando una mirada audaz en el recinto inviolable del hogar" (1). Calificó José S. Campobassi, de enjundioso tratamiento jurídico a su trabajo sobre el régimen municipal, titulado "La reorganización de las municipalidades de provincia" (2). Es fama su predica por la libertad de prensa, pero sin admitir los agravios. Cuando por un periódico, *La Crónica*, fue calumniado, Mitre llevó a la justicia al culpable con un magistral alegato "*in voce*" sobre legislación y jurisprudencia de delitos de imprenta. Ganó el juicio y destinó la indemnización cobrada a obras de beneficencia, pero siempre entendió que había falta en el agravio personal y no en el comentario político. El informe escrito redactado por Mitre del despacho de la comisión del congreso constituyente de la provincia de Buenos Aires, elaborado el 25 de abril de 1860, hizo un análisis completo, preciso y fundado de la Constitución Nacional y de sus materias, para señalar los puntos que debían reformarse (3).

Entretantoslogrosno debe olvidarse, y está bien que cada tanto se ponga de manifiesto, su labor como presidente de la Nación en el progreso de la formación definitiva de la república y en el apuntalamiento de las reglas de

(1) MAYER, Jorge M., "El derecho de respuesta", *Anales*, Segunda época, Año XXXI, n° 24, p. 73.

(2) CAMPOBASSI, José S., "Mitre y su época", p. 87.

(3) CAMPOBASSI, op. cit., p. 101.

derecho para encauzar la vida ciudadana. Es así que el 16 de octubre de 1862, obtuvo del Congreso la aprobación de la ley N° 27 que organizó el Poder Judicial de la Nación. Quedó en sus manos la elección para el nombramiento de los primeros jueces de la Corte Suprema, y propuso juristas que eran una verdadera garantía de probidad y sapiencia. Pudo entonces decir que buscó a los juristas que "viniendo de la oposición, dieran a los conciudadanos la mayor seguridad de la amplia protección de sus derechos y la garantía de una total independencia del alto tribunal" (4). Oh! tiempos, uno podría pensar. Cuánto ha cambiado es erecto desinterés y cuán insostenibles se vuelven hoy muchos casos de presidentes que, a la inversa, sólo piensan en que se designen amigos, socios o amigotes, algunos sin ninguna trayectoria de la que pueda sostenerse que son los más idóneos, otros fácilmente influenciados, con el descarado propósito de no sentir sobre las espaldas el control que nuestra ley fundamental ha previsto.

Los proyectos del Poder Ejecutivo obtuvieron la sanción de las leyes N° 48, 49 y 50. Las que fueron de larga y trascendental trayectoria. La primera de ellas de más de 130 años de vigencia, es hoy permanentemente invocada y aplicada como recurso cotidiano para obtener la intervención del máximo tribunal en su labor constitucional. Fue también por su impulso que se inició la codificación y de tal modo se regló la vida ciudadana a través de los códigos de Comercio y Civil, encargado éste a Don Dalmacio Vélez Sarsfield.

Nos dice la biografía, se retiró tan pobre como había llegado a la presidencia. Caracterizados vecinos porteños reunieron fondos para adquirir la propiedad donde vivía y donársela, la de la calle San Martín entre Sarmiento y Corrientes. El 23 de enero de 1869 se firmó la escritura de dominio, con la fundamentación de que el donatario "desciende a la vida privada en condiciones modestas, por la exigüidad de las retribuciones con que la Nación recompensa todos los servicios, sin distinguir los que implican y simbolizan la abnegación de los ciudadanos que le consagran la plenitud de sus facultades..." Y allí en esa vieja casona estilo colonial de fines del siglo XVII, vivió hasta su muerte ocurrida el 19 de enero de 1906 (5). Y uno vuelve a pensar Oh! tiempos, qué diferencia cuando se ha visto en los que corren a personajes que ejercieron el poder y terminaron amasando fortunas que antes de encumbrarse y desempeñar altas magistraturas no

(4) DE MARCO, Miguel Angel, "Bartolomé Mitre", ps. 292 y 293.

(5) CAMPOBASSI, op. cit., p. 236.

tenían, como si emularan, con una especie de réplica de fantasía oriental, a algún famoso cuento de las "Mil y una noches". Pero no perdamos señores la esperanza, pues aún puede ser que recibamos en la Argentina alguna vez, a alguien de la estirpe y temple de los Demetrios, y aparezca entonces entre nosotros un nuevo Presidente Mitre.

Son algunos pocos ejemplos en la faz jurídica, dentro de las innumerables actividades de nuestro prócer, académico honorario de esta Academia desde 1885. No puedo dejar de estar orgulloso de ocupar el sitial que lleva su nombre y aquí lo manifiesto con esta rapidísima reseña, no pareciéndome necesario detenerme, pues quien no conoce a Mitre tampoco conoce la historia de la patria. Su figura se estudia desde el paso por la escuela y ha sido siempre motivo de análisis, homenajes y recordaciones.

III. Semblanza del antecesor en el sitial

El ilustrado académico a quien sucedo en este sitial, Dr. Ambrosio Romero Carranza, nació en la Provincia de Buenos Aires, San Fernando, el 24 de febrero de 1904 y falleció el 15 de enero de 1999. Tuvo diversas actuaciones en la justicia, pues pasó de meritorio en un Juzgado Federal a Defensor de Menores y Fiscal del Crimen en San Juan, secretario más tarde en un Juzgado Criminal y Correccional Federal, hasta llegar a juez de la Cámara Federal de Apelaciones, cargo que debió resignar por no admitir las seducciones de los personeros de la segunda tiranía, que pretendieron atentar contra su independencia, como dijo el académico Manuel Río que lo recibió como miembro de número en 1968, mostrando así su temperamento invulnerable e imparcial en el camino de afianzar la justicia. Fue también miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y fundador del "Seminario de Estudios de Historia Argentina". Nos ha informado el Académico Dr. Alberto Rodríguez Varela, que se considera su discípulo, que escribió 17 libros, el primero "El triunfo del cristianismo" y el último, a los 93 años en 1997, que se tituló "Luz en la tierra" (6). Esta muy rápida revista, es apenas un esbozo de su vida y obra, pero que en su sumario contenido, muestra ya la importancia de la personalidad que me toca suceder. Me siento colocado en el centro de aquella frase conocida, que dice: "con témor y temblor".

(6) RODRIGUEZ VARELA, Alberto, "Evocación de Ambrosio Romero Carranza", Anales, N° 37.

Incansable luchador por las instituciones y los principios de derecho político que hacen fuertes las naciones, virtuosos sus gobernantes, apacible, segura, progresista y recta la vida individual y social. Conocida es la entrañable fe católica de Romero Carranza. No hay escrito jurídico o histórico de su pluma, conferencia, estudio o comunicación en el que no haya dado muestras de una creencia sin tacha, desvelos ni fisuras. Mostraba en esto un carácter indeclinable, una espiritualidad superior. Los que como yo, carecemos de tal virtud, de similar templanza y por veces navegamos en las aguas de la duda, en las inseguras corrientes de los interrogantes, las zozobras y los cuestionamientos, no estamos en condiciones de darla a conocer. Lo dejo, pues, para los espíritus enteramente a fines.

Pero en la obra de Romero Carranza, se desarrollan temas e ideas con los que tengo sí una afinidad total, sin resquicios, y en los que me puedo detener sin temores. Me refiero a su perfil democrático, republicano, liberal, acusador de todo totalitarismo de izquierda o de derecha, contrario al caudillaje, a las tiranías, a los gobiernos con metodología maquiavélica, corrupta. Alertaba y combatía el ejercicio de la magistratura política desentendida de los frenos y directivas de la ley. Era un cultor de la historia y del Derecho Político. Un enemigo acérrimo de los dictadores y de los regímenes dictatoriales, como el de Rosas, Perón, Hitler, el comunismo, el anarquismo y tantos otros. Los denunció frontal y públicamente, sin ahorrar nombres ni palabras, con valentía y por eso sufrió la cárcel, pero no por el superficial aspecto de los malos actos de gobierno o de sus errores y medidas arbitrarias, sino principalmente porque actuaron al margen de la ley, contrariando los principios del estado de derecho, desatendiendo el bien común.

En tal sentido, se le oyó decir algunas veces que los “derechos” tienen alma y cuerpo, y que en derecho político es mayor la importancia del alma que del cuerpo. El alma es el pensamiento, las ideas que los informan y dirigen, mientras que el cuerpo son las realizaciones en la vida de los pueblos, como las leyes, códigos y recursos. Pero si aquellas ideas del alma son erróneas, la organización estatal se convierte en una cárcel, un matadero o un instrumento de permanente servidumbre. Y esto ocurrió en Alemania con el antisemitismo de la doctrina política nazista, que exterminó un pueblo y llevó a la muerte a cincuenta millones de personas en la guerra desatada por Hitler, para hacer triunfar la doctrina de la superioridad de la raza aria.

También se le oyó decir, siguiendo a Maritain, que el bien común supone a los derechos humanos y que una política injusta, inmoral y despótica atenta contra el bien común. Cuando se produce tal realidad política hay tres actitudes posibles: irse del país, exilarse a lugares donde se respete nuestra personalidad; bien, consentirla para no perecer, acomodarse a la realidad política; o si no, resistir, luchar con coraje. Y esta última es la que Romero Carranza propugnaba en todo momento, levantando la bandera de la resistencia a la opresión.

No se oponía a todo cambio. Porque la vida, como el cuerpo humano a través del crecimiento y su posterior decrecer, cambia de continuo, tanto individual como colectivamente, pero existe algo que permanece, que no cambia, como en el cuerpo las funciones que cumplen los órganos. Es fácil destruir, basta un tanto de audacia. Para construir pocos son los constructores, pues se necesita inteligencia, trabajo y constancia. Lo que no está a la deriva de los cambios son los principios políticos universales. Por un lado los que provienen de la ley natural, cuyo conocimiento aumenta a medida que se desarrolla la conciencia moral de los hombres. Las leyes no escritas se convierten en leyes humanas escritas y de acuerdo con ese dinamismo los derechos humanos adquieren forma política en la comunidad. Debe respetarse la autoridad y la libertad humana que es lo más grande y lo mejor, pero la corrupción de lo mejor, dijo, es lo peor. No podemos dejar que ella sola sea la base del orden social y político.

Propiciaba el derecho a la resistencia a la opresión y también, en ciertos casos, recordando a Alberdi que así justificaba la lucha contra Rosas, la intervención extranjera por razones de humanidad, porque hoy más que nunca, sostenía, es el único modo posible que tienen los pueblos oprimidos para libertarse. Piénsese en lo que no hace mucho hemos visto en las guerras de Irak y Kuwait y en la de los Balcanes, para dar confirmación a ese aserto. Era acérrimo defensor del gobierno impersonal de la ley. Bregaba contra el caudillaje, la entrega de la suma del poder público, no justificaba el tirano ni el llamado hombre providencial, de ahí su coincidencia con el pensamiento y accionar de Mitre.

Con ocasión de la semblanza que hizo de Clodomiro Zavalía, dijo que la grandeza de un hombre no se mide sólo por su brillo, fama y logros, sino que el auténtico sello de grandeza está en la armonía de su vida, como una sinfonía en la cual todos los tiempos se complementan y se encuentran

bien o questandos. Deben aquellos éxitos estar acompañados de las virtudes en la vida íntima o privada.

Pienso que en gran medida se debe a su pluma y trabajos de investigación, que no cayera en el olvido uno de nuestro grandes hombres de la historia, me refiero a Félix Frías, al que dedicó muchas páginas y, junto con Juan Isidro Quesada, publicó un extenso, ilustrado y erudito libro en 1995, que es posiblemente, hasta donde puedo conocer, la más completa obra biográfica sobre ese pro hombre argentino.

Para dar fin a esta semblanza, traigo aquí su elevada concepción de la amistad, precisamente al referirse a la que unió a Alberdi y Frías. Dijo que la amistad se convierte en un instrumento indispensable para desarrollar el intelecto, el sentimiento y el altruismo, sin los cuales se vive como un salvaje hurraño y no como una persona civilizada y cristiana. El amigo es como un otro yo que dobla nuestra fuerzas del espíritu y nos impide caer en los males de la soledad.

Dejo flotar en el ambiente esta última frase que me conmueve por su sensible profundidad y cierro la recordación de mi antecesor para iniciar el recorrido del tema que me hoy me ocupará.

IV. Desarrollo del tema

Estos temas se refieren a dos de los derechos personalísimos que derivan de la integridad espiritual del hombre. He querido hacer una suerte de comparación teórico-jurídica, para mostrar las diferencias conceptuales, no siempre comprendidas, que necesariamente se reflejan y trasladan en la extensión y modo de concretar la protección de cada uno. Me ocuparé, como ustedes saben, de la tutela jurídica de la intimidad y de la identidad personal.

El orden jurídico constitucional reúne la mayoría de los principios que nos organizan como sociedad. Expresa o implícitamente se encuentran allí los valores, los derechos y las garantías de las personas sin quedar resquicios o vacíos pues, los arts. 33 de la Constitución y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cierran herméticamente y con vocación de totalidad el conjunto, admitiendo todos aquellos que no han sido enumerados pero que nacen de la soberanía del pueblo y son propios de la forma republicana de gobierno, o, como dice la segunda de esas normas, "que son inherentes al ser humano". En este caso de los derechos

no enumerados se encuentra precisamente la identidad personal. Es un orden generoso, lo más perfecto posible y liberal. Pero si en el devenir de la vida y sus contingencias, por veces felices, por veces desgraciadas y hasta trágicas, el ser humano de la Argentina puede pararse de cara al mundo y decirle que goza del supremo amparo de las libertades y de sus derechos, con una amplitud de la que se resienten muchas otras naciones, no por ello debemos creer que basta ese orden jurídico básico y que es innecesario bajar a la arena de las aplicaciones concretas. La Constitución y los tratados internacionales a ella incorporados, en la parte dogmática de su composición configuran un conjunto de declaraciones, de enunciaciones. Imprescindibles en su generalidad, en su abstracción esencial, que además de señalar nuestro carácter, permiten construir defensas allí donde el olvido y la desidia del legislador ha dejado una peligrosa laguna. Aunque ello no es todo, es sí una gran intención, un programa director. Falta aún lo concreto, la diferenciación y las reglas particulares que den pie al intérprete y al científico para abrir, en el abanico de las realidades, las soluciones prácticas. He observado que, muchas veces, encandilado el jurista por esos amplios principios tan estimables y caros, se delinean soluciones no siempre acertadas ante determinadas situaciones, que se originan en la existencia varia y cambiante de los tiempos y de su infinita gama de conflictos con aristas propias.

Por lo expuesto creo necesario, antes de avanzar sobre los medios de tutela, algunos de los cuales se originan en reconocidas garantías constitucionales, dar ciertas pautas de ubicación y enlace que, desde ya, no son todas, porque la materia se relaciona entrañablemente con el hombre, se hermana y se construye con su propia complejidad individual y social, y está fatalmente comprometida con la evolución de la sociedad, el progreso y las ciencias. Es difícilmente abarcable en corto tiempo.

Creo que las confusiones indicadas se advierten cuando se trata de la preservación de la vida privada, bastión declamado en los arts. 18 y 19 de la Constitución, que proclaman la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados y resguardan de la autoridad de los magistrados las acciones privadas de los hombres que no ofenden al orden y a la moral pública ni perjudican a un tercero. Varios son los distinguos que tras esas enunciaciones no deben olvidarse, empezando por el que estimo es el primero y más importante metodológicamente hablando, para comprender su tratamiento: la comparación de los derechos humanos o fundamentales con los derechos personalísimos.

Los derechos humanos y los derechos personalísimos

Es claro que la expresión "derechos humanos" empleada con el designio de situar una de las materias que atañen a los derivados del íntimo rasgo de humanidad, como ha señalado el Académico Germán J. Bidart Campos padece de redundancia (7). Yo diría de cierta anfibología, pues no hay derechos que no sean atribuidos al hombre en cuanto ser humano. Todos se refieren a él, por lo que, sin hacer la decantación intelectual, el adjetivo "humanos" sería abarcador del orden jurídico completo en sus inevitables vínculos con las personas, incluidos aquellos derechos que están alejados de la idea que se quiere expresar, como los derechos reales, de bienes y de cosas, de aguas y de minas, de contratos y de finanzas. He aquí, pues, una acertada crítica centrada en la ambigüedad del término. Pero ocurre en el desarrollo histórico de los conceptos, que algunas denominaciones terminan por imponerse, sea por descuido inicial en su creación, por repetición y hábito después, y se deja sepultada la precisión en el solo ámbito de los exquisitos razonamientos científicos y filosóficos.

También la designación de "derechos personalísimos" podría tener aspectos criticables, pero muestra un matiz indicador que me parece provechoso, y es éste: no hay derechos que estén más unidos a la persona, nace de su entraña misma. El vocablo acentúa y da fuerza a la unión del sujeto con los bienes que son objeto del derecho, los que son manifestaciones del mismo sujeto titular que los goza, obra con ellos y los defiende. Queda entonces justificado el superlativo por la encarnadura total con el hombre. Son para la persona por el solo hecho de serlo, más que personales pues, personalísimos.

Pienso que importan una de las especies de los humanos, existiendo entre ellos relación de género a especie. Muchos derechos humanos escapan a la idea que encierra el carácter privado de los personalísimos, pues se regulan con normas de derecho público, destinadas a preservar a la persona del exceso de los poderes de gobierno o de la prepotencia de los grupos o colectividades, bien marcando pautas de convivencia necesarias para la comunidad, como la preservación de la salud de la población, del medio ambiente, la educación, la tutela de la familia, etc. Mientras que los personalísimos están estructurados por normas de derecho privado, resolviendo el conflicto que se produce entre particulares y protegiendo facultades de disposición relativas a los sujetos activos y pasivos de la relación.

(7) BIDART CAMPOS, Germán J., "Teoría general de los derechos humanos", p. 4.

En el devenir de los tiempos, primero fueron los Derechos del Hombre del Ciudadano, como reacción contra el absolutismo de los monarcas, defendiendo al hombre de las demasías de los gobernantes totalitarios en el desempeño de los poderes que usufructuaban. Después, como ha enseñado también el Dr. Bidart Campos, ante violaciones posibles no ya sólo del Estado o de los gobernantes, sino de otros hombres aislados o en grupos, se extiende la tutela que abarca todas esas situaciones conflictivas (8). Pero los personalísimos, paralelos a esta última etapa, como el derecho de vivir, al cuerpo, a la salud, al honor, a la imagen, a la intimidad, a la identidad, a los datos personales, pongo por caso, se crearon y desarrollaron en los siglos XIX y XX, con las particularidades comunes a cada uno, que permiten identificarlos entre sí y destacarlos del género derechos humanos, por cuanto, perteneciendo a ese género, tienen carácter institucional propio, inconfundible, innato y privado. El titular es la persona en cuanto tal y no los grupos indeterminados y colectivos ni la generalidad de los ciudadanos. El contenido de su objeto tampoco es el hombre considerado en su unidad total, ni la personalidad jurídica del hombre, tomado este término como expresión técnica que indica que aquél es el centro de derechos y obligaciones, centro que le da carácter de persona. Los derechos personalísimos se nutren de diversas facetas, manifestaciones o aspectos concretos y determinados de ese ente humano. Son derechos subjetivos plurales que, por su origen, ligadura, consecuencias y facultades *sub iure*, o sea reconocidos por la norma y bajo su directiva, tienen trayectoria común, captable con precisión y forman una figura singular que se distingue de otras por la unidad de su estructura y mancomunidad de sus cualidades. Son, pues, una institución jurídica autónoma.

La intimidad y la identidad, distinciones conceptuales

Entre las personas del pueblo común hay muy pocos aspectos de sus relaciones que escapen a lo privado. El respiro vital, cuando se trata de quienes viven sin realizar actividades públicas oficiales o de otra índole, y es la enorme mayoría, se concentra en sí mismo y en sus bienes, en la familia y sus seres queridos, en el vínculo de la amistad, en las actividades del trabajo, el arte y la ciencia, de la enseñanza, el aprendizaje y el esparcimiento. Carece todo eso de exteriorización mundana. Poco es lo que queda para dar al público. Escasa la materia que pueda exponerse a la mirada curiosa e inquieta de los otros. Por otra parte, e inversamente, casi nada es

(8) BIDART CAMPOS, op. cit., p. 13.

lo que necesitan los otros del recoleto vivir de las personas particulares en esas extensas áreas de su trayectoria humana. Hay una tendencia, sin embargo, malsana, que pretende inmiscuirse, levantar el velo y lanzar al ruedo de la difusión aquello que no es para mostrarlo ni para ser juzgado. Los particulares que no son personajes públicos, casi pueden sostenerse que en la integridad plena sus posicionamientos en la vida y de sus actos y hábitos, respiran para adentro, para sus propias cosas y quieren que se los deje solos, *the right to be let alone*, o derecho a ser dejado solo, como dijeron Cooley y Warren y Brandeis en los EE. UU. (9).

Hay como círculos concéntricos o esferas que van mostrando esta faceta tan querida y a veces tan poco respetada. De lo muy reservado, lo del yo propio y los hábitos individuales (cartas, diarios íntimos, confesiones, secretos, rutinas domésticas, vicisitudes corporales o espirituales, pasiones, cualidades y vicios), se pasa a un círculo más abierto en el trato diario de las relaciones estrechas dentro de la familia, los parientes cercanos, el hogar y la convivencia. En mayor extensión aún y fuera del hogar, el círculo se agranda, pero sigue siendo ajeno al público, y abarca las relaciones propias de otros ámbitos y con diferentes personas no tan próximas, como los amigos, los compañeros de un club de deportes y de juegos, los correligionarios políticos, los discípulos y compañeros de trabajo. Esta Academia, por ejemplo, en sus sesiones privadas desarrolla diversas actividades administrativas y científicas, y allí habla su presidente, se oyen pareceres, peticiones, propuestas de los académicos, la explicación de las actuaciones de su Mesa Directiva o de sus Institutos, se proyecta la labor futura, eligen los temas a tratar, pero todo ello es reservado y habría invasión a la intimidad de sus miembros, si se difundieran sin su consentimiento esas presencias y actuaciones, voces y votos emitidos en el curso de lo que es su vida interna. En sesiones públicas, como la de hoy, es otra cosa. Se ha pensado que los primeros dos círculos más cerrados son lo propio de la intimidad, mientras que el tercero ya entraría en el área de la vida privada. Pero como quiera que sea, el concepto es uno y la tutela no tiene diferencias.

Cuando la persona es un personaje público, disminuye el círculo que contiene el derecho pero no desaparece, porque hay zonas o áreas de actuaciones que el titular ha renunciado a mantener en reserva y ha consentido expresa o tácitamente que sean vistas, sentidas y apreciadas por

(9) COOLEY, Thomas M., "A treatise on the law of torts. On the wrongs which arises independently of contracts", t. 1, p. 429; WARREN, Samuel D. - BRANDEIS, Louis B., "The right to privacy", en *Harvard Law Review*, n° 4, p. 193.

los demás. Son las propias de su actividad pública. Queda más clara la marca del reservado de lo que no lo es, y puede ser conocido y difundido por los otros aquello que se corresponde con las actividades oficiales o no, pero públicas o voluntariamente entregadas al público.

Este es, en general y a grandes rasgos, el contenido del derecho subjetivo a la vida privada que, a la luz de las disposiciones que lo comprenden, en particular el art. 1071 bis del Cód. Civ., he definido de esta manera: *“es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”*.

Una observación se impone al desarrollo del discurso. Tal como vengo mostrando el derecho subjetivo expuesto no se conocía antes de finales del siglo XIX y comienzos del XX en países extranjeros. Entre nosotros fue posterior su reconocimiento por la ley civil, en el último cuarto del siglo XX. Las normas citadas de nuestra Constitución Nacional (1853), con sus antecedentes de los años del nacimiento de nuestra República (1811, 1812, 1819 y 1826), databan de más de medio siglo antes, cuando por entonces no se tenía conciencia plena de la teoría y la práctica de un derecho subjetivo civil de tal naturaleza. Tenían ellas, pues, una finalidad volcada preferentemente a la situación política, la libertad y el amparo del ciudadano, pues se trataba principalmente de resguardar la libertad de los individuos frente al Estado intruso e invasor, empleándose por ello la expresión “exentas de la autoridad de los magistrados”. Eran esas normas producto de las declaraciones del hombre y del ciudadano, nacidas al influjo del liberalismo que se expandió tras las revoluciones de Norteamérica de 1776 y de Francia de 1789, para despertar en la libertad al ser humano, combatiendo el avasallamiento y sujeción impuesta por los gobiernos monárquicos no constitucionales. De lo que se deduce que en estos tiempos, por ser normas abiertas con principios universales de múltiples sentidos, las que por entonces, repito, no tenían toda la efectividad positiva ni científica que ahora han alcanzado, las aprovechemos para encajar en ellas estos derechos subjetivos privados de los particulares frente a los particulares.

La vida privada protegida del embate de las publicaciones u otras difusiones, tiene en su entraña un alcance indudable, está construida con realidades que no se manifiestan, que se mantienen fuera de la mirada ajena. Es esa vida vivida en lo espiritual, material, religioso, afectivo, laboral, creativo, comunicacional, que no tiene por qué sufrir la injerencia de otros.

Algunos autores han pensado, lo digan o no, que la intimidad es un derecho madre que abarca disímiles manifestaciones, como cuando se dice que su contenido abarca la identidad de la persona, que incluye el nombre, edad, filiación, estado civil, profesión y domicilio, más imagen, voz, salud, patrimonio, ingresos, opiniones políticas y religiosas, como enunció el Académico Jorge Bustamante Alsina, siguiendo al autor francés André Roux (10), y también en posterior disertación académica de 1986, recordando en esta segunda oportunidad al autor también de Francia, Raymond Lindon (11).

Pienso por mi parte que, en esa enunciación, se han amalgamado instituciones diversas y no confundibles, como son los atributos de las personas que no son derechos subjetivos, la identidad, la imagen y la salud que son tres derechos independientes, el patrimonio y los ingresos que tampoco son derechos personalísimos. En el siglo XIX Gierke y algún otro jurista alemán habían llegado a parecida consideración global, frente a lo que se llamó el *Individualrecht*, pero entonces no dejaban nada afuera y terminaba siendo tal todo lo que tocara y se relacionara con las personas. La institución quedaba pues borrada de su marca singular, de sus aristas comunes entre sí pero propias respecto del resto del universo jurídico. Era casi innecesariamente destacada, ya que era lo mismo decir que todo lo que se relaciona de algún modo con las personas es derecho personalísimo, bastando que hubiera un contacto, por superficial que fuere, con el sujeto. Se agrupaban tantas situaciones, que le hizo decir a Ravá que "era imposible orientarse en tal caos de conceptos" (12).

El derecho a la identidad personal tiene otros caracteres y manifestaciones. Podría pensarse que la identidad de la que estoy hablando abarca todo lo que señala al individuo y lo determina, lo identifica, lo designa. Pero no es así, como bien ha observado el Académico Julio C. Rivera (13). La identidad

(10) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La vida privada como derecho de la personalidad", *Anales*, Segunda época, Año XXXI, n° 24, p. 173.

(11) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La informática y la protección del secreto de la vida privada", V Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Córdoba y de Buenos Aires, 16 y 17 de octubre de 1986, *Anales*, Segunda época, Año XXXI, n° 24, p. 290.

(12) RAVA, Adolfo, "I diritti sulla propria persona nella storia del diritto e nella coscienza popolare", en *Revista Italiana per le Scienze Giuridice*, vol. XXXI, fs c. I-II, parte 2a., § 1, p. 17 y sigtes.

(13) RIVERA, Julio C., "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", t. II, n° 786, p. 116.

en cuanto derecho personalísimo es el reconocimiento de la formación de la personalidad moral, no con relación al concepto abstracto de personalidad jurídica, por ser ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, sino de la personalidad anímica, psicológica y social del hombre. Diría el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, es esa personalidad psico-social única e irrepetible, por obra de una conjunción de elementos intelectuales y espirituales que la conforman (14). Sentido dinámico de la identidad, que significa que la persona tiene o no unas creencias religiosas o filosóficas determinadas, pertenece o no a cierto grupo partidario, ha dedicado su tiempo a actividades específicas, se muestra ante los demás con singulares modalidades en el vivir, trabajar, crear y pensar, se apor que es artista, escritor, educador, obrero. Y todo ello se apor no en demostraciones públicas o en los ámbitos privados. Es decir, la identidad históricamente considerada, porque además de ser el indicador de una personalidad psicológica y social inconfundible, puede cambiar a medida que el sujeto la vaya modelando y modifique sus tendencias, actividades e ideologías, debiéndose respetar la actual, la última, la que es en el momento de su difusión. Abarca inclusive, según el autor citado, al sexo, no como elemento estático de identificación material—este es varón, esta es mujer—, sino en cuanto al desarrollo de unas modalidades psicológicas y de unas costumbres propias derivadas del sexo en todas sus manifestaciones. Yo, en cambio, he ubicado esta última conformación psico-física de la persona que es el sexo, entre los derechos que devienen de la integridad corporal, porque considero que es primordialmente una exteriorización somática, sin perjuicio de atender en segundo lugar a su influjo psíquico.

Apareció el derecho a la identidad dinámica en los trabajos, a mediados del siglo XX, de Adriano De Cupis (1948 a 1960), en comentarios que hizo a algún fallo en donde por las circunstancias que se debieron resolver se avizoraron sus aristas, pero por entonces no se lo caracterizó con la exactitud que el jurista italiano puso en claro (15). Después, la jurisprudencia de ese país, Italia, advirtió esa doctrina, tomó la posta, por decir así, y en varios otros casos lo delineó precisamente. Hoy está consagrado allí y en casi todas las naciones en donde se respeta la autonomía individual de las personas.

(14) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la identidad personal", p. 193.

(15) DE CUPIS, Adriano, "I diritto della personalità", t. II, p. 3, n° 142.

Alguna vez dijo Borges que la personalidad no existe. Lo hizo bajo el título "La nadería de la personalidad" en su primer libro de ensayos, de 1925, "Inquisiciones". Razonaba, así diciendo en diversos párrafos: "No hay tal yo de conjunto. Cualquier actualidad de la vida es enteriza y suficiente...". "No hay tal yo de conjunto. Equivócase quien define la identidad personal como la posesión privativa de algún erario de recuerdos. Quien tal afirma, abusa del símbolo que plasma la memoria en figura de duradera y palpable troj o almacén, cuando no es sino el nombre mediante el cual indicamos que entre la innumerabilidad de todos los estados de conciencia, muchos acontecen de nuevo en forma borrosa...". "No hay tal yo de conjunto. Basta caminar algún trecho por la implacable rigidez que los espejos del pasado nos abren, para sentirnos forasteros y azorarnos cándidamente de nuestras jornadas antiguas...". "No hay tal yo de conjunto. ... Ocurrióseme que nunca justificaría mi vida un instante pleno, absoluto, contenedor de los demás, que todos ellos serían etapas provisorias, aniquiladoras del pasado y encaradas al porvenir, y que fuera de lo episódico, de lo presente, de lo circunstancial, no éramos nadie" (16). Pero, pienso, esto lo dijo Borges, yo de conjunto y personalidad que todos conocemos, con una identidad literaria mundialmente famosa y que, pese al criterio de que todo se va borrando, que la historia individual no existe, que la memoria es engañosa, que todo se diluye en momentos y emociones de esos momentos, Borges y todos los Borges que él imaginó pero que eran él mismo uno y diferente, fueron inconfundibles, porque tenían precisamente una personalidad muy acusada.

Este derecho personalísimo a la identidad personal no debe mezclarse, como adelanté, con los signos materiales, exteriores y no facultativos de la identificación: el nombre, el estado filiatorio, el domicilio en cuanto lugar de residencia y ubicación, la capacidad. He sostenido siempre que si le quitamos al derecho personalísimo de que se trate la índole que le da explicación jurídica, o sea el de ser un derecho subjetivo, se confunden los márgenes de las instituciones sin un resultado positivo. Porque en efecto, para que sea tal debe tener en el seno mismo de su admisión jurídica facultades ejercitables de modificación, de transmisión parcial, de renuncia y disposición relativas. Si el titular no tiene ninguna de tales posibilidades, ya no se puede hablar de un derecho del sujeto, sino de una imposición legal en la que confluyen órdenes del Estado para resguardar

(16) BORGES, Jorge Luis, "Inquisiciones", Seix Barral, p. 93 y sigtes.

intereses sociales y públicos. Y esto es lo que ocurre con el nombre, con el domicilio en cuanto lugar físico o asiento jurídico de la persona, con la capacidad, con el estado de familia y hasta con la llamada identidad biológica, que no es más que una relación de sangre por ascendencia o descendencia como antecedente necesario para conformar el atributo del estado de familia.

Pienso que la mezcla de estos aspectos de la identificación estática con el derecho personalísimo a la identidad dinámica que es, por lo dicho, una especie de los derechos fundamentales, puede traer consecuencias negativas. En efecto, si dejamos de atender a la idea de la *facultas agendi*, para calificar tautológicamente de derecho a aquello que no es más que un atributo o cualidad jurídica impuesta para la determinación del concepto de persona o de sujeto, podríamos terminar admitiendo que éste pueda disponer a su arbitrio del *status familiae*, produciendo una conmoción tras las investigaciones biológicas que lleguen a afectar a las relaciones parentales y filiatorias establecidas, incidiendo peligrosamente en la paz familiar. No se debe poder sostener que es facultad o posibilidad del sujeto, sin las restricciones de orden público del régimen de familia, requerir ciertas indagaciones biológicas al margen de las disposiciones limitativas de aquel régimen. Preceptos que como los arts. 252, 254, 258, 259, 260, 262, 263, 323, 327 del Cód. Civ., resguardan la intimidad de la madre, establecen plazos de caducidad para evitar el tembladeral de las investigaciones tardías o en todo tiempo, impiden la intromisión de terceros con pretensiones parentales limitando a las personas legitimadas, apuntalan las bondades de la adopción plena evitando exploraciones peligrosas, prohíben atribuir un hijo a una mujer casada, etc., son previsiones legales en pro de la familia, su seguridad y salud. Aquello que el art. 14 bis de la Constitución sienta como principio fundamental.

Por otro lado, no sólo se tiene que descartar de la concepción de este derecho personalísimo, la identificación material y fija que obra sobre todas las personas como atributo o cualidad jurídica, sino también la identidad cultural de los grupos colectivos. Nuestra Constitución, por norma reformada en 1994—art. 75, inc. 17—, ha reconocido dicha identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Pero esto es un aspecto de política mayor y que no se relaciona con individuos determinados, único espacio en donde puede verse el reconocimiento de un derecho del sujeto. Una vez más aquí vemos al género, los derechos humanos, distinguido de la especie, los derechos personalísimos.

En suma, pues, la identidad dinámica, la identidad socio-cultural de la persona frente a los demás, como derecho que se goza, con él se obra, se modifica y dispone voluntariamente, y para defensa se reacciona frente a la comunicación que ideológicamente lo falsifica. Lo que no comprende, a mi juicio, la mera identificación material por los atributos, ni la identidad genérica cultural de las comunidades formadas por personas indeterminadas que forman un grupo étnico específico.

Ahora bien, la intimidad y la identidad tienen como se puede ver, diversa estructura. Y a la par de esta observación se advierte que el ataque o la ofensa a tales derechos son diferentes. En la intimidad el ofensor muestra al público una realidad o verdad del individuo que éste quiere resguardar de la mirada ajena. En la identidad el acto lesivo es porque se falsea lo que el individuo es, lo que representa, ama y cree, y se muestra al público no una verdad o realidad interior y oculta, sino una mentira, una desnaturalización de algo que no está reservado ni es secreto. No se podría decir sin falsear la de Borges que era músico, despreciaba la literatura, era religiosamente dogmático, y que estaba de acuerdo con el partido gobernante cuando fue destituido de su cargo de director de la Biblioteca Nacional, etc. etc. Luego, la lesión a la primera, la intimidad, se produce por mostrar lo que no se debe pero que es real; la de la identidad por mostrar una falacia. Nadie se ofende ni puede considerarse atacado si se revela la verdad de lo que es en público. Si es abogado o médico, religioso o agnóstico, político de tal o cual partido, pensador o trabajador manual, científico o artista, etc., cuando verdaderamente lo es como se difunde. No hace mucho esta misma bifurcación de conceptos hizo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital al comparar el honor y la intimidad. Y, dijo así: La violación de la intimidad supone la difusión de hechos ciertos, verdaderos y este derecho es ajeno a hechos que son considerados falsos o inmerecidos; cuando se invocan injurias y se lesiona el honor, hay acusación falsa o inmerecida (17).

El especialista que advierte estos elementos diferenciales de uno y otro, puede manejarse con mayor acierto y soltura al estudiar los medios de protección de cada uno de los derechos, y de tal forma delinear con propiedad la tutela jurídica correspondiente.

(17) CNCiv, sala H, 20/2/2001, JA, 20/6/2001.

Protección jurídica de la intimidad y de la identidad. El resarcimiento

Hay remedios contra el daño producido por los ataques, que tienen por centro principal de su acción a los derechos personalísimos. Son los propios de estos derechos. Algunos otros son los comunes de la responsabilidad general. Así, por ejemplo, en el segundo caso el resarcimiento del daño enmarcado en las normas del derecho privado. Desde ya que frente a bienes extrapatrimoniales como son los que resguardan estos derechos, el daño que se repara es el llamado daño moral directo y la indemnización no tiene una medida de equivalencia sino de satisfacción. La persona atribulada, sufriente y que ha soportado la invasión a su vida privada o la falsificación de su personalidad moral, encuentra en ese resarcimiento la posibilidad de lograr las satisfacciones que puede proporcionar el dinero, pero no ha de pretender una medición exacta del daño, porque ello no es posible, ya que son bienes inconmensurables. La intromisión arbitraria y antijurídica en la vida privada es indemnizada monetariamente por los mismos carriles que se utilizan ante la desnaturalización pública de la identidad. Es claro que puede haber daño material indirecto, por ejemplo si la persona por causa de esa exhibición no consentida e ilegítima ha decaído en el ánimo, cerrado su comercio y perdido sus utilidades. En este caso la medida del daño es esa ganancia no obtenida y la indemnización equivale a tal daño.

El cese y la inhibición

Pero hay otros remedios ya no sancionatorios sino preventivos, que han estudiado criteriosamente el Académico Augusto Mario Morello juntamente con Gabriel Stiglitz (18). Uno de ellos es el cese del ataque ya comenzado. Se solicita al juez que frente a una publicidad dañosa para la intimidad o para la identidad, que ya ha comenzado y que se prolonga, ordene que el ofensor se abstenga de continuar en ella, bajo apercibimiento de disponer el cierre del programa, el decomiso del material ofensivo, bien a treinta o sanciones económicas conminatorias. Decía en 1986, el Académico Marco Aurelio Risolía, en una de sus disertaciones sobre el tema, que se ve justa la disposición judicial que requisa los elementos con que se perfeccionó el acto reprochable (publicaciones, graba-

(18) MORELLO, Augusto Mario y STIGLITZ, Gabriel, "Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses difusos", Platense, 1986, en especial capítulos I a IV.

ciones, panfletos, etc.), así como la orden que haga cesar la transgresión y obligue a resarcir el perjuicio (19).

Este medio precautorio de defensa, por supuesto parcial y que no agota las reparaciones del ofendido, tiene también para uno y otro derecho igual configuración.

A la par, aparece otro muy similar pero más acusado y grave, como también riesgoso y por lo mismo lamentablemente de escasa admisión por los jueces, temerosos de exceder la prevención: la acción inhibitoria, *azione inhibitoria* de los italianos, en caso de amenaza objetiva y actual. El ataque no ha comenzado, va a comenzar y se le pide al juez, frente a esa amenaza muy cierta e inminente, que se prohíba la futura acción dañosa. En el ordenamiento argentino se ha considerado por Eduardo A. Zannoni y Beatriz R. Biscaro, que pese al silencio de la ley que sólo contempla la remoción de un ataque ya comenzado (art. 1071 bis), la prevención por amenazas tiene acogida a través de la figura del ejercicio abusivo del derecho, pues cuando las publicaciones intrusas pueden ser abusivas, se justifica que sean impedidas para evitar que se realice el acto de abuso (20).

Por otra parte, no debe olvidarse que el art. 43 de la Constitución ha institucionalizado la acción de amparo por los actos de autoridades o de particulares que amenacen, con arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas, derechos y garantías reconocidos en la ley fundamental. Para ambos derechos la solución también es la misma.

La publicación de la sentencia

Hay un medio de reparación en especie que la norma civil que protege la intimidad contempla, y que jurisprudencialmente se ha extendido, por analogía, al honor y a la identidad. Se trata de la publicación de la sentencia de condena, para que todos se enteren y públicamente se pongan las cosas en su lugar. Lo curioso del caso es que esta publicación, cuando se trata de la intimidad, que es en donde vino a consagrarse posi-

(19) RISOLIA, Marco Aurelio, "Persona y derechos personalísimos. Protección jurídica de la intimidad y derecho de réplica". V Reunión conjunta de Academias Nacionales de Derecho de Córdoba y de Buenos Aires, 16 y 17 de octubre de 1986, Anales, 2a. época, Año XXXI, n° 24, p. 311.

(20) ZANNONI, Eduardo A. - BISCARO, Beatriz R., "Responsabilidad de los medios de prensa", p. 127.

tivamente en la ley civil como medida reparatoria (ya existía en el Cód. Penal para los delitos de injurias y calumnias, art. 114, y para el caso de retractación, art. 117), tiene problemas que no se presentan en la defensa del honor y de la identidad.

En efecto, publicar la sentencia en principio importa recaer en la difusión de lo que se quería mantener en el ámbito de lo reservado. Se le dice al público una vez más, estos son los actos o hechos que se mostraron y no debieron mostrarse como la sentencia lo ha reconocido, porque formaban parte de la vida privada del titular del derecho y por ello se ha dictado esta condena. Con lo cual, dos veces se difundió lo que se quería mantener reservado, una como ataque, otra como reparación.

Por eso quizá, pueda decirse que frente a la identidad, esa publicación es reparación en especie más apropiada, puesto que el ofendido por medio de la entrega al público de la rectificación, obtiene que todos se enteren de cuál es la verdadera personalidad moral que había sido falseada.

Pienso, pese a lo expuesto, que en el caso de la vida privada es el ofendido quien debe valorar si es reparable el daño que se le ha causado por medio de la publicación de la sentencia, pues todo cae en el ámbito de los derechos privados disponibles relativamente, y no están afectados los intereses públicos. De manera que la facultad del juez que parece establecerse como dogma en el art. 1071 bis recordado, debe ser interpretada estrictamente y para los excepcionales casos en que se avizora en el requerimiento del afectado una venganza o una superposición inadmisibles de sanciones, o sea, un ejercicio abusivo del derecho. Por eso se ha resaltado por Ramón D. Pizarro que, las facultades del juez al respecto no llegan tan lejos, como para desvirtuar la premisa básica de que corresponde a la víctima medir la idoneidad de la publicación de la sentencia (21). Por otra parte, muchas veces se trata de las perturbaciones o mortificaciones producidas por la intromisión, y hay en estos casos un aspecto referido más a la ofensa en sí misma que la publicidad tiende a restañar, que a la revelación de lo oculto.

La rectificación y respuesta

Con el inexacto nombre de “derecho de réplica”, ya casi no se discute hoy la consagración de este instrumento de reposición en especie. Ha

(21) PIZARRO, Ramón Daniel, “Responsabilidad de los medios masivos de comunicación”, ps. 304 y 305.

sido admitido sin dudas en casi toda Europa y en casi toda Latinoamérica, menos en Cuba. La Argentina no lo ha reglamentado, aunque tiene vigencia a partir de la incorporación a sus normas fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica y de la oportuna y correcta interpretación de la Corte Suprema. Quedan pocos países que todavía lo van relegando. Sólo puede señalarse en este último sentido a Norteamérica, Inglaterra, Suecia y los Países Bajos. Pero allí, sobre todo en la primera confederación de estados, en donde fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema Federal en pro del derecho de libertad de prensa, existen otros remedios sustitutos, como son los códigos de ética de los editores y periodistas que lo estatuyen y reglan expresamente.

El Académico Marco Aurelio Risolía, en la conferencia ya citada, sostenía: “Personalmente y como principio, yo creo que el derecho de réplica no está —no puede estar— coartado por ninguna disposición legal o reglamentaria, pues lo reputo natural e indeclinable y absorbido —permítaseme la expresión— por el sagrado derecho de defensa” (22).

Pienso también que los detractores de este medio tutelar de los derechos personalísimos, incurren a veces en cierta confusión, porque no se trata de imponer opiniones contrarias, o en los debates políticos hacer publicar la propia posición rebatiendo la que el periódico expuso, obligar a publicar ideas o ideologías diferentes a las de la editorial, sino de rectificar hechos y afirmaciones falsas sobre personas concretas y sobre sus vidas, que atañen a su honra y a su identidad. Aquel fallo norteamericano dictado en 1974, enseñado por el Académico Segundo V. Linares Quintana (23), en el que se declaró inconstitucional una ley del Estado de Florida que admitía el derecho de réplica, lo muestra. El diario en sus editoriales había efectuado, en plena lucha electoral, una crítica a la candidatura de Pat Tornillo y éste exigió que se publicaran íntegramente sus respuestas a esa crítica. Por ello el tribunal puso énfasis en que el periódico de propiedad privada podía sostener sus propias opiniones políticas, sociales y económicas; que reafirmaba la protección de parada al discernimiento editorial y a la libre expresión de las opiniones sobre estas u otras materias por controvertidas que fueren; que mediante la aplicación de la ley de Florida la discusión política y electoral podría ser obstaculizada o limitada.

(22) RISOLIA, Marco Aurelio, *op. cit.*, p. 323.

(23) LINARES QUINTANA, Segundo V., “El derecho de réplica y la libertad institucional de prensa”, *Anales*, Segunda época, Año XXXI, n° 24, p. 449, causa “Miami Herald Publishing Co. Pat Tornillo”, p. 474.

Es que no es lo mismo publicar que los programas e ideas de fulano son insuficientes, malsanos, de una gran tontería y políticamente negativos, a decir que ese fulano es un ser insuficiente, malsano, tonto y negativo. No es igual rebatir unas posiciones políticas y filosóficas determinadas, una campaña y un programa electoral, por dura o fuerte que fuere la observación o censura, que desnaturalizar la identidad de la persona misma. Y los dos segundos casos, son los que sustentan la respuesta y la rectificación.

Así como la difusión que realizan los medios transcurre y se expande en minutos, se ha creado este instrumento defensivo del honor y de la identidad que pretende alcanzar también cierta rapidez reparadora. Esos medios —prensa, radio, televisión e internet— cuando lesionan tales derechos deben difundir la verdad, rectificando la noticia o dar posibilidad al ofendido de una respuesta desagraviante.

Bien se ha pensado, y así lo señaló el Dr. Eliel C. Ballester que fue especialista entre nosotros (24), que la posibilidad de rectificar o responder por el mismo medio en que se ha producido el daño, es lo que se llama la contracara de la noticia, la contranoticia que pone las cosas en su lugar. Es decir, si la publicación fue injuriosa o desnaturalizó la personalidad moral de alguien, éste puede pedir en el menor tiempo posible, gratuitamente, que se difunda su versión. De donde se advierte que la información se vuelve más amplia, se agranda, completa y enriquece. Encerrar las informaciones y crónicas, actos, descripciones de hechos y personas en una sola voz, suele ser peligroso e incierto. Con mayor razón en las comunidades del interior en donde no proliferan varios medios de comunicación y, a veces, hay un solo periódico que ejerce una especie de monopolio de las noticias. Tal situación suele llevar, a quien maneja los informes, a ejercer una sobreactuación injusta y que termina por no ser positiva en la formación de la opinión pública. Permitir a quienes no tienen el manejo de los medios masivos de comunicación que den su versión, es un modo de mostrar al público las otras facetas de las cosas, las otras circunstancias y verdades. Pero, repito, no se trata de contraponer opiniones a las opiniones, por eso en realidad el medio de tutela no es una réplica ni una refutación polémica de doctrinas o razones, lo que de admitirse atentaría sí contra el principio de la libre expresión de las ideas.

(24) BALLESTER, Eliel C., "Derecho de respuesta", Astrea, 1987.

Ha dicho el Académico el Dr. Mayer que el procedimiento brinda considerables ventajas, "puesto que permite refutar rápidamente cualquier imputación, en el mismo lugar en que ha sido formulada, sin recurrir a un juicio prolongado e incierto y esclarecer la opinión pública". Tómese nota de este último concepto que me parece exacto. Sostenía el Académico citado que "el derecho de respuesta es breve, sencillo y eficaz, comprende un abanico de abusos más amplio —que el de las otras acciones judiciales— y permite reivindicar la verdad a poco costo". Y más adelante en su conferencia, sostenía: "el derecho de respuesta no significa un cercenamiento del derecho de prensa, al contrario es una ampliación de ese derecho, porque permite a aquellas personas que no tienen la suerte de ser propietarias de una imprenta, a ejercer ese derecho en defensa propia y apelar a la opinión pública" (25). Por su lado el Académico Dr. Risolía recordó al autor francés Gerárd Biolley, quien en seguimiento de estadísticas apuntó que el ejercicio de ese remedio en Francia ha favorecido que la prensa se vuelva más serena y esté mejor informada; haya mayor prolijidad y contención en los móviles y en las reacciones que condicionan la noticia; se haya generado una rica jurisprudencia orientadora; se hayan debilitado los planteos polémicos; tienen mayor acogida y efectividad las acciones civiles y penales (26).

Ahora bien, este mal llamado derecho, porque no es más que un medio de protección de los derechos, pese a lo que muchas veces se ha repetido no tiene casi empleo posible frente a la intimididad, pero es apropiado a la identidad y también al honor. Esto, a mi modo de ver se cae de maduro y poco lo han visto y dicho. Uno de ellos fue el Académico Dr. Bustamante Alsina en la citada comunicación, pues dijo que el derecho de "réplica" no concierne a la protección de la vida privada sino a la defensa de la honra y la reputación (27). Yo agregó, como se ve, también a la identidad. Solicitar al periódico, a la televisión o radio que rectifique una noticia que viola la vida privada, es un requerimiento irrazonable, porque nada hay que rectificar. Lo que se debió hacer es no difundir, mantener oculto de la mirada de los otros. Producido el atentado a la intimidad ya no es posible una rectificación ni respuesta, pero quedan las otras medidas indicadas.

(25) MAYER, Jorge M., op. cit., ps. 69 y 81.

(26) RISOLIA, Marco Aurelio, op. cit., p. 327.

(27) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, op. cit., p. 180.

Es a rectificación es lo natural si lo lesionado es la identidad, para que se difunda la realidad dejándose en el cajón de las mentiras la falsedad o desnaturalización. Por otra parte, si se trata del honor, en donde también hay falsedad por difamaciones e injurias, habría, como señalé, la posibilidad de un desagravio a través de la respuesta que difundiera la verdad sobre el agraviado. Pero una vez más es de reafirmar que con el ejercicio de ese derecho no se agotan las pretensiones, pudiéndose pedir además reparaciones en dinero, pues los daños ya ocurrieron y los ataques ya se soportaron. Esto lo contempla expresamente el art. 14, punto 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Argentina por ley 23.054.

El habeas data

La informática permite conformar bases de datos que tienen características riesgosas para las personas. Así como el *habeas corpus* protege judicialmente la libertad corporal, e importa decir que cada uno tiene su propio cuerpo ante la amenaza de pérdida de la libertad, el *habeas data*, es una medida destinada a que cada uno tenga sus datos—literalmente es “para que tengas tu dato”—. El art. 43 de la Constitución, sienta las bases de ese medio de defensa. Hace poco se ha dictado la ley reglamentaria 25.326.

Desde tiempos inmemoriales se registraron los datos de los individuos. Tanto en los registros públicos como en los privados. Sin embargo, esos registros en libros, papeles y fichas, no importaban un peligro especial para las personas. Varias circunstancias operan hoy para ese cambio. Los antiguos registros no tenían las condiciones de los actuales. Lo más destacado es que difícilmente era realizable un entrecruzamiento de datos de disímiles características, pues las recolecciones estaban colocadas en diferentes ámbitos espaciales y sin casi conexión posible. De modo que los de Estado Civil y Capacidad de las Personas, de Propiedad Inmueble, de Hipotecas y Prendas, de Automotores y Aeronaves, los prontuarios policiales, las historias clínicas en los sanatorios y hospitales, fichas bancarias, legajos de personal en distintos lugares de trabajo, archivos judiciales, protocolos notariales, etc., abarcaban casi el total del respiro vital de las personas, pero sin el peligroso panorama de sus interrelaciones. Ahora, se puede reunir ese universo de datos en una sola base configurando la personificación virtual, de la que sólo puede escapar al escudriñador los afectos y sentimientos *in mente retentus*, los pensamientos más íntimos no expresados, pero ni esto si se realizan terapias psicológicas y

se asientan resultados en registros, ni esto si a través de los otros datos menos propios, digamos más externos y materiales, se llega a una reconstrucción del carácter personal gracias a las inducciones que nacen del entrecruzamiento. Los americanos han demostrado que no hace falta manipular lo que se llama los datos sensibles para apropiarse de ese carácter. Basta analizar el gasto y clase de compras diarios en los mercados, la preferencia en determinadas tiendas de artículos como las de bebidas o de películas para video, el tipo de libros de lectura que se piden en las bibliotecas informatizadas, para construir las inclinaciones, los objetos preferidos y las tendencias, con lo que se accede a la silueta y rasgos sin necesidad de acudir a los llamados datos sensibles. Con estos, por cierto, ello es mucho más fácil. He aquí pues, una herramienta maravillosa, pero que permite la manipulación casi total de la persona. Ya están registrados en muchísimos ficheros automatizados los datos concernientes a viajes en avión, seguros, transferencias de bienes muebles e inmuebles, informaciones fiscales, situación sanitaria y previsional, datos escolares y se puede obtener así el perfil psicológico y patrimonial de un individuo. Al conectar esos datos se permitiría determinar las aficiones y propensiones de todo tipo, políticas, culturales y sociales, los horarios, desplazamientos, balances familiares, elección de compras, tipo de relaciones (28).

A ello se suma la rapidez en obtener todos esos resultados, la transmisión universal a través de las comunicaciones, internet mediante, la permanencia no sólo de los datos verídicos sino también de los erróneos, la repercusión de su comunicado a terceros sin actualizarlos.

Tal es entonces el panorama que ha llevado a la preocupación de los juristas y del legislador. Ha habido diversas teorías sobre el derecho que debe ser amparado. Para algunas, sobredimensionando una vez más la intimidad, es ésta la que queda en el centro de la tutela; para otras la identidad y también algunas sostienen que es el honor o reputación. Se viene afirmando una que me parece mucho más lógica, según la cual hay un derecho independiente a la "autodeterminación informativa". Por mi parte, sin desentonar con este último encuadre en cuanto al contenido, pienso que se puede reconocer un verdadero "derecho personalísimo a los datos personales", que guarda perfecta sintonía con los otros derechos subjetivos personalísimos. Simplemente porque lo de

(28) DESIMONE, Luis María, "La criminalidad informática", *La Ley Actualidad*, 1/2/2001.

la autodeterminación informativa, nominación que semánticamente no me parece apropiada, pone el acento en uno de los aspectos, que quizá no es el más señalado e importante, dado que antes de la autodeterminación está la titularidad misma. No solamente hay de por medio aquí la libre elección sobre el archivo y manejo de los datos, sino también la disponibilidad relativa—cesión y transferencia interna e internacional—, el reconocimiento de dicha titularidad, el conocimiento de su inscripción en las bases, la actualización, la supresión y la posible reacción defensiva. Estimo que son todos los derechos personalísimos de la integridad espiritual los implicados, en el uso y abuso de la informática, porque los concentra y a través de ello es posible construir la persona virtual. En efecto, puede dañarse con su manipulación la intimidad, la identidad, el honor, la imagen, reuniendo en un acto la ofensa a cada uno o a todos esos bienes.

Aparte, pues, de los medios de defensa que se han recordado, o sea el resarcimiento, cese e inhibición, publicación de la sentencia de condena, la rectificación y respuesta, aparece un remedio especial, el “habeas data”. Pero debo señalar que este instrumento procesal de protección jurídica no se limita a los derechos personalísimos. Puede ser utilizado también por las personas jurídicas o ideales y puede proporcionar una tutela especial a los atributos de las personas que no son derechos subjetivos. Eso sí, salvo el caso de una difusión por la prensa u otros medios de comunicación, de los datos inexactos registrados, no encuentro posible la aplicación del derecho de respuesta y rectificación como publicación complementaria. La rectificación de que se habla en el habeas data, es la de los datos informáticos internos en las bases mismas.

La ley 25.326, en el art. 1° dice que la protección integral de los datos de la persona garantiza el derecho al honor y a la intimidad de las personas. Aun cuando esta norma no menciona a la identidad, cuando el art. 2° define a los datos sensibles se refiere no hay duda a aquel derecho, tal como lo he expuesto. Esos datos sensibles son los referidos al origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual. La mayoría tiene relación con la personalidad dinámica psicossomática y moral de las personas. Por otra parte surge del art. 43 de la Constitución y del art. 16 de la ley, el derecho a que sean rectificadas, actualizados, y cuando corresponda suprimidos o sometidos a la confidencialidad.

La ley protege también los datos estáticos del nombre, documento de identidad, identificación tributaria o previsional (Cuit y Cuil), ocupación, fecha de nacimiento y domicilio. Pero a estos que forman la identificación y los atributos, se los puede incluir en la base sin consentimiento del titular (art. 5º, inc. c). La ley exige la confidencialidad a los responsables u usuarios de los archivos, para evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de la información (art. 9º). En fin, queda claro para mí que se pueden considerar incluidos en esa ley los datos que hacen a la identidad dinámica, los que se refieren a la estática y son puramente identificatorios y los otros personales incluidos los patrimoniales y crediticios. Observo un vacío en ella, pues se ha eludido la imagen que hoy es posible captar y archivar digitalmente en las bases de datos y transmitir electrónicamente, así como la voz y otros rasgos de la persona que le dan carácter y la muestran.

Bien se ve que la protección jurídica deberá afinarse para recoger todas esas inquietudes y posibilidades, evitando así los peligros que la informática presenta. Por otra parte, entiendo que en caso de lesión y daño a la personalidad virtual por medio de la informática, debe aplicarse en la determinación de la responsabilidad el factor de atribución objetivo por riesgo creado (art. 1113 del Cód. Civ., 3er. concepto), ya que no pueden caber dudas de que se utilizan cosas y energías, para la registración, archivo y comunicación a terceros de datos, sumamente riesgosas para el ser humano, su paz, su independencia y su dignidad.

V. Final

Con lo expuesto creo haber dado término ante Uds. al considerar las distinciones que me parecen apropiadas cuando se trata de la protección jurídica de los dos derechos personalísimos examinados, la vida privada o intimidad y la identidad personal.

Gran cantidad de asuntos y razonamientos he olvidado, gran cantidad los he dejado en el tintero, ambas circunstancias en beneficio de Uds., sufrientes, recatados, maravillosos oyentes.

Muchas gracias. ♦

PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

Declaro abierta esta sesión pública para recibir al nuevo académico titular doctor Jorge Horacio Alterini, que fuera designado por unanimidad en la sesión plenaria del 14 de diciembre de 2000.

La Academia se congratula con la designación efectuada, porque el recipiendario es un jurista de aquilatados méritos que ha servido al derecho con arraigada vocación en los ámbitos de la magistratura, de la docencia y de la doctrina nacional.

Es profesor titular ordinario por concurso de la cátedra de Derecho Civil IV (derechos reales) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde 1982 hasta el presente. Asimismo, es profesor titular ordinario desde 1977 hasta la fecha en la misma cátedra en la Universidad Católica Argentina y desde 1983 en la Universidad Nacional de La Plata.

Desde 1974 se ha desempeñado en la magistratura, primero como juez nacional en lo civil, y luego como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, función que ejerce en la actualidad con reconocida solvencia intelectual y moral.

En su labor publicística, desarrollada en el ámbito del derecho civil, se destaca su tesis doctoral —calificada sobresaliente— sobre “Los derechos de usufructo y habitación como sucedáneos de la locación”; su libro en colaboración sobre la “Prehorizontalidad y boleto de compra-

(*) Palabras de apertura del acto público de incorporación del Académico doctor Jorge Horacio Alterini, en la sesión pública del 11 de octubre de 2001.

venta"; "El derecho real (elementos para una teoría general)" y "Acciones reales" editado hace poco tiempo. Además de muchas otras publicaciones en diarios y revistas técnicas, cabe destacar su participación como miembro de la Comisión Redactora Honoraria del "Anteproyecto de Código Civil de 1998".

No debo extenderme en la mención de los títulos y antecedentes del recipiendario, porque para ello la Academia ha designado a su ex-presidente, doctor Roberto Martínez Ruiz, quien tendrá a su cargo la presentación que nos congrega.

El nuevo académico ha elegido como tema de la disertación que habremos de escuchar, "*La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito*". La especificidad y particularidad del tema no me habilita a entrar a su consideración. Pero, sí deseo hacer algunas reflexiones sobre la buena fe como principio de derecho.

Decía Dalmiro Alsina Atienza en su obra "Los efectos jurídicos de la buena fe", de la década del '30, que al humanizarse el derecho se ha penetrado de una savia bienhechora que se acostumbra llamar principio de la buena fe. La noción de buena fe es una noción moral. Demolombe decía que era "el alma de las relaciones sociales".

El gran problema de la buena fe radica en determinar si reviste carácter excepcional o si constituye un principio genérico, susceptible de brindar soluciones concretas fuera de los textos legales; de sobreentenderse y fecundar la adecuación de la ley al caso particular, atenuando su aparente inflexibilidad.

La buena fe no es una norma jurídica, sino un principio de derecho que informa distintas normas. Dalloz decía que la buena fe es "la creencia en que se está de obrar conforme al propio derecho". Entendemos que es la creencia o persuasión de que el acto realizado es lícito y justo.

Nuestro Código Civil ha recogido el principio de la buena fe particularmente en lo que se relaciona con los contratos, al establecer en el art. 1198 que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

De tal manera, la buena fe rige los contratos durante toda su existencia; al celebrarse, al ejecutarse y al extinguirse. Se habla de la buena fe-lealtad y de la buena fe-creencia para interpretar las relaciones contractuales. En la doctrina italiana Messineo sostiene que hablar de buena fe en la interpretación contractual es una sobreabundancia o la quinta rueda del carro, porque las normas del Código Civil italiano expresamente establecen la vigencia del principio de la buena fe. La reforma de 1968 a nuestro Código Civil al incluir en el art. 1198 los conceptos que he señalado, da a la buena fe el carácter de una directiva para establecer si medió o no una conducta reñida con los fines éticos, sociales y económicos de las prerrogativas o facultades jurídicas y de los derechos subjetivos.

Quien pretenda sustentar la procedencia de una conducta que en la interpretación contractual se desentienda de la buena fe y de la finalidad económica, social y ética de los derechos subjetivos y prerrogativas contractuales, cae en el repudiable campo de lo antifuncional, del abuso del derecho, al decir de Spota.

El tema elegido por el recipiendario nos introducirá en un caso muy particular de los efectos de la buena fe en el derecho. Con justificada expectativa esperamos sus palabras. ♦

DISCURSO DE RECEPCION

POR ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires incorpora como miembro titular al doctor Jorge Horacio Alterini, por decisión unánime de todos los académicos, lo que es prueba patente del prestigio y condiciones personales del nuevo integrante de la Corporación.

Con motivo de este acto, creo oportuno recordar las palabras de nuestro distinguido presidente, doctor Horacio A. García Belsunce, que dijo en un homenaje reciente a los ex presidentes del cuerpo cuando al referirse al cometido que deben llevar las academias, explicó que su misión es realizar valores, respetando la verdad y la virtud, reflejada en una conducta pública y privada de sus miembros, recordando que alguna vez se dijo que “para ser académico no basta el saber científico o el más lucido manejo de las letras o las artes sino que además hay que ser ‘una buena persona’; no pretendemos ser sabios o virtuosos sino simplemente eso, buenas personas, dedicadas al estudio del derecho y las ciencias sociales, con el propósito de contribuir al esclarecimiento de las cuestiones que ellas presentan y a su mejor interpretación y aplicación”. Por mi parte he repetido estos conceptos, para señalar que estas condiciones personales hemos encontrado que reunía el doctor Jorge H. Alterini para merecer estar entre nosotros.

Viene a ocupar el sitio que patrocina el ilustre ex integrante de la Academia, doctor Alfredo Colmo, eximio civilista y por coincidencia,

(*) Discurso de recepción del Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión pública del 11 de octubre de 2001.

también miembro que fue de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, cargo que ocupa nuestro nuevo miembro titular. En ese sitial llenará la vacante producida por el fallecimiento, joven aun, del doctor Elías Guastavino, que fue a mi juicio uno de los más destacados juristas del país en la segunda mitad del siglo que acaba de terminar.

No puedo dejar de mencionar en cuanto se refiere al perfil humano de nuestro nuevo académico, el mérito de haber formado una familia ejemplar con seis hijos educados con su distinguida esposa, bajo los buenos principios de conducta y moral.

El doctor Alterini ha tenido dos significativas vocaciones: la docencia y el ejercicio de la magistratura.

Respecto de lo primero, esa notoria inclinación, la heredó de su padre el profesor Atilio Francisco Alterini, culto y de consagración abnegada en el Colegio Nacional Mariano Moreno, donde tuvo a su cargo la cátedra de Lógica, y fueron discípulos suyos alumnos que se distinguieron luego en sus estudios universitarios y actividades públicas y privadas, entre ellos, varios que son miembros de nuestra Academia, como los doctores Carlos Bidegain y Alberto Rodríguez Galán que lo recuerdan con respeto y afecto y ponderan la excelencia de sus lecciones.

Recibido de abogado a los 22 años, en diciembre de 1963, mereció el premio universitario (medalla de oro) de su curso, y obtuvo el doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, cuatro años más tarde.

Apenas recibido comenzó su carrera docente como ayudante por concurso de antecedentes, en el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y desde 1963 a 1965 fue auxiliar de la cátedra de Derecho Civil II (obligaciones) entonces a cargo del doctor Luis María Boffi Boggero, ingresando también por concurso de antecedentes en la carrera docente, siendo calificado con diez puntos y ubicado primero en el orden de méritos por el Jurado que integraban los doctores Videla Escalada, Dassen y Allende.

Así, en 1966 fue designado profesor adjunto interino al de la cátedra de Derechos Reales, en 1970 pasó a ser adjunto ordinario y en 1978 fue ya profesor titular. También fue profesor en las Facultades del Museo

Social Argentino, en la de Belgrano, en el Salvador y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica.

Sus publicaciones son innumerables. Está a cargo del sector de derechos reales en la obra integral sobre el Código Civil Anotado que dirigiera el doctor Jorge Joaquín Llambías; publicó sobre la base de su tesis doctoral, un libro sobre "La locación y los derechos reales con función equivalente", otro sobre "Prehorizontalidad y boleto de compraventa" en colaboración con el doctor Edmundo Gatti, otro sobre "El derecho real (elementos para una Teoría General)", otro sobre "Dominio y Registro. El derecho mobiliario con especial referencia al régimen de la propiedad, disposición y circulación del ganado" y varios otros que omito mencionar, además de innumerables trabajos y contribuciones a revistas jurídicas.

Esta extraordinaria producción del doctor Alterini me hace acordar un párrafo que pronunció en la Academia Nacional de Medicina, en la presentación de un académico, el ex presidente Nicolás Avellaneda, y que se recuerda en una reciente biografía del ilustre prócer. Dijo éste en aquella ocasión: "que en el goce intelectual...el trabajador de la inteligencia encuentra siempre en si mismo una compensación, y no hay verdad penosamente adquirida tras de largos desvelos que para él no se convierta en una alegría, en una fiesta interior, o en una voluptuosidad del pensamiento". Estoy seguro de que ésta debe ser la satisfacción que Jorge Alterini debe experimentar cuando contempla estas contribuciones que ha efectuado para enriquecer la doctrina jurídica del país.

Las colaboraciones publicadas en diversas revistas jurídicas argentinas y extranjeras son innumerables y resultaría imposible enumerarlas a todas ellas, sin perjuicio de señalar que por su importancia justifican la jerarquía que unánimemente le otorgan los juristas actuales. Lo mismo debe decirse de las muchísimas conferencias y cursos superiores dictados y de su participación en Congresos Nacionales e Internacionales, así como concurrente a jornadas nacionales e internacionales sobre temas de derecho civil.

Fue miembro de las comisiones que prepararon los proyectos de unificación legislativa del derecho civil y comercial de 1987, de 1993 y de 1998.

Me parece importante señalar la significación que merece referir la actividad docente y doctrinaria de Jorge H. Alterini, apenas meditemos

en la significación que en la República tiene la preparación de los estudiantes y graduados en derecho ya que los abogados tenemos el singular privilegio de tener reservado para nosotros nada menos que el ejercicio de uno de los tres poderes del Estado.

La responsabilidad que asume la docencia de las disciplinas jurídicas, Alterini la ha cumplido con exceso, escrupulosidad y excelencia, y constituye sin duda, una expresión de un deber patriótico que justo es señalar que, por otra parte, ha estado a la altura de la dignidad del profesorado, pudiéndose recordar unas palabras de Estanislao Zeballos, quien dijo en una ocasión en nuestra Facultad de Derecho, que al ser presentado en una Universidad en Italia, dijo el rector de ésta: "El doctor Zeballos ha sido ascendido de ministro canciller a profesor de la Universidad de Buenos Aires. Similar a este concepto alguien recordó que cuando Bismark recibió de Ihering el título de doctor honoris causa de la Universidad de Gottinga, aquél le dijo gracias colega, pero Ihering le corrigió; colega no! yo soy profesor.

Con relación a la carrera cumplida por Alterini en el Poder Judicial, debo decir que ha cumplido con todos los pasos, desde el cargo de secretario de un juzgado civil en la Capital Federal, luego juez de Primera Instancia y en la actualidad juez de Cámara, compartiendo años atrás la sala C del Tribunal con los doctores Augusto C. Belluscio, hoy ministro de la Corte Suprema, con el doctor Santos Cifuentes, actual miembro de número de esta Academia y luego con el doctor Agustín Duraño y Vedia, desempeñándose como secretaria de la Cámara la doctora Ana M. Conde, actualmente integrante del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

No es posible reseñar en el corto tiempo que debe tener esta presentación, la línea de la actuación judicial de Jorge Alterini, pero me parece oportuno recordar que hace muchos años en un acto del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en que rendía homenaje a abogados que cumplían cincuenta años de su graduación, el doctor Leopoldo Melo que fue presidente de esta Academia, dijo que viajando por Francia vio en el frontispicio de una de las viejas Cortes de Apelaciones, una antiquísima inscripción al lado del rey Carlos X dirigida a los jueces decía "la fuerza que os he dado en poder devuélvemela en derecho y justicia".

Hoy Alterini puede con orgullo y satisfacción ostentar el cumplimiento del mandato que encierra aquella vieja inscripción, y lo ha hecho aplicando la ley con sujeción a las normas superiores no siempre escritas, de la Justicia, teniendo presente lo que Babiloni expresa en una de las notas en el articulado de su Anteproyecto de Código Civil, acerca de que el derecho no es una ciencia especulativa, sino experimental, tiene por objeto el gobierno de hombres e intereses.

Cabe así preguntarse cuál ha sido la línea de inspiración de sus fallos como juez. Pienso que de ello puede decirse que ha cumplido el mandamiento que enunciaba Couture en una de sus obras, que aunque dirigido a abogados, alcanza también a los jueces, que igualmente bregan en primera línea en la lucha por el Derecho. Decía el eminente jurista que el deber de quienes luchan por el derecho, si lo hallaren en conflicto con la Justicia, deben dar prevalencia a ésta. Es que el derecho, sólo puede concebirse como lo define Santo Tomás, como un ordenamiento razonable de quien ejerce el poder social orientado al bien común. De ahí que la razonabilidad de la ley es una garantía de fuente constitucional, como lo demostró Juan Francisco Linares en su libro "Razonabilidad de las Leyes", una de las obras de mayor trascendencia y valiosa en nuestro derecho, que honra a su autor que fue eminente miembro de número de nuestra Corporación.

Doctor Alterini: la Academia Nacional de Derecho lo recibe con singular satisfacción habida cuenta de sus antecedentes morales y científicos y espera que su aporte contribuya al cumplimiento de sus fines estatutarios, el empeño de profundizar el estudio y perfeccionamiento del orden jurídico de la República. ♦

LA BUENA FE Y LOS PREJUICIOS ANTE LAS ADQUISICIONES A TÍTULO GRATUITO

POR JORGE HORACIO ALTERINI (*)

Palabras preliminares

Buenas noches. Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, autoridades presentes, señores académicos, magistrados y profesores, señoras y señores:

Destaco en primer término la feliz coincidencia de que este acto se haya iniciado con las palabras del Presidente de la Academia, el doctor García Belsunce, y de quien lo precediera en el ejercicio de esa investidura, el doctor Martínez Ruiz, durante cuyo mandato se concretó mi designación. Para ambos mi agradecimiento por la generosidad de sus juicios, porque se expresaron con la nobleza de ánimo y la magnanimidad que caracterizan al señorío. Desde los tiempos de estudiante en la Universidad de Buenos Aires supe que eran efectivamente verdaderos señores, o sea que merecían la calificación que, con el significado acuñado en la Alta Edad Media (1), les corresponde a las personas que son dignas de respeto. Ya por entonces generaban en los alumnos el sano y estimulante espíritu de la emulación, o sea que despertaban, y siguen despertando hoy, ese propósito de semejanza, en el decir de Aristóte-

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en la sesión pública del 11 de octubre de 2001, en oportunidad de su incorporación como académico titular.

(1) Ver COROMINAS, Joan y PASCUAL, José A., "Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico", Editorial Gredos, vol. V, Madrid, 1991, p. 211: "...desde la alta Edad Media vemos ya aplicado...individualmente a toda persona respetable o de posición superior, vieja o joven".

les, hacia “aquellos a quienes muchos admiran, o a quienes nosotros mismos admiramos” (2). Pese a que debería reflexionar más extensamente sobre las personalidades de los doctores García Belsunce y Martínez Ruiz, nada agregaré, para que el elogio merecido no se confunda con la adulación, pues como lo advirtiera Séneca, “a menudo la adulación ofende mientras intenta halagar” (3).

Mi reconocimiento también y la esperanza de responder a sus expectativas, para los académicos que me propusieron como par: los doctores Videla Escalada y Ray, ya consagrados maestros en mi juventud, que tanto brillaron y brillan por la robustez de sus pensamientos, por la enjundia de sus producciones doctrinarias y por la diafanidad de sus conductas; el doctor Vanossi, arquetipo de jurista-político que con coraje cívico ha resistido el mimetismo con un ámbito en el cual son pocos quienes trasuntan ejemplaridades como la suya y el doctor Cifuentes, jurista-juez que ha sido modelo del magistrado independiente que requiere una Argentina con la grandeza de las utopías realizables, como lo comprobé durante diez y ocho años de ideales compartidos en la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. También mi gratitud para todos mis otros distinguidos cofrades que por voluntad unánime apoyaron mi incorporación.

Una vez más siento la presencia de Dios, ordenador silencioso de nuestro destino, la de mis padres, que con tanto afecto, abnegación y energía me estimularon para mi desarrollo humano e intelectual, la de mi esposa Graciela, esa gran mujer cuya existencia sustenta buena parte de mis logros personales, la de mi hermano, que me inculcó la pasión por el Derecho, la de mis seis hijos, destinatarios finales de mis anhelos, que seguramente me juzgarán con benevolencia, y también la de los amigos que siempre me acompañaron. Un recuerdo especial para quien más influyera en mi proyección universitaria, el doctor Guillermo Allende, cuyo grandioso valor humano dejaba en un segundo plano al eminente Profesor Emérito de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata y al lúcido tratadista.

(2) ARISTOTELES en su *Arte Retórica*, Libro II.11; ver “*Arte Poética. Arte Retórica*”, traducción de José Goya y Muniain y Francisco de P. Samaranch, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 162.

(3) SENECA, “*Diálogos*”, traducción de Carmen Codoñer, Editorial Altaya, Barcelona, 1994, p. 118.

En virtud de que integro la Justicia nacional, creo advertir en mi designación un reconocimiento a los muchos magistrados y funcionarios que se esfuerzan por ajustarse a reglas como las contenidas en el "Decálogo del juez" de Enrique Díaz de Guijarro, y en particular a sus recomendaciones acerca de que realice la moral y el derecho al hacer justicia, de que preserve a toda costa la independencia y la dignidad de su magistratura y de que no busque la popularidad (4). No olvido que tanto el patrono del sitial que me fue asignado, como quien lo ocupara hasta producirse la vacancia que motivó mi convocatoria, integraban el Poder Judicial al tiempo de sus investiduras como académicos.

El patrono del sitial

El patrono del sitial, Alfredo Colmo, nació en Buenos Aires en 1878. Cursó la Carrera de Abogacía en la Universidad de Buenos Aires y por su sobresaliente trayectoria le fue otorgado el Premio Universitario (Medalla de Oro) de su promoción, como también el Premio Facultad a su Tesis Doctoral. Tuvo una definida vocación docente, que primero expresó en la enseñanza secundaria y luego en la universitaria y que culminó con su nombramiento como Profesor Titular de Derecho Civil. Quien fue su alumno y lo sucedió en la Cátedra, Pablo Calatayud, con posterioridad académico en su sitial, lo describe en estos términos: "Hablaban con claridad y con método, con sencillez y serena elocuencia. Tenía la atracción de lo original. Era un renovador. Sus lecciones nos sugestionaban con una extraordinaria erudición..." (5).

En 1920 fue designado Juez de la Cámara Civil 1ª y se entregó con tanto fervor a su nueva función, que llegó a decir en su obra póstuma: "Me siento nacido para juez. Por eso llegué a hacer de la función todo un culto. Servir a la causa de la justicia...era...un placer espontáneo que me elevaba, como el que debe sentir quien, ungido de fe religiosa, comulga ante un altar con el Dios de su creencia...Declaro que en cada año de magistratura he aprendido más que en dos o tres de cátedra y obra científica" (6). Se ha dicho sobre su desempeño judicial: "... si va-

(4) DIAZ DE GUTJARRO, Enrique, "Abogados y jueces", Buenos Aires, 1959, ps. 55/56.

(5) CALATAYUD, Pablo, "Alfredo Colmo", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Año II, Segunda Epoca N° 2, Buenos Aires, 1957, ps. 91 y sigtes., ps. 94/95.

(6) COLMO, Alfredo, "La Justicia", Buenos Aires, 1957, p. 8.

liosa fue su producción como teórico, más valiosa nos parece, por su inmediata consecuencia social, su innovadora tarea de juzgador insobornable" (7).

Su conocida producción autoral fue muy extensa, y como reflejo de su confesada convicción de que "...el jurista y magistrado que no sepa sino Derecho, no sabe derecho, esto es, no sabe de nada" (8), incursionó también en aspectos pedagógicos, sociológicos y políticos. Me limito a aludir a algunas de sus obras más significativas: "Principios sociológicos", "Didáctica", "Técnica legislativa del Código Civil Argentino", "De las obligaciones en general. Tratado teórico práctico de las obligaciones en el derecho civil argentino" y "La justicia".

Acaso una de las virtudes morales enunciadas por Aristóteles, que expresa certeramente rasgos muy definidos de Colmo, es la de la valentía, término medio entre la cobardía y la temeridad (9). Supo integrar armoniosamente la razón y la pasión, porque como apunta Gibrán: "... la razón, gobernando sola, es una fuerza limitadora, y la pasión, desgobernada, es una llama que se quema hasta su propia destrucción" (10).

Algunos de sus votos en soledad en la Cámara Civil, lejos de traducir una inútil rebeldía, fueron el punto de partida de trascendentes cambios de jurisprudencia y su renuncia a la cátedra universitaria pretendió poner el acento en el resguardo de la razonada discrecionalidad en la valoración de los exámenes, que corona el irrestricto ejercicio de la libertad de cátedra.

De su permanente mirar hacia el futuro, de la disconformidad creativa de su autocrítica y de la transparencia de sus miras, dan cuenta las si-

(7) Así se expresó Agustín Rivera Astengo en la nota biográfica que precede a la edición de la Comisión de Homenaje de su obra "La Justicia", Buenos Aires, 1936, p. 13.

(8) Ver op. cit. en nota 6, ps. 77/78. También, ALTERINI, Atilio Anfbal, "Alfredo Colmo. Una vida con ideal", La Ley, 115-348.

(9) ARISTOTELES, "Ética Nicomaquea. Política", versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, Editorial Porrúa, México, 2000, ps. 36 y sigtes.; la cita corresponde a la Ética Nicomaquea.

(10) GIBRAN, Khalil, "El Profeta. El Jardín del Profeta. La voz del Maestro", traducción de Fath Al, Santot, Edicomunicación S.A., Barcelona, 1994, p. 43; la cita pertenece a "El Profeta".

güentes afirmaciones de su testamento: "Mi mejor obra ha sido siempre la que estaba por hacer. Ninguna de mis obras me ha gustado 'a posteriori', pero me envanezco de una cosa: la línea recta de mi vida" (11). Siempre fiel a sus convicciones, falleció repentinamente en 1934 mientras asistía en el teatro Cervantes a un acto organizado para conmemorar el cincuentenario de la Ley de Educación Pública.

El antecesor inmediato

Mi antecesor inmediato fue Elías P. Guastavino, que nació en Santa Fe en 1930. Cursó los estudios de grado y egresó como Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral. En esa Casa de Estudios, sita en su ciudad natal, fue Profesor Titular de Derecho Civil I (Parte General), Derecho Civil V (Familia), Derecho Civil VI (Sucesiones) y de Derecho Internacional Privado; también, Director del Instituto de Derecho Civil y fugazmente Decano. Además, desempeñó la titularidad de la Cátedra de Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derecho del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Fue designado Procurador General de la Nación en 1976 y desde 1978 a 1983 formó parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Entre sus muchos y valiosos aportes doctrinarios, me permito citar tan sólo los importantes libros sobre "Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia", "Colación de deudas", "Pactos sobre herencias futuras" y la obra que publicara la Academia: "Tratado de la 'jurisdicción' administrativa y su revisión judicial".

Quienes lo conocimos y supimos de la agudeza de su talento, nos fue fácil advertir que su sabiduría era asumida con humildad, quizás agudizada porque su sólida creencia en el sentido trascendente de la vida, le permitía tener conciencia de la pequeñez del ser humano ante el gigantesco espectáculo de la Creación. Pienso que era portador de la virtud moral que Aristóteles denomina mansedumbre, término medio entre la irascibilidad y la apatía del indiferente. Para el Estagirita: "El hombre

(11) Ver TOBAL, Gastón Federico, en su discurso de presentación del académico Pablo Calatayud, en op. cit. en nota 5, p. 104.

manso tiende a ser imperturbable y a no dejarse llevar por la pasión...es más bien... indulgente". Si los mansos se irritan, lo hacen sólo "como deben", "cuando deben" y "con quien deben" (12).

Con la misma imagen simple, prieta, directa, pero plena de contenido, a la que acudió el nunca olvidado académico doctor López Olaciregui, en sus palabras de presentación del doctor Guastavino, confirmadas por su activa y calificada labor en la Academia, le rindo ahora homenaje enfatizando que la suya fue "una vida consagrada al derecho" (13).

LA BUENA FE Y LOS PREJUCIOS ANTE LAS ADQUISICIONES A TITULO GRATUITO

I. Introducción

Como lo sugiere el título de esta disertación, mi intención es en primer término resaltar una vez más la significación de la buena fe como principio general del Derecho y la fecundidad de sus proyecciones, que analizaré luego en particular con relación a la situación jurídica frente a las acciones de ineficacia de quienes adquieren derechos de buena fe.

Me detendré en el concepto de actos gratuitos y también en los clásicos prejuicios frente a las adquisiciones a título gratuito, apreciadas muchas veces con injustificable disfavor con respecto a las adquisiciones a título oneroso.

Describiré la errática postura del derecho positivo vigente y no obstante que no ocultaré mi beneplácito por la protección de los adquirentes de buena fe aunque lo sean a título gratuito, sostendré que es necesario que el ordenamiento normativo, con una u otra visión del problema, adopte soluciones definidas en la materia, o al menos fije directivas básicas que superen eventuales omisiones de la preceptiva o la equivoicidad de sus mandatos.

(12) Op. cit. en nota 8, ps. 52 a 54.

(13) Ver Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Epoca año XXVI N° 19, p. 63.

II. La buena fe

Muchas veces he sostenido desde la Cátedra, que si el Derecho debiera expresarse en una sola norma, acaso la formulación que tendría mayor riqueza sería la que impusiera a las personas comportarse de buena fe.

La buena fe no es sólo un principio rector para la convivencia ordenada, sino que a través de ella se realiza en gran medida la aspiración ética que debe movilizar a todo ciudadano, con mayor razón si se siente convocado por la lucha por el derecho. Ya Ripert en su orientador libro, titulado: "La regla moral en las obligaciones civiles", aseveró que a la supuesta separación absoluta "...de la concepción jurídica y de la concepción moral, es fácil responder mostrando el lugar que tiene en nuestro Derecho la consideración de la buena fe" (14). Según Larenz: "El personalismo ético, que parte de la base de la capacidad del hombre para la autodecisión y la responsabilidad por sí mismo que eleva el respeto a la dignidad personal de cada ser humano a la categoría de imperativo moral supremo, no sería, con todo, suficiente para fundamentar un orden jurídico, y ni siquiera un orden jurídico-privado, si no interviniera también un elemento ético-social. Este elemento es, en el Código Civil, el principio de buena fe" (15).

Es habitual sostener la existencia de dos perfiles básicos en la buena fe, por un lado la buena fe objetiva y por el otro la buena fe subjetiva. Así, en el ámbito de los contratos se habla de la buena fe objetiva, consistente en respetar el deber de fidelidad, con relación al cual el concepto jurídico coincide con el semántico, pues fidelidad en su primera acepción gramatical significa: "Lealtad, observancia de la fe que uno debe a otro", o sea, la probidad y la lealtad que le son exigibles a los contratantes. Se alude a la buena fe subjetiva, si se apunta a la creencia del adquirente de que su adquisición de derechos, o mejor, que su emplazamiento en determinada situación jurídica es conforme a Derecho. Se trata de una creencia equivocada de quien persistió en el error pese a su proce-

(14) RIPERT, Georges, "La règle morale dans les obligations civiles", quatrième édition, París, 1949, ps. 287/288, núm. 157.

(15) LARENZ, Karl, "Derecho Civil. Parte General", traducción de la 3ª ed. original alemana y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén, 1978, p. 58.

der diligente o sea que el error es excusable, inculpable, invencible. Precisamente, el requerimiento de que el error sea excusable revela el fundamento ético de la protección de la buena fe, como agudamente lo afirma Trabucchi (16).

La ambivalencia señalada no debe obscurecer la circunstancia de que la buena fe en definitiva es una sola y que tanto el obrar negocial en cierta dirección, como el proceder que sigue a una creencia errada, expresan comportamientos, que serán de buena fe si responden a las improntas éticas. También aquí la semántica ilumina la unidad de fondo del principio de la buena fe en cualquiera de sus matices; según el Diccionario de la Real Academia Española la buena fe significa en general: "Rectitud, honradez", aunque en el ámbito del Derecho dirige su atención al perfil subjetivo, cuando la presenta como: "Convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo".

Si bien se mira, media rectitud, honradez, en el comportamiento de quien cumple con fidelidad sus compromisos, pero también en la conducta de quien tiene la convicción de que procede con derecho legítimo.

Distintos códigos han tratado de generalizar la vigencia de la regla de la buena fe. El Código Civil Suizo de 1907 proclamó con relación al aspecto objetivo que: "Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe" (art. 2.1) y en lo que atañe al perfil subjetivo que: "La buena fe se presume, cuando la ley hace depender de ella el nacimiento o los efectos de un derecho" (art. 3.1) (17).

El Código Suizo influyó en otros en cuanto a la faceta objetiva. En el Japón, durante la ocupación por los norteamericanos y luego de la en-

(16) TRABUCCHI, Alberto, "Sistuzioni di diritto civile", decima ottava edizione, Edizioni Cedam, Padova, 1971, p. 443, núm. 177.

(17) Ver "Code civil suisse", edité par la Chancellerie fédérale, Berne, 1983, p. 1. Dalmiro Alsina Atienza recuerda la influencia del art. 2° del Código Suizo en el Código Turco de 1926 y en el Chino de 1930/1931 ("El principio de la buena fe en el Proyecto de Reforma de 1936", t. I, Buenos Aires, 1942, ps. 15/16, núm. 8).

trada en vigor de la Constitución de 1947 por ley 222 del 27 de abril de ese año, se incorporó al Código Civil este principio: "Los derechos se ejercerán y los deberes se cumplirán con lealtad conforme a las exigencias de la buena fe" (art. 1.2) (18). Es sugestivo señalar que la jerarquización de la buena fe tiene un lejano antecedente entre los nipones, pues ya en el año 604 la constitución de 17 artículos sancionada durante el principado de Shotoku, estableció en el art. 9° que: "La buena fe es la fuente del derecho..." (19).

En España, por dec. 1836 del 31 de mayo de 1974, se le agregó al Código Civil un Título Preliminar, en el cual aparece esta previsión: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe" (art. 7.1) (20). El Código Civil de Quebec de 1992 establece: "Toda persona está obligada a ejercer sus derechos civiles según las exigencias de la buena fe" (art. 6°) (21).

A su vez, el Código Civil de Holanda de 1992, en un marco conceptual más ceñido, preceptúa: "El acreedor y el deudor están obligados a comportarse con relación al otro según las exigencias de la razón y de la equidad (apart. 1 del art. 2° del libro 6) (22); aquí las nociones de razón y

(18) Ver "Código civil japonés", estudio preliminar, anotación y notas de Rafael Domingo y Nobuo Hayashi, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 59.

(19) El texto completo del art. 9° de la Constitución de Shotoku es el siguiente: "La buena fe es la fuente del derecho. Debéis tener buena fe en todas las cosas ya que de ellas dependen el bien y el mal, el éxito y el fracaso. Cuando existe buena fe entre el soberano y los súbditos no hay nada que no puedan realizar. Cuando esta buena fe falta, todo, sin ninguna excepción fracasa" (<http://webs.sinectis.com.ar/acoda/shotu.html>).

(20) Ver "Código Civil español", Civitas Ediciones, Madrid, 2000, p. 84. Se han comparado las pautas seguidas por el Código Español con las del art. 2.1 del Código Suizo —estas últimas, como vimos, semejantes a las del muy olvidado Código Japonés— y resaltado que las pautas ibéricas son muy limitadas porque se aplican únicamente a los derechos, mientras que las helvéticas se extienden también al cumplimiento de las obligaciones (ver De Los Mozos, José Luis, "Derecho Civil. Método, Sistemas y Categorías Jurídicas" Editorial Civitas, Madrid, 1988, concretamente el Capítulo IX: "La buena fe en el título preliminar del Código Civil", en ps. 211 y sigtes.).

(21) Ver "Code Civil Québec", sous la direction de Baudouin Renaud, Wilson & Lafleur Limitée, Montréal, 1996, p. 2.

(22) Ver "New Netherlands Civil Code Patrimonial Law", Kluwer Law And Taxation, Publishers, Deventer, 1990, p. 235.

de equidad se corresponden con la de la buena fe. También con la mirada puesta en los contratos, ya el Código Civil de Alemania de 1900 había dispuesto que: "Los contratos han de interpretarse como exige la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico" (parág. 157) y que: "El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico" (parág. 242) (23). Del mismo modo, el Código Civil de Italia de 1942 exigía el respeto de la buena fe en las tratativas y en la formación del contrato (art. 1337), en su interpretación (art. 1366) y en su ejecución (art. 1375) (24).

Que toda negociación debe estar regida por la buena fe lo confirman los principios para la contratación comercial internacional establecidos por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), pues el artículo 1.7 dispone en su proposición 1 que: "Cada parte debe actuar de conformidad con la buena fe y el trato justo" y resguarda ese actuar en la proposición 2 cuando establece que: "Las partes no pueden excluir o limitar ese deber". En tal línea la Convención de Viena de 1980 en materia de contratos de compraventa internacional de mercaderías, incluyó entre las pautas que debían tenerse en cuenta para su interpretación, "...la necesidad...de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional" (art. 7.1). No es solitaria la recepción de la buena fe en el derecho internacional, pues la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados regla que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe" (art. 26) y que "Un tratado deberá interpretarse de buena fe..." (art. 31.1).

La valiosa Reforma del Código Civil Argentino efectuada por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), en cuya concepción tanto descollaron los académicos doctores Borda y Martínez Ruiz, incluyó entre las pautas que revelan el ejercicio abusivo de los derechos, "...que exceda los límites impuestos por la buena fe..." (art. 1071) y también otra importante directiva con relación a los contratos, pues el actual art. 1198 se inicia con este postulado: "Los contratos deben celebrarse, interpre-

(23) "Código Civil Alemán (BGB)", traducción de Carlos Melón Infante, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1955, ps. 30 y 51.

(24) "Il Nuovo Codice Civile e le leggi complementari", 6ª edizione, Edizione Adriani, Roma, 2000, ps. 237 y 241.

tarse y ejecutarse de buena fe...". Aunque se pensara que la buena fe se presenta en esas normas en un espectro limitado, nada debilita mi convicción con respecto a que tiene jerarquía de principio general del Derecho (25) y por tanto de fuente del Derecho en los términos del art. 16 del Cód. Civil, con mayor razón porque si no se infiriera ese principio de la naturaleza de las cosas (26), hasta podría hacérselo también de las múltiples normas particulares que se ocupan de la buena fe (27).

En cuanto al derecho laboral, es clara la recepción del principio "fundamental" de la buena fe, según la expresiva calificación del académico doctor Vázquez Vialard (28); así, la ley de contrato de trabajo 20.744 (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175) acude a la buena fe en el art. 11 como una de las pautas para interpretar la ley laboral y el art. 63 preceptúa: "Las partes están obligadas a obrar de buena fe...tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo". Además, la ley 23.546 (Adla, LVIII-A, 51) con respecto a las negociaciones colectivas de trabajo, prevé en su art. 3° que: "Ambas partes están obligadas a negociar de buena fe..." y en el art. 4° inc. 7, con las reformas de la ley 25.250 (Adla, LX-C, 2832), que no actuar de ese modo implica una "práctica desleal y contraria a la ética de las relaciones profesionales del trabajo".

Destaca con acierto el académico doctor Cassagne que el principio general de la buena fe llega al derecho administrativo desde el derecho

(25) WITZ, Claude, "Droit privé allemand. Actes juridiques, droits subjectifs", Éditions Litec, París, 1992, p. 71, núm. 70, afirma que es "...un principio ético prioritario el principio general de buena fe...".

(26) COING, Helmut, "Fundamentos de filosofía del derecho", traducción del alemán por Juan Manuel Mauri, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, p. 106.

(27) Como lo significa Wieacker: "...la ética social puede perfectamente establecer...líneas directrices de la conducta social, pero no esquemas normativos de validez general bajo los cuales puede subsumirse un determinado supuesto de hecho mediante juicios analíticos. 'Buena fe' o 'buenas costumbres' no son moldes acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico" (WIEACKER, Franz, "El principio general de la buena fe", traducción del alemán de José Luis Carro, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977, p. 37.

(28) VAZQUEZVIALARD, Antonio, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", 3ª ed. actualizada, t. I, Buenos Aires, 1986, ps. 89/90.

privado (29) y por ello ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "El principio cardinal de la buena fe rige por igual en el campo del derecho privado y en el del derecho público..." (30).

Por supuesto, que la buena fe tampoco es extraña al derecho procesal, como lo han resaltado los académicos doctores Palacio y Morello; valgan como ejemplos el art. 34 inc. 5, letra d) del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, que incluye entre los deberes del juez: "Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe", el inc. 6 que le impone: "Declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieren incurrido los litigantes o profesionales intervinientes" y los concordantes arts. 45, 551 y 594 (31).

III. Las adquisiciones a título gratuito

Una interesante aproximación al tema la aporta Galgano (32), que sostiene: "No todo acto gratuito es un acto de liberalidad ... Todo acto de liberalidad es un acto a título gratuito, o sea sin contraprestación; sin embargo no todos los actos a título gratuito son actos de liberalidad". Así, no existe liberalidad si el acto a título gratuito responde a una obligación civil o natural; con ese esquema "la donación remuneratoria es un acto de liberalidad, puesto que cada uno es libre de manifestar o no reconocimiento, de premiar o no los méritos de otro, de remunerar o no a quien le ha beneficiado". La distinción asienta también en la naturaleza del interés, patrimonial o no; en función de ese criterio "...se puede decidir cuando un depósito o cuando un mandato gratuito o bien un comodato pueden calificarse o no como actos de liberalidad..."

(29) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho administrativo", t. I, Buenos Aires, 1998, p. 167.

(30) Fallos: 311: 2385.

(31) PALACIO, Lino Enrique, "Derecho procesal civil", t. III, Buenos Aires, 1999, ps. 46 y sigtes., núm 219; MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas y BERIZONCE, Roberto Omar, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados", 2ª ed., t. I, La Plata, 1982, ps. 657 y sigtes., núms. 167 y sigtes.

(32) GALGANO, Francesco, "El negocio jurídico", traducción de Francisco P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia, 1992, ps. 111/113, núm. 25.

Por otra parte, no es discutible que la donación no es la única de las liberalidades, como surge en nuestro país de la enumeración de actos que no son donaciones del art. 1791 del Cód. Civil.

El Código Civil no caracteriza al acto jurídico a título gratuito, pero sí lo hace con respecto a la más importante de sus especies: el contrato; el art. 1139 "in fine" dispone que los contratos "...son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte".

La noción expuesta se corresponde con la que preconizan los más influyentes teóricos del negocio jurídico. Stolfi expresa que son actos a título gratuito "...aquellos que tienen por objeto un dar, hacer o no hacer que se prometan o exijan por la parte sin compensación..." (33).

Puntualiza Betti que: "Una apreciación de gratuidad u onerosidad del negocio sólo puede hacerse atendiendo a la causa; si se conduce, en cambio, a los motivos, la indagación puede producir distintos resultados" (34). Díez-Picazo coincide con esta tesis (35).

Aclara Cariota Ferrara, que son negocios gratuitos aquellos "... en los que hay una prestación de una parte y obligación de la otra, pero no se halla en función de atribución patrimonial: el mutuo sin interés y el

(33) STOLFI, Giuseppe, "Teoría del negocio jurídico", traducción y notas del derecho español por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 73, núm. 19.

(34) BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", 2ª ed., traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 239, núm. 39. Aclara: "Así, la fianza —negocio que tiene por partes el fiador y el acreedor— es a título gratuito si éste no se compromete a pagar a aquél compensación por las garantías que le da; ello no impide que el fiador puede haberse hecho prometer, separadamente, una retribución del deudor principal a quien ha facilitado la obtención del crédito por la garantía que presta. Entonces un negocio gratuito en la causa aparece oneroso en cuanto al motivo; pero el aspecto que cuenta es el de la causa, y por ello, en la hipótesis expuesta, la fianza es, indudablemente, a título gratuito".

(35) DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos de derecho civil patrimonial", vol. primero, Editorial Tecnos, 2ª reimpression, Madrid, 1979, p. 72, núm. 46: "La gratuidad viene definida por la objetiva inexistencia de reciprocidad y en pureza, cualesquiera que hayan podido ser las motivaciones que hayan impulsado a realizarlo (desinterés, afecto, cortesía, etc.)".

comodato son negocios a título gratuito aunque impliquen una prestación a cargo de un sujeto (mutuante o comodante) y una obligación a cargo de otro (mutuario o comodatario) y ello porque esta obligación no sirve para realizar una atribución a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, sino una simple restitución de la primera prestación" (36). Como el cargo o modo no es correlativo de la atribución patrimonial, la donación o el legado no pierden su carácter gratuito aunque tengan cargos (37). En tanto esta disertación tiene como centro las implicancias de la buena fe en las adquisiciones a título gratuito, los actos jurídicos gratuitos que más nos interesan son la donación y las disposiciones testamentarias.

IV. Prejuicios frente a la donación

Las prevenciones contra la donación, que dan nacimiento a los prejuicios con relación a las adquisiciones a título gratuito, se remontan al antiguo derecho romano. Ihering explica esa realidad con estas reflexiones: "La teoría de la tradición no distingue entre el acto oneroso y el acto a título gratuito. Otra cosa ocurre con la *mancipatio* de las *res mancipi*, única forma existente, en el antiguo derecho, para el traspaso de la propiedad romana... Sólo la venta podía, en esta época, determinar al propietario a transferir su propiedad... La idea de una donación no hallaba su expresión jurídica. El antiguo romano no donaba. Durante ese tiempo, el que quería dar no lo conseguía más que revistiendo la donación de la forma de una *mancipatio* (venta simulada)... la *mancipatio* atestigua que el más antiguo derecho romano ignora la transferencia de la propiedad a título gratuito, y sólo conoce la transferencia a título oneroso. Así es el mismo derecho quien obliga a la donación a ocultarse

(36) CARIOTA FERRARA, Luigi, "El negocio jurídico", traducción del italiano y notas de Manuel Albadalejo, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, p. 188, núm. 61. Este autor también alude a "...negocios que no se pueden calificar ni como onerosos ni como gratuitos (actos neutros), otros (como la constitución de garantía) son a veces gratuitos y otras onerosos (actos incoloros o indiferentes)" —p. 187—.

(37) SANTORO PASSARELLI, B., "Doctrinas generales del derecho civil", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 245, núm. 45: El modus no llega a ser nunca correlativo a la atribución negocial y, por eso, la causa del negocio atributivo permanece siempre liberal o gratuita, sin confusión alguna con elemento alguno de onerosidad"; también ps. 273/274, núm. 50.

bajo la forma de otro acto, a parecer lo que en realidad no era..." (38). Se atribuye a la influencia del cristianismo el reconocimiento de la donación por los romanos, en virtud de su aliento de las liberalidades como expresión de generosidad y forma de caridad (39).

Los prejuicios contra las adquisiciones a título gratuito acuñaron la contraposición entre el adquirente a título oneroso, que merecía ser protegido porque debía evitarse dañarlo ("damno vitando") y el adquirente a título gratuito, que no requería ser tutelado porque tan solo era beneficiario de un lucro que pretendía conservar ("lucro captando") (40). El propio Vélez Sarsfield se dejó impresionar por este criterio y en sus notas a los arts. 967 y 3309 sostiene que los adquirentes a título gratuito sólo tratan de obtener una ganancia, mientras que en la correspondiente al art. 2096 apunta que "el donatario en verdad nada pierde".

Otra manifestación de las aprehensiones que despierta el título gratuito es la contenida en la ley de concursos 24.522 (Adla, LV-D, 4381), que califica como ineficaces de pleno derecho a los actos a título gratuito realizados por el deudor en el período de sospecha (art. 122, inc. 1), aunque esta solución puede explicarse porque "los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos" (art. 218 inc. 5, Cód. de Comer-

(38) IHERING, R. Von, "El fin en el derecho", traducción de Leonardo Rodríguez, Editor B. Rodríguez Serra, Madrid, s/f, ps. 177/178.

(39) Ver D'ORS, Alvaro, "Derecho privado romano", octava ed., Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1991, ps. 333/334, núm. 333. Dice: "Los negocios con causa de donación fueron objeto de una consideración suspicaz por parte de la mentalidad romana, pues carecían de la racionalidad de los negocios onerosos, en los que todo detrimento patrimonial se justifica por la contrapartida de una ventaja también patrimonial; por lo demás, el empobrecimiento de una persona, no sólo podía perjudicar a sus acreedores, sino que podía alterar la clasificación en los comicios; en fin, se pensaba que tales liberalidades eran más propias de las relaciones sacrales que de las propiamente jurídicas. En verdad, fue la legislación cristiana la que cambió esta consideración jurídica adversa, al fomentar la liberalidad como expresión de generosidad del alma y forma de caridad, como desprendimiento de bienes para vivir el consejo evangélico de la pobreza y como ayuda para sufragar los gastos de las obras benéficas y de las mismas iglesias".

(40) "Potior est causa eius qui certat de damno vitando, quam illius qui certat de lucro captando" —es mejor la causa del que pugna por evitar un daño que la del que procura obtener un lucro— (ver MANS PUIGARNAU, Jaime M., "Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia", Bosch Casa Editorial S.A, Barcelona, 1979, p. 126, núm. 43.

cio) y por tanto, al ser ajenos a la vida mercantil, son sospechosos de fraude (41).

La subsistencia de las prevenciones con respecto a la donación en el derecho contemporáneo, ha generado una extensa regulación, que según Torrente, parece encaminada más "...a frenar el espíritu de generosidad y de altruismo que a favorecerlo" (42). Como lo indicara con elocuencia Ihering, el desprendimiento que traduce la donación es de mayor valor moral que el que trasunta la disposición testamentaria: "La liberalidad por acto de última voluntad es esencialmente distinta de la donación entre vivos. El que da sacrifica una parte de su haber privándose de ella a sí mismo; los bienes que da por testamento los da por no poder guardarlos el mismo, o, más exactamente, en vez de donarlos, los abandona;... es decir, los deja detrás de sí, no pudiendo hacer otra cosa...el testador no paga de su propia bolsa; es pródigo con el dinero de sus herederos legales" (43).

Es cierto que quien adquiere a título gratuito incorpora a su patrimonio un lucro, pero esa característica lucrativa de ningún modo obsta a que de privárselo del bien adquirido se le provoque un daño efectivo y en ocasiones muy gravoso. Piénsese en una persona con hábitos moderados y hasta recelosa para comprometer su patrimonio, que siempre actúa como "buen padre de familia", que recibe la donación de un inmueble valioso, y que con el respaldo de esa propiedad contrae deudas por la adquisición de otros bienes que se correspondan con su nueva condición económica. A este donatario, que no receló de los dones provenientes de la plausible generosidad y que con elemental lógica pensó en la estabilidad de las adquisiciones, ¿se le podrá decir que la donación se convirtió finalmente en ineficaz por la sola circunstancia

(41) Ver ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz y VAZQUEZ, Gabriela Alejandra, "La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra. La acción revocatoria concursal", Buenos Aires, 2000, ps. 71 a 73, donde cuestionamos la terminología "ineficacia de pleno derecho", porque es ineludible la declaración judicial, y propusimos reemplazarla por la de "inoponibilidades declarables incluso de oficio".

(42) TORRENTE, Andrea, "La donazione", en "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", diritto dai professori Antonio Cicu y Francesco Messineo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1956, p. 2, núm 1.

(43) Op cit. ps. 178/179.

de que se supone dogmáticamente que no se le provoca ningún daño y solamente se lo priva de un lucro...?

Si el donatario está expuesto a tantas vicisitudes, si la donación despierta tantas suspicacias, hasta sería más congruente prohibirla, que incurrir en el absurdo de admitirla, pero desalentarla y desgarnecerla de protección. El mismo asombro y rechazo debería provocar el trato tan despectivo hacia la donación que su directa prohibición.

El dogma del título oneroso olvida que en la realidad viva del derecho, que todos conocemos, las operaciones más puras y transparentes son generalmente las gratuitas. Se olvida también, que como lo puntualiza Ferrara, "...todo negocio puede emplearse para disfrazar una liberalidad" (44), desfiguración que el Codificador tiene presente en el art. 3741, cuando se hace cargo de la posibilidad de que una disposición testamentaria "...se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso...". El resultado no querido y francamente indeseable, es la sospecha, habitualmente infundada, hacia el título gratuito irreprochable y el distraído respeto del título oneroso, pese a que todos somos sabedores de que las negociaciones más espurias no vacilan en refugiarse en la onerosidad.

V. El Código Civil Argentino

Como primera aproximación a las disposiciones vigentes es necesario distinguir el régimen de las cosas muebles (no registrables) y de las cosas inmuebles, y en ambos casos si nos encontramos con un adquirente, o sea con quien adquirió la cosa directamente del titular expuesto a alguna inestabilidad de su título, o con un subadquirente, es decir con alguien que adquirió de quien a su vez había adquirido del titular.

A. Cosas muebles (no registrables)

a) *adquirente*

La regla es que procede la reipersecución contra el adquirente de una cosa mueble de quien no es titular de ella, o que lo hizo a través de un

(44) FERRARA, Franciso, "La simulación de los negocios jurídicos"; traducida de la 5ª ed. por Rafael Atard y Juan A. De la Fuente, 2ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931, p. 257.

acto nulo o anulable (art. 2778), o expuesto a resolución, pues no se aplican el art. 2412, ni sus concordantes los arts. 2413 y 2671, que suponen la existencia de subadquirentes.

No obstante, hay casos en los cuales se tutela al mero adquirente de cosas muebles. Existe generalizado silencio sobre la particularidad del supuesto de las enajenaciones realizadas por el heredero incapaz de suceder por ser indigno (art. 3291 y sigtes.); no es dudoso que ellas son válidas (art. 3309), aunque sean "a título...gratuito" (art. 3310), con mayor razón si las cosas son muebles, salvo "concierto fraudulento" entre el indigno y el tercero adquirente (art. 3310 "in fine"). El caso es muy significativo porque se protege hasta al adquirente gratuito y se lo hace en forma desmedida, porque ni siquiera se requiere que el adquirente sea de buena fe, pues aunque el tercero conociera la indignidad su adquisición quedaría firme, salvo que se acreditara concierto fraudulento.

Una situación singular se presenta con la firma de un instrumento privado en blanco, puesto que si es llenado por la persona a quien fue confiado en contra de las instrucciones del suscriptor, esa infidelidad no puede ser invocada contra el contratante de buena fe (art. 1018); en cambio, si el abuso de la firma en blanco lo concreta quien substrajera fraudulentamente el instrumento privado, ese abuso puede ser esgrimido incluso contra el contratante de buena fe (art. 1019).

Es sabido que según el art. 961 "Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos", pero la acción revocatoria se detiene ante el adquirente a título oneroso, salvo que "haya sido cómplice en el fraude" (art. 968), complicidad que se presume si al tratar con el deudor "conocía su estado de insolvencia" (art. 969 "in fine").

También se protege a los meros adquirentes de cosas muebles siempre que sean de buena fe y a título oneroso, en la clásica hipótesis del heredero aparente del art. 3430 y en el supuesto incorporado por la ley 17.711 como segundo párrafo del art. 473, de los actos realizados por quien adolezca de una demencia no notoria, "haya habido o no sentencia de incapacidad".

b) *subadquirente*

La tutela de los subadquirentes de cosas muebles no registrables, nos conecta con el art. 2412 y sus concordantes.

Con espíritu simplificador se afirma que en materia de cosas muebles la "posesión vale título", pero en verdad el art. 2412 impone otros varios requisitos, pues aparte de la posesión es ineludible que medie una subadquisición, que el subadquirente sea de buena fe y que haya adquirido la cosa mueble de un adquirente que la recibió de su titular por su propia voluntad, pues se excluyen las cosas hurtadas o perdidas, o sea las que salen del poder de su dueño "contra su voluntad", o "sin su voluntad".

El fundamento del art. 2412 es obvio, se tiende a facilitar la prueba del dominio de las cosas muebles a través de la simple justificación de la posesión, siempre que el subadquirente sea de buena fe, pues la comprobación impondría inexorablemente la difícilmente inimaginable conservación de las facturas o recibos correspondientes a cada una de las múltiples adquisiciones de cosas muebles. La norma del art. 2412 es concordante con los preceptos de los arts. 3271 y 2671, que colocan a las cosas muebles fuera del marco del principio del "nemo plus iuris" receptado por el art. 3270 (45). No disuenan con las pautas antedichas, pese a lo sostenido en contrario, ni el art. 41 del dec. 15.348/56, ratificado por ley 12.962, en materia de reivindicación por el acreedor prendario en la prenda con registro, ni el art. 13 de la ley 25.248 (Adla, LX-C, 2815) para el leasing, pues la reivindicación de la cosa mueble contra cualquier tercero que prevén, supone que la prenda o el leasing estén registrados, por lo cual el tercero no será de buena fe (46).

(45) Según el art. 3270: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere". De conformidad con el art. 3271: "La disposición del artículo anterior no se aplica al poseedor de cosas muebles" y por el art. 2671: "La revocación del dominio sobre cosas muebles no tiene efecto contra terceros adquirentes, usufructuarios, o acreedores pignoratícios, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tuvieren una obligación personal de restituir la cosa".

(46) Invocan una reivindicación sin límites, pese a las necesarias matizaciones, para la prenda: CAMARA, Héctor, "Prenda con registro o hipoteca mobiliaria", Buenos Aires, 1961, ps. 367 y sigtes., N° 109 y para el leasing: PAOLANTONIO, Martín E., "Régimen legal del leasing", Buenos Aires, p. 64.

Resulta desconcertante ante la fuerte razonabilidad de las finalidades que explican el art. 2412, que el agregado de la exigencia del título oneroso para poder repeler la acción reivindicatoria del verdadero titular, que imponen los arts. 2767 y 2778, produzca la obvia pero repudiable derivación de que para justificar la onerosidad el subadquirente deba practicar la acumulación de innúmeras facturas o recibos, agobiante rutina de la que se había pretendido liberarlo (47).

B. Cosas inmuebles

El art. 3270 y sus distintos corolarios (arts. 599, 738, 2422, 2603, y aún los arts. 2777 y 2778 para las hipótesis que resuelven expresamente), parecerían conducir a una ilimitada reipersecución tratándose de inmuebles, sin ninguna discriminación entre adquirentes o subadquirentes, ni según lo sean a título gratuito u oneroso. También el art. 3955 permite la amplia reipersecución de la acción de reducción articulada por el heredero afectado en su porción legítima de mediar donaciones inoficiosas contra terceros subadquirentes (48).

No cito al art. 787 en materia de pago indebido, ni al art. 1487 para la anulación de la permuta, pues entiendo que han quedado absorbidos por el nuevo contenido del art. 1051, a tenor de la ley 17.711, que resguarda a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso, sea el acto nulo o anulable.

Sin embargo, el rastreo de otras normas y la que entendemos correcta inteligencia de algunas de las citadas, mostrará múltiples matices y, por cierto, la carencia de ideas ordenadoras persistentes.

(47) Sobre los alcances del art. 2412 me ocupé con anterioridad; ver "Acciones reales", Buenos Aires, 2000, ps. 44 y sigtes. y LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Jorge Horacio, "Código Civil Anotado", t. IV-A, Buenos Aires, 1981, ps. 153 y sigtes.

(48) En mi trabajo "Resolución de los contratos y dominio revocable", *El Derecho*, t. 50, ps. 633 y sigtes., concretamente en las ps. 656 a 658, objeté la postura de Guastavino, que en general adhiere a la mía sobre los efectos de la resolución, en cuanto a que la acción de reducción también tendría por objetivo la resolución de las donaciones inoficiosas, pues entiendo que su finalidad es que se las declare inoponibles al heredero perjudicado; por ello son extrañas a la órbita del art. 2670 y concs. (ps. 656/658).

a) *Adquirente*

De los supuestos asistemáticos citados, en los que son protegidos los adquirentes de muebles, son aplicables a los inmuebles los siguientes: se resguarda a quienes sin connivencia fraudulenta adquieren del heredero indigno aunque lo hagan a título gratuito, a los adquirentes sin concierto fraudulento y a título oneroso ante la acción revocatoria y también a quienes adquieran de buena fe y a título oneroso del heredero aparente y del demente no notorio. El supuesto del art. 1018 no rige para la adquisición de derechos reales sobre cosas inmuebles por la inexistencia de la escritura pública exigida por el art. 1184 inc. 1, pero sí sustenta las adquisiciones de buena fe derechos personales.

c) *Subadquirente*

En principio no son protegidos los subadquirentes si al menos no son de buena fe, aunque a veces el legislador se contenta con la mera ausencia de colusión fraudulenta, pero más allá de esa coincidencia básica, se asiste a numerosas soluciones especiales que no responden a alguna directriz genérica.

1) *Simplemente de buena fe*

En otra oportunidad me ocupé extensamente de la resolución de los contratos y del dominio revocable y allí concluí que pese a ser muy difundidas las interpretaciones desviadas, puede rescatarse como lineamiento unificador que las distintas resoluciones o revocaciones no afectan a los terceros subadquirentes de buena fe, o sea a quienes ni conocieron, ni pudieron haber conocido con una razonable diligencia, la inestabilidad de sus adquisiciones ante la eventualidad de que la resolución o la revocación alcanzara a la titularidad de sus antecesores. En ese contexto deben entenderse las proyecciones de la resolución del dominio revocable (art. 2670), los efectos del pacto de retroventa (art. 1388), de la revocación de las donaciones y de los legados por inejecución de los cargos (arts. 1855, 3842), o por ingratitud del donatario o legatario (arts. 1866, 2667, 3843) (49).

No agrego el caso del art. 996 para los efectos de la acción de simulación, pues pese a que ese precepto tutela a los subadquirentes de buena

(49) Ver op. cit. en nota anterior.

fe, también fue alcanzado por la reforma del art. 1051, con la consiguiente adición del título oneroso.

2) *Ausencia de concierto fraudulento y título oneroso del subadquirente*

La acción revocatoria o de fraude legislada por los arts. 961 y sigtes. se detiene frente a los subadquirentes a título oneroso, salvo que mediara concierto fraudulento (art. 970), el que por argumento del art. 969 "in fine" creo que se presume ante el conocimiento del estado de insolvencia.

3) *Buena fe y título oneroso del subadquirente*

Este criterio fluye de algunos textos del Cód. Civil conforme a la redacción originaria que le imprimió Vélez Sarsfield, así, el art. 2130 en cuanto a la evicción entre permutantes y el art. 2310 para los bienes mejorados por el empleo útil. También, por cierto, el art. 1051, según la redacción de la ley 17.711, para los actos nulos o anulables.

4) *Buena fe del enajenante y buena fe y título oneroso del subadquirente*

He sostenido y fundamentado en otras ocasiones por qué participo del criterio que entiende implícito en los arts. 2777 y 2778, que la acción reivindicatoria no procede frente a un subadquirente de buena fe y a título oneroso si el enajenante también es de buena fe, e incluso que su vigencia es muy limitada luego de la adopción del nuevo art. 1051, pero que es aplicable al caso de la escritura falsificada, o en general a los actos sin autoría del legitimado, o sea inoponibles, o acaso mejor, irrelevantes para ellos (50).

V. Conclusiones finales

La descripción objetiva del derecho positivo en vigor, que creo haber realizado, demuestra la inexistencia de directivas generales sobre la cuestión ponderada; son tantas las pautas que conviven sin armonía y múltiples las soluciones particulares, que los criterios interpretativos son errantes y derivan en permanentes incertidumbres.

(50) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "Acciones reales" cit., ps. 64 y sigtes. y "El art. 1051 y el acto inoponible", *Jurisprudencia Argentina, Sección Doctrina*, p. 634 y ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz y VAZQUEZ, Gabriela Alejandra, "Teoría general de las ineficacias", Buenos Aires, 2000, p. 22.

La muy constructiva ley 17.711 intentó poner orden mediante la idea de la concurrencia de la buena fe y del título oneroso, pero el elogiable intento clarificador no tuvo toda la gravitación deseada, porque quedó unido básicamente al nuevo art. 1051 del Cód. Civil, que abarca exclusivamente a la invalidez con autoría del legitimado y por tanto es impotente para convertirse en lineamiento cardinal para la situación de los terceros frente a las reipersecuciones originadas por las distintas ineficacias.

El Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial redactado por la llamada Comisión Federal, que tuvo el honor de integrar, con media sanción unánime de la Cámara de Diputados de la Nación en 1993, se decidió por incorporar como principio informador del sistema a la tutela de la buena fe y del título gratuito, orientación exitosa en los derechos suizo (art. 973, Cód. Civil), francés (art. 30 del decreto sobre publicidad inmobiliaria del 4 de enero de 1955) y de Quebec (art. 2962, Cód. Civil de 1992). En cambio, la comisión redactora del Proyecto de Código Civil de 1998, de la que también formé parte, se inclinó mayoritariamente por resguardar la buena fe pero si confluye con el título oneroso, sin perjuicio de preocuparse por morigerar la conflictiva repercusión de las donaciones inoficiosas (51). Tales lineamientos generales,

(51) En el apart. 227 de los Fundamentos del Proyecto con respecto a la donación, se expresa: "Es muy importante la modificación que se propicia en punto a las donaciones inoficiosas. El Proyecto en este Capítulo se limita a calificar como tales a las donaciones que excedan de la porción disponible del patrimonio del donante, pero remite a la aplicación de los preceptos relativos a la porción legítima. Allí se aclara que las donaciones a terceros, esto es, quienes no sean herederos legitimarios, son reducibles sólo si han sido hechas en los diez años anteriores a la muerte del donante; y la acción de reducción prescribe a los dos años contados desde la muerte del causante. De este modo se escucha el reclamo de la doctrina y de la realidad social, que pretenden un régimen que permita colocar en el tráfico los títulos en los que aparece una donación". Las normas involucradas son los arts. 1443 y 2402.

A los fundamentos transcriptos, debe agregarse que también se atiende a la estabilidad de las donaciones con la disposición del art. 2513, que reza: "Transcurridos veinte años desde la realización del acto no se admite ninguna acción por ineficacia, aunque tenga efectos reipersecutorios. Este plazo no se suspende ni se interrumpe".

La postura del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 y del Proyecto de la Comisión Federal de 1993 fue más tajante, pues en ambos se suprimió la norma contenida en el art. 3955, en el entendimiento de que el claro sacrificio de la seguridad jurídica que provoca no tenía como contrapartida alcanzar una eficaz tutela de la legítima, dado que lamentablemente ella puede ser violada por otras modalidades muy difíciles de desbaratar.

en uno u otro sentido, tienden a cubrir la eventual falta de certeza de disposiciones particulares y no obstan a las normas expresas en sentido contrario.

Cualquiera sea la opción, lo importante es superar las incertidumbres que despierta el Código Civil vigente, más allá de que tenga criterio formado acerca de que el sistema debería girar en torno de la buena fe, aunque no sea acompañada del título oneroso.

Si la exaltación de la buena fe ha dado nacimiento a la teoría de la apariencia, para la cual la convicción en la legitimidad de la titularidad aparente es fundamento suficiente para la adquisición o pérdida de derechos, y esta teoría de larga data es hoy pilar fundamental de las modernas relaciones negociales, a nadie le pasará inadvertido que es extraña a la apariencia, es ajena a la buena fe, la contingencia de que la adquisición sea gratuita u onerosa.

El contenido ético de la buena fe, disuena con las rigideces de una lógica jurídica prisionera de sus aprehensiones con relación al título gratuito y de su materialista culto del título oneroso.

Muchas gracias. ♦

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



LA ACTUACION Y LA OBRA DE HANS KELSEN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

A la memoria de Ambrosio L. Gioja, que por haber sido maestro de la enseñanza del Derecho, le cabe la afirmación que en su "Diario" expresó André Gide: "Un buen maestro tiene esta constante preocupación: enseñar a prescindir de él".

PRIMERA PARTE

"La ofensa más grave que se puede hacer a un hombre es negarle que sufra"

Cesare Pavese

La notable influencia de Hans Kelsen —el jurista mayor del Siglo XX— justifica una breve pero necesaria exploración en el ámbito de sus aportes (valiosísimos) al derecho constitucional. Acaso sea más y mejor conocido en la Argentina como pensador en los terrenos de la teoría general y de la filosofía del Derecho, del mismo modo que en ciertos ámbitos académicos se lo resalta preferentemente por sus avanzadas construcciones en el derecho internacional. Sin embargo, un extenso período de su vida, transcurrida en Europa, se caracteriza por los aportes en el terreno del derecho público en general y del derecho constitucional en particular, ya sea en el ejercicio de la cátedra, en su contribución a la elaboración de la Constitución de Austria, en el desempeño en el Tribu-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 10 de mayo de 2001.

nal Constitucional de ese país, o bien en sus innumerables obras y estudios sobre temas y problemas de orden constitucional.

Ha sido gracias a la biografía escrita por su discípulo vienés Rudolf Alada'r Metall, publicada por el prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y traducida del alemán por Javier Esquivel (UNAM, México, 1976), que hemos podido indagar en la faz de Kelsen como constitucionalista. Allí nos enteramos que el gran maestro escribió en 1947 una "autobiografía" de alrededor de cincuenta páginas, que no llegó a publicar; y por los datos suministrados en el prólogo debido a Ulises Schmill, también nos informamos de los datos biográficos primarios: que Hans Kelsen nació en Praga (la que formaba parte del Imperio Austro-Húngaro) el 11 de octubre de 1881 y falleció en Berkeley (California) el 11 de abril de 1973. ¡Una vida de noventa y dos años! Y es el mismo prologuista el que destaca cómo en el ambiente contradictoriamente autocrático y clerical en lo político, pero liberal en lo cultural, el Imperio brindó condiciones propicias para el desarrollo de un pensamiento científico y de una creación artística poco común en regímenes de esa naturaleza. Entre las rebeldías de esa época, surge la necesidad de superar confusiones metodológicas y alcanzar en la medida de lo humanamente posible una unidad entre el pensamiento y la acción, superando las hipocresías duales y eliminando los excesivos ingredientes de irracionalidad.

En lo que a Kelsen se refiere, su preocupación apuntó a señalar la identidad del Estado y el Derecho, considerándolo a este último como un orden coactivo de regulación de la conducta humana, mientras que la referencia al Estado equivale a la personificación metafórica del orden jurídico total. A partir de esas bases, Kelsen procura la utilización de la pureza metodológica, eliminando lo ajeno al objeto "Derecho"; para de esa manera encarar una ciencia jurídica "pura", sin elementos extraños provenientes de otras disciplinas y de otras metodologías, tales como la teología, la ética, la sociología, la ideología, la sicología o la biología. Una verdadera obsesión por la pureza metódica ("teoría pura del Derecho"), inspirada en el objetivo de la depuración, frente a una atmósfera que todo lo mezclaba y mitificaba (ob. cit., ps. 1 a 8).

Si bien Kelsen había nacido en Praga, a partir de los tres años vivió con sus padres en Viena, donde adquirió su formación y desarrolló una parte considerable de su labor académica e institucional. Allí forjó amistades significativas para la certidumbre de su pensamiento, como su rela-

ción con Ludwig Von Mises, Sigmund Freud, Otto Bauer, Josef Schumpeter, Richard Strauss, Adolf Merkl, Alfred Verdross, entre muchos que formaban una constelación de grandes figuras creadoras. También allí bebió en las grandes fuentes, especialmente en el pensamiento de Kant. Permítaseme traer a colación una anécdota: Cuando en el mes de diciembre de 1970 visité a Hans Kelsen en su casa de Berkeley, con vista a la bahía de San Francisco, compartiendo con él una jornada memorable para mí, recorrimos juntos esa modesta residencia y, en uno de sus ambientes de trabajo observé que en la pared lucían varios retratos. Al preguntarle por ellos, me respondió: son mis principales inspiradores; y fue detallándome uno por uno, comenzando por la figura de Marco Aurelio ("gran pensador de la antigüedad"), prosiguiendo con Kant (se confesaba neokantiano), continuando con Max Weber ("la gran figura de mi juventud"), para culminar con la foto de una bella mujer. Y allí, me aclaró: "es la que más me inspira". Ante mi asombro, se trataba de la actriz Elizabeth Taylor...!. Entonces comprendí que el gran maestro contemporáneo del Derecho también poseía un gran sentido del humor.

Pero retornemos a su vida y su obra. En 1906 se gradúa de doctor en Derecho (Universidad de Viena) y al año siguiente debuta como publicista con un trabajo sobre el régimen electoral y dos ensayos de derecho constitucional (ob. cit., p. 17). Obtiene una beca para perfeccionarse en Heidelberg con el gran teórico del Estado George Jellinek; y entra en contacto con el círculo de Max Weber (ídem, p. 19). Llegamos así al año 1914, en que inicia su carrera docente en teoría constitucional y administrativa, en un establecimiento vienés, para acceder ese mismo año a la preciada condición de "docente privado" (privatdozent) de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de Viena; la misma que en 1917 le otorga el grado de Profesor Extraordinario. ¡Queda así reconocido que su bautismo docente tuvo lugar en el ámbito del Derecho Constitucional (sic), para orgullo de esta disciplina!

Por esos años, en 1914, crea la "Revista Austríaca de Derecho Público" (ob. cit., p. 23); y ya en plena guerra mundial, con el grado de Capitán Auditor, Kelsen elabora proyectos e informes que lo llevan a través del ministro respectivo a conocer y tratar en forma personal con el mismísimo Emperador Carlos, sucesor de Francisco José, hasta el fin del régimen monárquico (incluso recibió una condecoración de aquella casa reinante).

Tal como lo recuerda su autorizado biógrafo, Kelsen lleva adelante sus investigaciones científicas (p. ej., sobre el tema de la soberanía) al mis-

mo tiempo que promueve la formación de un calificado grupo de estudio que —merecidamente— se lo conocerá con el nombre de “la Escuela de Viena”; y todo ello no le impide participar activamente en la elaboración de la *Constitución definitiva* de la República de Austria al cabo de la guerra y luego de la disgregación del viejo Imperio. Kelsen se oponía por igual a los extremismos de cualquier signo: primero, ante la irrupción del marxismo (al que dedicó un libro demoledor) y más tarde ante los avances del fascismo y la tiranía del nazismo. Todo ello, desde su posición personal, ajena a la membrecía de los partidos, ya que nunca perteneció a ninguno de ellos. Según transcribe Métall, había afirmado Kelsen: “Aquello que no le concedo al Estado: el derecho a limitar la libertad de investigación y de expresión de ideas, no puedo tampoco concedérselo a un partido político mediante la sumisión voluntaria a su disciplina” (ob. cit., p. 40).

Kelsen elaboró varios proyectos, siguiendo los lineamientos indicados por el canciller Karl Renner; tomando en cuenta el antecedente inmediato de la Constitución alemana de Weimar (1919); y haciendo hincapié en los mecanismos de la democracia parlamentaria y de la descentralización. Pero su aporte más original fue en el terreno del garantismo, al diseñar un Tribunal Constitucional a cargo del control de constitucionalidad como función primigenia: ello permite hablar del “sistema kelseniano”, como acta de nacimiento del control *concentrado* a cargo de un órgano independiente y dotado del monopolio de esa función destinada a dar efectividad real al principio de la supremacía constitucional.

La Constitución de 1920 coincide con la aparición de su libro “Esencia y valor de la democracia” y con su intensa dedicación a la titularidad de la cátedra de profesor ordinario de Derecho Constitucional en la Universidad de Viena, durante la década 1919-1929; al propio tiempo que ejerce el Decanato de la Facultad de Derecho en el bienio 1921-1922. En este último año, junto con Adolf Merkl (de quien había adoptado la figura geométrica de la “pirámide jurídica”) publica una edición comentada de la Constitución. En los años que van hasta el de 1929, multiplica su actividad publicando importantes estudios sobre la Justicia Constitucional (1928) y sobre los Problemas del Parlamentarismo (1929); llegando a preparar un proyecto de Constitución para la Ciudad Libre de Fiume, que se malogra a causa del golpe de fuerza de Gabriel D'Annunzio (ob. cit., p. 53).

Tiene el raro privilegio que le deparan el destino y su ampliamente reconocido talento intelectual, de crear el Tribunal Constitucional, de

integrarlo en calidad de juez y de presidirlo; todo ello en el período 1921-1930. Pero no obstante su pertenencia a los componentes vitalicios de ese cuerpo, el giro político de Austria hacia el fascismo se expresó también en serio detrimento para el tribunal en general y para Kelsen en particular; todo ello en beneficio de la amplificación de los poderes del Presidente de la República. El operativo culminó con una precipitada reforma constitucional que separó de sus cargos a los jueces vitalicios (año 1930), en medio de la indignación de los sectores de opinión democrática que aún lograban subsistir.

La historia posterior es bien conocida: el triste peregrinar de Hans Kelsen —el jurista del Siglo— por diversos países de Europa, primero; y su final emigración a América, después. Como bien señala Métall, en Colonia, en Ginebra, en Praga y en los Estados Unidos, Kelsen se dedicó al Derecho Internacional; sin perjuicio de ocupar altas funciones académicas, como el cargo de Decano de la Facultad de Derecho de Colonia (1932-1933), al que renunció al momento de acceder el nazismo al poder, grupo éste que sutilmente lo “licenció” del ejercicio de la Cátedra (ob. cit., p. 66). En ese dramático momento, todos los profesores le testimoniaron su adhesión, con la única excepción de Carl Schmitt, colaboracionista del régimen totalitario instaurado y justificador del nuevo régimen de poder absoluto bajo el manto de su doctrina “decisionista” (1).

La persecución a Kelsen, acompañada del odio racial, llegó al extremo de privarlo de su derecho a pensión y hasta de su nacionalidad. Nadie reparaba en el daño que se estaba causando a la ciencia jurídica europea. Ningún Estado lo propuso para cubrir una vacante en la Corte Internacional de Justicia de La Haya; y hasta llegó a ser agredido físicamente en una de sus últimas clases en Praga. Entre el nazismo en Alemania, la anexión de Austria, la disolución de Checoslovaquia después

(1) Carl Schmitt nació el 11 de julio de 1888 en Plettenberg, Westfalia (Alemania), doctorándose en 1910 en la Universidad de Estrasburgo con una tesis sobre culpa y tipos de culpa (*Über Schuld und Schuldarten*), y en esa misma Universidad obtuvo seis años después la “*venia legendi*” (docente aspirante a profesor, “*Privatdozent*”). En 1921 fue profesor universitario en Greifswald y al año siguiente en la Universidad de Bonn. Desde 1928 fue profesor en Colonia y Berlín, hasta 1945. Su actuación pública lo cuenta a partir de 1932 como fiscal del Reich en ocasión de la intervención a Prusia (allí comienza su compromiso con la extrema derecha), y en 1933 como “*Staatsrat*” (consejero de Estado) en Prusia. En esos años asumirá la compilación de *Der deutsche Staat der Gegenwart* (El Estado alemán del presente), de la “*Deutsche Juristenzeitung*” (Diario alemán para juristas) y coeditor de la “*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht*” (Revista de derecho público extranjero; siendo autor de unos cincuenta libros y monografías, más alrededor de doscientos artículos.

de la claudicación anglo-francesa en los acuerdos de Munich, Kelsen se había convertido en un paria. Seguía escribiendo y dando cursos en otras capitales de Europa, bregando y esclareciendo contra la dictadura de partido único; pero todo era en vano. Aunque parezca mentira, cuando decide abandonar Europa (1939), ningún país latinoamericano le concede la visa (ob. cit., p. 82). ¡Lo que nos perdimos!

En 1940, luego de un accidentado viaje, lleno de peripecias (hasta el barco fue detenido por un submarino nazi), Kelsen llega a Estados Unidos e inicia una nueva etapa de su azarosa vida, que transcurre inicialmente en Harvard para recalar ya definitivamente en Berkeley (1942), adoptando tres años después la ciudadanía norteamericana. Desde allí, asesoró en aspectos jurídicos de los procesos de Nüremberg, presenció con alegría la resurrección de Austria como Estado independiente y

Fue un severo crítico de la República de Weimar, a cuya constitución reprochó la falta de "decisión" sobre las grandes cuestiones, pero que en realidad merecía su crítica por contener aquellas decisiones en favor de un sistema al cual Schmitt descalificó peyorativamente como el Estado liberal burgués de derecho. De su famosa Teoría de la constitución (1928) y el enunciado del "decisionismo" pasó enseguida a la teoría del "orden concreto", que puso a disposición cultural del nacionalsocialismo (1934), lo que le valió primero gran influencia intelectual en el citado régimen, pero después significó para él el ocaso de su influencia y la privación de la cátedra, en 1945 (ver FRAGA IRIBARNE, Manuel, "Carl Schmitt: el hombre y la obra", en la "Revista de Estudios Políticos", N° 122, marzo-abril de 1962, Madrid).

Este controvertido pensador de la crisis del Estado liberal de Derecho, resurge en la polémica contemporánea, a raíz de eventuales coincidencias con su intento de emancipar a la política del derecho y de desprender a éste de la ética (que en "un mínimo tan siquiera" exigía Jellinek para atender a la conformación del Estado).

Algunas precisiones es conveniente traer a colación en torno de la figura y de las ideas de tan versátil pensador. En primer lugar, no existió un Carl Schmitt invariable, sino que del análisis de sus ideas se desprenden tres etapas, por lo menos: a) la época de su construcción "decisionista", que va desde su furiosa arremetida contra la República de Weimar hasta 1933 (circa); b) el período del "orden concreto", a partir de la llegada del nacionalsocialismo de Hitler al poder; y c) desde su "arrepentimiento" en 1950, que lo vuelca a una suerte tardía de jusnaturalismo, que le permite descubrir las virtudes del pensamiento democrático y del garantismo occidental.

Pero lo que parece innegable es que las construcciones teóricas de Schmitt sirvieron para todo: para demoler la obra intelectual de Preuss y de Weber en la gestación de la Constitución de la primera República; para servir de justificación a horribles actos del nazismo en el poder; para adornar el principio del "caudillo" y del "conductor" bajo el régimen del franquismo en España (donde había sido rehabilitado con todos los honores como miembro del Instituto de Estudios Políticos de Madrid en marzo de 1962), y hasta para ser aprovechado por las fuerzas contestatarias y antisistema del extremismo italiano de los tristes años de la oposición extraparlamentaria.

bajo la restauración de "su" Constitución de 1920, abordó los aspectos jurídicos que suscitaba la flamante Carta de las Naciones Unidas y pudo asistir a la publicación en inglés de sus notables obras "Teoría General del Derecho y del Estado" y "Principios de Derecho Internacional". Y como muchas veces en la vida se retorna a los primeros amores..., ya anciano escribió un comentario a trabajos publicados con motivo de las inquietudes jurídicas que había despertado en Austria la reinstalación de "su" Constitución de 1920 (ob. cit., p. 97).

Mucho más podría agregarse a esta síntesis de su vida y su obra. Pero estaríamos invadiendo otras áreas del Derecho, cuando el objeto de nuestra modesta colaboración no ha sido otro que el de enfatizar su vocación por la ciencia jurídica a través del Derecho Constitucional, como la disciplina que primero abrazó antes de extender sus horizontes al resto del mundo jurídico. Grande es la deuda de gratitud que los estudiosos del derecho público tienen y tendrán hacia sus geniales formulaciones que, por sobre todas las cosas, surten el efecto de hacer pensar y re-pensar los grandes temas de la materia con objetividad, sin prejuicios y con la coherencia de un sistema. ¡Cuántas herramientas ha puesto Kelsen en nuestras manos! ¡Sepamos aprovecharlas! Aunque para ello resulte necesario, a veces, discrepar con él: siempre lo aceptó y, hoy más que nunca, lo sabría comprender.

A todos ellos sirvió el pensamiento schmittiano, con un denominador común; si algo fue siempre Carl Schmitt, pues fue un antiliberal empecinado, al que no le turbó la conciencia sostener que "la concepción política, que parte de la distinción entre Estado y sociedad, constituye una dualidad que es propia del pueblo judío, aficionado a las abstracciones" (HERNANDEZ GIL, Antonio, "Metodología de la Ciencia del Derecho", Madrid, 1971, p. 342).

Para quienes necesiten profundizar la verdadera orientación filosófica-política de Schmitt, además de la citada obra de quien fue gran presidente del Congreso de los Diputados del Reino de España en la recreación democrática, merece acudirse a la lúcida crítica de SOLER, Sebastián, en "Fe en el Derecho" (Ed. TEA, Bs. As., 1956, ps. 89 a 116), así como a BADENES GASSET, Ramón, en "Metodología del Derecho" (Ed. Bosch, Barcelona, 1959, ps. 208 y 209).

Y si alguien acude a mi "Teoría Constitucional" (Ed. Depalma, Bs. As., 1975) podrá allí encontrar (t. I, ps. 39 a 64) un análisis y crítica del concepto existencial-decisionista de poder constituyente que sostuvo Carl Schmitt.

Hoy en día, ningún exégeta de su pensamiento duda en ubicarlo en la línea de Hobbes, contra Locke, opuesto a los enunciados del racionalismo moderno y en constante apología de la voluntad del Führer ("voluntas non veritas facit legem").

SEGUNDA PARTE

"... conocer según los conceptos y pensar según las ideas"

(Kant)

"Porque todo se abre a algo más amplio que uno mismo"

(Antoine de Saint-Exupéry, Ciudadela, Cap. XIX)

En esta segunda parte del trabajo, vamos a tratar muy sucintamente algunos (y solamente unos pocos) de los temas kelsenianos que tienen especial incidencia metodológica o conceptual en el terreno del estudio del orden constitucional del Estado; y que a nuestro modo de ver conservan un gran valor permanente para el enfoque científico de esta materia.

Idea de Constitución

Para los "kelsenianos" *es absolutamente esencial esta premisa:*

El orden jurídico es un orden unitario de estructura escalonada, la cual ha hecho que se hable de "pirámide jurídica" (Merkel).

En la cúspide del orden jurídico estatal se halla una norma fundamental en la que se basa su unidad.

Esta norma, meramente hipotética, es la Constitución en sentido Lógico-Jurídico.

En ella se funda directamente la Constitución en sentido Jurídico-Positivo, producida por el órgano que establece la Constitución en sentido lógico-jurídico.

El contenido de la Constitución en sentido lógico-jurídico se reduce al establecimiento del *órgano* que ha de crear la esfera superior del derecho positivo.

La Constitución en sentido jurídico-positivo ocupa, por consiguiente, el grado inmediatamente inferior al de la Constitución en sentido lógico-jurídico y ocupa el más alto dentro del derecho positivo: es la norma fundamental de él, la norma en que todo él desemboca.

Conceptos de Constitución

La Constitución consistirá en la normación máxima del poder y de sus relaciones con la libertad. Podrá, incluso, variar el nombre de esa normación: Constitución o Ley Fundamental, Carta o Acto Institucional, Estatuto o Reglamento, etc.; pero en definitiva se trata de lo mismo, es decir, de establecer las reglas distributivas en las que recibirán base o sustentación los actos estatales y ante las cuales se invocará legítimamente la preservación de la órbita de reserva de la libertad. La idea de Constitución no cambia, aunque se modifique el ejercicio del Poder Constituyente (que es de verificación empírica) y aunque sufra cambios la creencia en la titularidad de ese poder (que es de afirmación filosófico-política), toda vez que por Constitución se entienda el punto de partida (lógico y no cronológico) de la organización del Estado. Todo lo demás, aunque se le endose a la Constitución, no forma su núcleo conceptual: para "descubrir" la Constitución basta con conocer el poder estatal y sus límites, es decir, encontrarse con el ámbito de la libertad.

La disociación del concepto jurídico y el concepto político de Constitución ha causado algunas dificultades en el conocimiento de este objeto. El mismo Hans Kelsen nos advierte que para la teoría del derecho el concepto de Constitución lleva a la equivalencia de ésta con la llamada "Constitución en sentido material", es decir, referida al conjunto de normas que regulan el proceso de la legislación, mientras que en la teoría política el concepto es más amplio, desde el momento que comprende también las normas que regulan la creación y la competencia de los órganos ejecutivos y judiciales supremos (2). No vemos ningún inconveniente en que el concepto de "Constitución en sentido material" sea compartido por la teoría política, habida cuenta de que si por *Constitución en sentido material* se entiende la formada por "los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes (3), entonces resulta que hay una plena identificación entre esa idea de Constitución y la idea de la suma distribuidora de las competencias de los órganos del Estado. No vemos la razón por la cual deba limitarse la Constitución —así entendida— a señalar las competencias legislativas, cuando las funciones de Estado se traducen en el ejercicio de diversas com-

(2) Confr. KELSEN, Hans, "Teoría general del derecho y del Estado", traducción de Eduardo García Maynez, 2ª ed., México, 1958, ps. 306 y 307.

(3) Confr. KELSEN, ob. cit., p. 147.

potencias. En el Estado moderno no puede unilateralizarse el poder político con el ejercicio de la función legislativa; y, con más razón aun, cuando parece evidente que la multiplicación de las funciones del Estado obliga—inclusive— a una mayor precisión en las denominaciones de los poderes (por ejemplo de asesoramiento, de decisión, de ejecución, de control y de responsabilidad). Reducir la Constitución “en sentido material” a la sola determinación de las potestades de creación legislativa general, es hoy un enfoque superado, toda vez que así pudo parecer en las épocas de apogeo de los sistemas parlamentarios de gobierno, pero no es una realidad universal en el tiempo presente ni resulta adecuado para el uso de una teoría constitucional. En consecuencia, es mejor apuntar a la identificación de la Constitución “en sentido material” con la determinación suprema de todas las competencias: entre el Estado y la sociedad, por un lado, y entre los diversos poderes del Estado, por el otro.

En lo restante, no vemos obstáculo en mantener el concepto de Constitución en “sentido formal” para referirnos a la forma privilegiada con que aparecen ciertos contenidos políticos, a criterio del constituyente: como señala el mismo Kelsen, se trata de cierto documento solemne, es decir, de “un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas” (4).

En definitiva, la Constitución “formal” es el texto que resulta privilegiado por la rigidez, pero no todo lo que está contenido en ese texto asume la condición de formar parte de la Constitución “en sentido material”.

De lo anterior resulta que el Poder Constituyente tiene capacidad para convertir en parte de la Constitución “formal” las regulaciones que estime valiosas para ello, y, contrariamente, puede privar de su carácter constitucional formal las disposiciones que juzgue disvaliosas y no merecedoras de estar incluidas en el texto constitucional. Claro está que

(4) Confr. KELSEN, *ídem*, p. 147, Kelsen admite que la Constitución en sentido material puede determinar no solamente los órganos del proceso legislativo, sino también, hasta cierto grado, el contenido de leyes futuras; y que esa determinación de los contenidos puede estar enunciada “negativamente” (mediante prohibiciones al legislador o positivamente mediante la indicación de una determinada garantía, por ejemplo). Véase p. 148 de la obra citada. Lo dicho confirma el aserto de que todas las normas constitucionales son normas de competencia, desde el momento que se refieren a ésta, ya sea afirmativa o prohibítivamente (véase VANOSSI, “Teoría constitucional”, t. II, p. 1 y sigtes.).

esa capacidad corresponde al constituyente, en cualquiera de las formas o etapas que puede asumir el Poder Constituyente: fundacional, revolucionario o reformador; con el resultado consiguiente de que la Constitución "formal" y la Constitución "material" pueden coincidir o no; y ello sin perjuicio de las alteraciones que puedan producir las llamadas "mutaciones constitucionales", la interpretación constitucional o las costumbres en general (conventions o convenciones de la Constitución). Coincidimos con Kelsen en sostener que la Constitución en sentido "formal" no es indispensable (sic), mientras que la Constitución en sentido "material" es un elemento esencial del ordenamiento jurídico: ello es así por cuanto en la Constitución en sentido *material* se encuentran las determinaciones necesarias para extraer la existencia válida de todo el resto de las normas que componen el ordenamiento nacional. En efecto, esa Constitución es la que determina: a) los órganos; b) los procedimientos, y c) los contenidos de la legislación inferior; de tal manera que a ella corresponde remitirse para encontrar la validez de las normas del derecho positivo inferior a la Constitución.

Preferentemente, la Constitución material dispone la determinación de los órganos y de los procedimientos con que luego se elaborará la creación de las demás normas de rango inferior; pero también delimita en cierta medida los contenidos, en cuanto su afirmación de una esfera de libertad —de respeto inexcusable para el poder estatal— significa una determinación negativa o prohibitiva —pero determinación al fin— de las competencias de los órganos estatales. En síntesis, *órganos*, *procedimientos* y *contenidos* forman el contenido necesario de la Constitución "en sentido material", a manera de enunciado institucional de las grandes "reglas del juego" político con que cuenta una comunidad organizada.

¿Cuáles son esas "reglas" fundamentales que contiene la Constitución? La respuesta admite un doble despliegue o desenvolvimiento, según el término de la relación política en que nos ubiquemos. Si partimos del poder, tales "reglas" se referirán a: 1. la amplitud del poder estatal; 2. la distribución del poder entre sus órganos; 3. las relaciones y controles entre esos órganos; 4. los mecanismos de formación; 5. los procedimientos de actuación; 6. los "fines" (mediatos) y las "directivas" (inmediatas) de los gobernantes, y 7. genéricamente, las relaciones de los gobernantes con los gobernados, es decir, sus potestades sobre éstos. Si partimos de la libertad, tales "reglas" se referirán a 1. los derechos de las personas y 2. las garantías de los gobernados frente a los gobernantes.

Validez y eficacia constitucionales

En la *Teoría pura* y en el pensamiento de Hans Kelsen el problema de la validez se resuelve (¿o se disuelve?) mediante una doble línea argumental, ya sea acudiendo al *principio de efectividad* si nos colocamos desde el punto de vista del derecho internacional, ya sea acudiendo al auxilio de la *norma fundamental* si nos ubicamos a partir de la primacía del derecho nacional. El primero de los principios es el que sirve para el reconocimiento internacional de los gobiernos *de facto*; pero que partiendo de la unidad de todo el derecho y dentro de él admitiendo la primacía internacional, tendríamos que aceptar —por la identidad de Estado y derecho— que el mismo principio rige para los gobiernos como para su constitución: si “A” manda y “B” obedece generalmente (la mayor parte de las veces), entonces, “A” debe mandar y “B” debe obedecer en todos los casos. En el segundo planteo, acudiendo a la *norma fundamental*, todo termina en ésta, ya que al no ser derecho positivo sino supuesto, como tal, es decir como supuesto mental, tiene un valor epistemológico, pero su validez no puede derivarse de una norma superior. En consecuencia, aquella norma nos indica que “debemos portarnos de la manera prescrita por la Constitución” (o sus equivalentes: “debemos obedecer al legislador ordinario”, o “debemos portarnos como ordena el órgano que establece la primera Constitución”, etc.). En el sistema kelseniano, pues, la confrontación o comparación de normas se agota al llegar a la norma fundamental, cuya “validez” no es confrontable a su vez (5).

(5) Para un análisis crítico de la posición kelseniana sobre validez, puede verse: FARRELL, Martín Diego, “Hacia un criterio empírico de validez”, Bs. As., Ed. Astrea, 1972, ps. 41 a 67. Recuerda este autor que, para Kelsen, la primera constitución es la última norma positiva a la cual puede acudirse en busca de comparación: “Por tratarse de una concepción normativista, la Teoría Pura no puede comparar a esa primera constitución, ni con un orden metafísico (como harían los jusnaturalistas), ni con el mundo empírico (como intentarían hacer los realistas). Está obligada la Teoría Pura a idear una norma suprema y última con la cual se pueda comparar la primera constitución; así respeta su primitiva concepción acerca de la censura entre el ser y el deber ser, como también, consecuentemente, la exigencia de la pureza del método” (ps. 49 y 50). Pero como señala dicho autor en su análisis de la teoría kelseniana, resulta que la norma fundamental no es una norma positiva sino una norma supuesta: una suposición del científico del derecho para poder calificar de válida la primera constitución y, por ende, las restantes normas del ordenamiento; o sea, que la función específica de la “norma básica” es conferir el poder creador de derecho al acto del primer legislador y a todos los demás actos basados en él (ps. 50 y 51).

La crítica a la construcción kelseniana arranca en el momento en que ésta afirma que la norma fundamental considera válida la primera constitución si ella resulta eficaz, es decir,

Para el punto de vista kelseniano, las *revoluciones* cambian el fundamento de validez de la constitución y de todo el ordenamiento jurídico, ya que se produce —a consecuencia de aquélla— un cambio de la “norma fundamental”, que es la que confiere *validez* a todas las demás. Si estas otras normas continúan en vigor (y en la mayoría de los casos así ocurre), lo es en virtud de su “recepción” por el nuevo ordenamiento, que siguiendo algo así como un procedimiento abreviado de creación del derecho, mantiene idéntico el contenido de las normas pero no su fuente de validez, que a partir de la revolución será *una nueva norma fundamental*: este fenómeno acontece muy frecuentemente de manera implícita, pero en algunos casos se explicita en las propias normas supremas que sanciona la revolución (vgr., así ocurrió en Rusia en 1917 con las leyes ordinarias y en la Argentina en 1966 con la propia Constitución, según el art. 3° del llamado “Estatuto”). Según el pensamiento kelseniano, la discontinuidad constitucional que nace del hecho revolucionario arrastra consigo al Estado, pues Kelsen identifica a ambos (el Estado es la personificación metafórica del orden jurídico total...), por lo que simultáneamente con el cambio del fundamento de validez del ordenamiento jurídico se produce la transformación de la personalidad del Estado. Pero esto no importa la discontinuidad en el plano internacional, en que el Estado permanece inmutable (con sus derechos y sus obligaciones), ya que la revolución sólo alteró *la esfera de validez temporal* del ordenamiento jurídico (uno, anterior a la revolución, y otro, desde la revolución), pero no alteró *la esfera de validez personal* (es el mismo pueblo) ni *la esfera de validez especial* (es el mismo territorio) (6).

si las órdenes del primer constituyente resultan generalmente obedecidas por sus súbditos (p. 50): a partir de entonces, queda de manifiesto que el sistema jurídico se apoya sobre un hecho de poder social y que la elección de la norma básica depende de condiciones de hecho. Por lo tanto, se ha de elegir como norma fundamental aquella a la cual corresponda un cierto grado de eficacia. Y si lo que dice la norma básica es que debemos obedecer a la primera constitución, entonces, como esa obediencia varía de sistema a sistema, tenemos que también varía el contenido de las diferentes normas fundamentales: así, lo que distingue a una de otra norma fundamental es su “contenido”, es decir, los mandatos concretos (ps. 58 y 59). En definitiva, cree FARRELL que Kelsen se encontró ante este dilema: “o se mantenía coherente en la pureza metódica, y su teoría perdía todo contacto con la realidad jurídica (mundo empírico), o admitía determinadas impurezas, con la ganancia de que su teoría resultaba apta para la descripción de los hechos que efectivamente acaecía” (p. 55). Por último, y a diferencia del jusnaturalismo, la postura kelseniana impone la adopción de una teoría axiológica subjetivista o relativista (p. 65), en que es el interés del sujeto el que confiere valor al objeto y, por lo tanto, puede variar de sujeto a sujeto.

(6) CUETO RUA expone, además, la posición de la escuela egológica o, mejor dicho, la respuesta que a tenor de las postulaciones de esta escuela puede darse al problema de la validez constitucional frente a la revolución. Comienza por recordar que el pensamiento

Aunque sólo al pasar, queremos mencionar a Alf Ross y a H. L. A. Hart como dos autores que contribuyen en la actualidad a desmitificar este problema, señalando sin eufemismos y con toda claridad la real ubicación de los términos en juego. En el caso de Ross, está de por medio su discrepancia con Kelsen sobre el concepto de validez, que agudiza su necesidad de redondear la idea a fin de separar la posición del realismo con respecto a la teoría pura. Así, llega Ross a pensar que el mantenimiento de la idea de "validez" por parte de Kelsen —fundada en la norma básica hipotética— no es más que "una reminiscencia jusnaturalista no superada", que "... no tiene cabida en el campo del conocimiento, y no es otra cosa que una cobertura ideológica para reforzar el orden establecido" (7), lo que lo lleva insistentemente a la conclusión de que

cosiano parte de la base de que el objeto del reconocimiento jurídico es *un objeto pensante*, y que el derecho es un modo específico de conducta: es conducta en interferencia intersubjetiva, con un ámbito propio de desenvolvimiento que es la comunidad. De ahí que si vale como derecho lo que una primera asamblea constituyente dispone, no es porque haya una norma superior que convalide lo que la asamblea hace, sino sólo porque de hecho a los hombres les da por atenerse a sus prescripciones y comienzan a comportarse como éstas dicen que deben hacerlo; es decir, que lo que vale, vale sólo porque se lo vive como tal, sabiéndose lo que se hace y no porque se aplicara norma alguna, salvo la norma meramente supuesta (conceptos extraídos de la réplica de Vilanova a Kelsen, en "Problemas escogidos de la teoría pura del derecho", Kraft, Bs. As., 1952, p. 134). Entonces, se pregunta Cueto Rúa, ¿qué son las revoluciones triunfantes?: son manifestaciones de la comunidad jurídica, vivida por los súbditos como debiendo ser, y caracterizadas esencialmente por consistir en un modo de conducta vigente en determinado ámbito geográfico. La "revolución" es, pues, simplemente una manifestación de la comunidad mediante la cual se opera una modificación del ordenamiento jurídico, al margen del procedimiento formal regulado por la propia constitución. No es ilícita, porque resulta lógicamente imposible confrontar ese acto de la comunidad con alguna disposición legal vigente, ya que la revolución triunfante y vigente importa en sí misma la modificación del ordenamiento jurídico. El hecho de su vigencia, la circunstancia de que los modos de conducta por ella prescritos alcancen un mínimo de efectividad, traduce el hecho de que se viven tales prescripciones como debiendo ser, como normativamente válidas. Por ello, no es el ordenamiento jurídico el que da validez a la acción de la comunidad, sino a la inversa, es la acción misma de la comunidad la que da validez a las normaciones positivas. En el fondo, la revolución es una manifestación de libertad de la comunidad jurídica (conf., ob. cit., ps. 190 a 195).

(7) Confr. ROSS, Alf, Nota al libro de Kelsen "¿Qué es la justicia?", en ob. cit., ps. 35 y 36. En el estudio sobre El concepto de validez... ya citado, Ross imputa las dificultades que tiene Kelsen en el examen de este problema, a la adhesión del maestro vienés a una idea de "validez" tomada de lo que él llama "el pensamiento jurídico", que —según Ross— carece de todo sentido descriptivo y no tiene ubicación en un análisis lógico ni en el campo de la ciencia (confr. p. 41). Y sobre esta apelación de Kelsen a la idea de "pensamiento jurídico", señala Ross lo siguiente: "Kelsen ha tomado la creencia en una validez, en cuanto cualidad inherente en un orden jurídico, del derecho natural y de la conciencia jurídico-moral común, que impregna también el "positivismo" jurídico. Pero ha estado muy cerca de advertir que la idea de "validez" no es una idea científica sino un concepto ideológico,

la idea de validez es superflua y que no tiene cabida en la ciencia empírica: "No es más que la seudorracionalización de ciertas experiencias psicológicas, de ciertos sentimientos y actitudes hacia las "autoridades" jurídicas y el orden jurídico" (8). El origen de esa *función* de la validez estaría en el derecho natural, cuya "función" es —precisamente— la de otorgar validez moral al derecho positivo; con lo que Ross advierte que el deber de obedecer el derecho (que es una de las acepciones de "validez") es un deber moral *hacia* el sistema jurídico, y no un deber jurídico *conforme* al sistema, ya que "el deber hacia el sistema no puede derivarse del sistema mismo sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera del mismo" (9). Esto quiere decir que cuando con tanta frecuencia se invoca en el plano jurídico-normativo la noción de validez, no se lo hace con la finalidad o función de describir y explicar la realidad, sino con el propósito de respaldar el cumplimiento del orden jurídico y de las obligaciones que de él se derivan, sumando a su carácter jurídico la proclamación de que también son deberes morales (10).

Entonces: ¿cómo debe ser encarado el problema? Ross critica a Kelsen por acudir a la "norma básica" y por caer fatalmente en el argumento de la "efectividad", que es la contradicción de la teoría pura; por lo tanto, y para no repetir el error, propone abandonar la idea de validez

esto es, un concepto que cumple una función distinta de la de describir y explicar la realidad. Debe señalarse que Kelsen atribuye a lo que él llama "el pensamiento jurídico" la presuposición de la norma básica que confiere "validez" al orden fáctico. La presuposición sólo se hace patente en la ciencia del derecho y es aceptada por ella. "El pensamiento jurídico" se refiere, pienso, a las ideas y creencias comúnmente sustentadas por los juristas. "El pensamiento jurídico", sin embargo, no es una guía digna de confianza para el análisis lógico. Puede ocurrir, y es muy probable que así ocurra en el campo del derecho y de la moral, que las maneras de pensar "comunes" estén saturadas de ideologías que reflejan experiencias emotivas, pero que no cumplen función alguna en la descripción de la realidad, tarea ésta que corresponde a la ciencia del derecho. En tal caso, el análisis debe rechazar, y no aceptar, la idea de "validez" (ob. cit., p. 43).

(8) Confr. ob. cit., p. 42, en Nota al libro.

(9) Confr. ob. cit., p. 19, en "El concepto de validez..."; donde también dice: "El significado de la fuerza obligatoria inherente a un orden jurídico consiste en que las obligaciones jurídicas de acuerdo con las reglas del sistema, por ejemplo, la obligación de pagar una deuda, no son meros deberes jurídicos que derivan de la amenaza de las sanciones jurídicas, sino también deberes morales, en el sentido apriorístico de verdaderas obligaciones morales que derivan de los principios del derecho natural que acuerdan al orden jurídico su validez o fuerza obligatoria" (p. 19).

(10) Confr. ob. cit., p. 27. Agrega Ross: "La noción normativa de validez es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado. Cuando es usada por un cuasipositivista este sostén es incondicional; cuando es usada por un jusnaturalista, está condicionado por alguna armonía con los standards presupuestos del derecho natural" (p. 27).

en cuanto es una construcción metafísica y dedicarse a la vigencia del derecho como efectividad social, como "una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales" (11), cuya relación entre sí es para Ross la médula del problema (la relación entre el *contenido normativo ideal y la realidad social*) (12). Todo esto es lo que nos explica, finalmente, que apelando unos y otros a la idea de validez, resulte que un mismo ordenamiento jurídico sea para aquéllos el verdadero y único derecho, mientras que para éstos sea un régimen de violencia: tal contradicción aparece como inevitable cuando se adopta la tan común noción metafísica de validez, entendida como *una cualidad moral-espiritual atribuida a un orden jurídico*. Así, comprende Ross la posibilidad de que el mismo orden jurídico sea tal cosa para una persona al mismo tiempo que no lo es para otra; lo que es debido a que "la cualidad de validez que serviría para caracterizar el derecho no es

(11) Confr. ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", Eudeba, Bs. As., 1963, ps. 66 y 67. Por caminos distintos, CATTANEO llega a parecida conclusión que Ross, al confesar que el empleo del término validez podría parecer superfluo, ya que según sea el punto de vista del cual se parta "no es posible encontrar un significado del término "validez" que no llegue a coincidir con "eficacia", por un lado, o con "justicia", por el otro; que no es posible encontrar —en los límites del ordenamiento— un criterio de validez que sea independiente tanto de la realidad sociológica como de la valoración ideológica" (ob. cit., ps. 165 y 166). Según este autor, la revolución es el caso típico que mejor demuestra la dependencia de la validez del derecho de su eficacia (p. 164).

(12) "Finalmente, si se rechaza en forma radical toda censura ética, como hace Kelsen, y se acepta simplemente como derecho el orden que tiene efectividad, la validez específica como categoría formal se transforma en algo superfluo. Kelsen intenta determinar la naturaleza del derecho positivo prescindiendo de la realidad psicológica y social; la imposibilidad de ello se hace patente cuando llegamos a la hipótesis inicial (norma básica o Grundnorm). Mientras permanecemos en los peldaños inferiores del orden jurídico, es posible diferir el problema remitiéndonos a una norma superior. Pero este procedimiento no puede ser empleado cuando llegamos a la hipótesis inicial. A esta altura la cuestión de la relación de la norma con la realidad se hace inevitablemente urgente. Si el sistema ha de tener sentido, resulta claro que la hipótesis inicial no puede ser arbitrariamente elegida. El propio Kelsen dice que tiene que ser elegida de tal manera que comprenda el sistema que está efectivamente en vigor. Pero entonces, resulta claro que, en realidad, la efectividad es el criterio del derecho positivo, y que la hipótesis inicial, una vez que conocemos qué es derecho positivo, sólo cumple la función de otorgarle la "validez" que exige la interpretación metafísica de la conciencia jurídica, aunque nadie sepa en que consiste tal "validez". La hipótesis inicial es la fuente última de la que emana la validez, que se extiende a través de todo el sistema. Se podría pasar todo esto por alto como una construcción superflua pero inocua, si no fuera que como resultado de ella se cierran los ojos a un análisis directo del criterio de efectividad. Al hacer de la validez una relación internormativa (la validez de una norma deriva de la validez de otra) Kelsen ha clausurado, desde el comienzo, toda posibilidad de que su teoría se ocupe de la médula del problema de la vigencia del derecho, que no es otro que el de la relación entre el contenido normativo ideal y la realidad social" (confr., ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", ob. cit., ps. 68 y 69).

una cualidad objetiva del orden mismo, sino sólo una expresión de la manera en la que éste es vivido (*experienced*) por un individuo" (13).

En síntesis, la cuestión puede resumirse de la siguiente manera, a tenor de la construcción formulada por la *teoría Pura de Kelsen*:

1. desde el punto de vista del Derecho Internacional:

el "Principio de Efectividad" [si A manda y B obedece la mayor parte de las veces,
A debe mandar y B obedecer en todos los casos.

Sirve para el reconocimiento internacional de los gobiernos *de facto*.

2. desde la primacía del Derecho nacional:

la "Norma Fundamental" ["Debemos portarnos de la manera prescripta por la Constitución".

Es un supuesto mental. Tiene valor epistemológico. Su validez no puede derivarse de una norma superior.

En un cuadro comparativo, las cosas son así:

VALIDEZ

Teorías:	JUSNATURALISMO	RACIONALISMO	REALISMO	TEORIA PURA	DECISIONISMO	SOCIOLOGISMO
<i>Cuestión</i>	de contenido	de procedimiento	superflua	de abstracción	de hecho	de realidades
<i>Importancia</i>	Valorativa	normativa	-- criterio de	<u>de coherencia</u>	<u>de situación</u>	<u>de adecuación</u>
<i>Ubicación</i>	Axiológica	lógico-formal		apriorística	en el ser=voluntad política	Infraestructura-supraestructura
<i>Naturaleza</i>	Metafísica	jurídico-positiva	"eficacia"	hipótesis mental	existencial	Relaciones de poder
<i>Compatibilidad</i>	Ideológica	mecánica	global--	epistemológica	ontológica	Estructural
<i>Objetivo</i>	Justicia	seguridad jurídica		legalidad	unidad	Efectividad

(13) Idem, p. 55.

Las lagunas constitucionales

Se trata de la plenitud del ordenamiento jurídico entendida como un “apriorismo filosófico”. Constituye una expresión de la *Teoría pura* y niega la existencia de las llamadas lagunas del derecho, diferenciándose así del empirismo en su construcción y fundamentación filosófica. Parte de la base *a priori* de la primacía necesaria y absoluta del “todo” sobre sus partes; no admitiendo la posibilidad de que existan casos fuera del “todo”, pues ello implicaría una contradicción (ya no sería “todo”). Vale decir, que se concibe al ordenamiento jurídico como un “todo”; como una estructura totalizadora.

En una misma línea filosófica, Aftalión dice que “la nota de totalidad, propia de todo orden jurídico, hace lógicamente imposible admitir espacios sin derecho, humanas interferencias ajenas a regulación jurídica, del mismo modo que es inconcebible un *circulus quadratus* o un triángulo de cuatro lados”.

Kelsen. El maestro de Viena estudia el problema de las lagunas en sus dos obras fundamentales: “La Teoría pura del derecho” y la “Teoría general”, realizando una construcción que sólo debe interpretarse a la luz de las afirmaciones de su teoría general del derecho, y no aisladamente.

Para Kelsen, el derecho regula su propia creación, y cada acto de esa índole es a su vez *aplicación* de la norma inmediata superior de la pirámide jurídica. Así, desde la norma básica (que es un supuesto mental, necesario para la unidad total del orden jurídico) hasta la sentencia judicial, hay un proceso de permanente concretización e individualización, durante el cual siempre la norma superior determina en cierta medida a la norma inferior. Esa determinación puede variar: o bien abarca al aspecto adjetivo (el órgano y el procedimiento) y al sustantivo (el contenido); o bien solamente al primero, dejando que el contenido sustantivo emane del arbitrio del mismo órgano. Pero aunque la determinación del contenido puede variar en su intensidad (por ej.: la determinación que la Constitución hace del contenido de las normas generales casi siempre lo es en forma negativa), siempre, absolutamente siempre, *el juez participa en el proceso creador*, otorgando a la norma individual una fisonomía típica. Vemos así que el juez tiene parte activa en la integración del ordenamiento jurídico y que la sentencia que dicta es la última etapa de un proceso de creación jurídica que va de lo general y abstracto a la esfera de lo individual y concreto. Todo esto, desde un

punto de vista *dinámico*, es el que cada norma solamente pertenece al ordenamiento jurídico, si ha sido creada conforme a lo que prescribe la norma superior, y, en última instancia, conforme a la *norma básica* que constituye la unidad del sistema.

Ahora bien; frente a la pretensión de quien considera procedente su reclamo, y ante la ausencia de una norma que se lo conceda, la actitud a tomar por el órgano o tribunal puede ser de dos formas distintas: o bien el juez absuelve al acusado o rechaza la demanda, haciendo uso del principio de que “en derecho todo lo que no está prohibido está permitido”, en cuyo caso también se está aplicando el derecho sustantivo en vigor; o bien “el tribunal está autorizado por el orden jurídico para resolver discrecionalmente el caso”, vale decir, que el juez puede estimar injusta o inconveniente la ausencia de una norma general que le permita condenar al demandado, y estar facultado para actuar cual si fuese legislador. En este caso, dice Kelsen, “la norma individual creada por la resolución judicial produce el efecto de una *ley ex post facto*”. Y si acá también se habla de “lagunas”, su significado ya no es el de la imposibilidad de adoptar una decisión por falta de norma expresa, “sino sólo que la decisión —lógicamente posible— accedente o denegatoria es apreciada como demasiado *inconveniente o injusta* por la instancia competente para la decisión...”. Entonces cabe suponer que el legislador no ha pensado o no ha podido pensar en ese caso, y que si lo hubiera hecho, lo habría decidido de modo distinto de aquel en que ahora el juez tiene que decidirlo sobre la base de la ley.

Para Kelsen, como queda dicho, la teoría de las lagunas constituye una *ficción*, desde el momento que siempre es factible la aplicación del derecho existente. Lo que ocurre es que en determinadas circunstancias el juez *está facultado* “para cambiar el derecho en relación con un caso concreto y obligar jurídicamente a un individuo que era con anterioridad jurídicamente libre”. Y con esta afirmación, volvemos nuevamente a lo que ya dijimos sobre la identidad de esta circunstancia con la de una *ley ex post facto*: no hay ninguna laguna, sino que *se está añadiendo una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general*.

Es indudable que en esto es muy ponderable el margen de apreciación por parte del órgano que juzga, y que Kelsen lo reconoce, al decir: “La llamada laguna no es por ende otra cosa que la diferencia entre el derecho positivo y un orden mejor, más justo y más recto...”. La inter-

pretación no tiene aquí la función de poner en aplicación la norma a interpretarse, sino al contrario, la de eliminarla para reemplazarla por la norma mejor, más acertada, más justa, es decir, *por la norma deseada*".

El propósito de la "ficción" de las lagunas es estudiado por Kelsen con el fin de esclarecer el interrogante que se plantea con relación al poder de los jueces para actuar cual si fuesen legisladores (Cód. Civ. suizo, art. 1°). La circunstancia humana de que el legislador no pueda corregir las normas generales que ha dictado, en cada caso concreto de aplicación judicial en el que surja con evidencia la imprevisión del legislador, ha obligado a éste a otorgar a los jueces el poder para desviarse de la ley. Y en esto ve Kelsen el *riesgo* inevitable de que el juez decida también, cual si fuese legislador, en aquellos casos en que el verdadero legislador original quisiera ver aplicada su ley. Y como tal resultado implica "la abdicación del legislador en favor del juez", para evitarlo se acude a la *ficción* de las lagunas, mediante la cual se concede al juez la autorización para desviarse de la ley en forma tal que éste "no se vuelva consciente del extraordinario poder que le es realmente trasferido". Esa ficción limita en dos sentidos la autorización concedida al juez: 1. en sentido *jurídico*, es decir, a aquellos casos en que la pretensión del actor no está estipulada en ninguna norma general; y 2. en sentido *psicológico*, vale decir, que sólo se considerará como una laguna cuando el caso resulte muy injusto o inconveniente, tanto que si el legislador lo hubiera previsto lo habría incriminado.

Las llamadas "lagunas técnicas". En el parág. 41 de *La teoría pura*, Kelsen afirma que junto con las lagunas propiamente dichas existen otras distintas llamadas "técnicas", que generalmente se admite que puedan ser llenadas por vía de la interpretación y cuya existencia aceptan quienes niegan a las propiamente dichas. Luego dice: "Han de existir cuando el legislador omita regular algo que hubiera tenido que regular, si ha de ser en general técnicamente posible aplicar la ley. Sólo que aquello que se designa como laguna técnica, *o es una laguna en el sentido original* de la palabra, es decir, una diferencia entre el derecho positivo y el derecho deseado; *o es aquella indeterminación* que se sigue de ese carácter de marco que tiene la norma". Y como ejemplos, cita el de la ley que regula la obligatoriedad de la venta, pero que nada determina acerca de quién soporta el riesgo si la cosa vendida perece antes de la transferencia, sin culpa de las partes. El segundo caso lo ejemplifica con el de una ley que determina la creación de un órgano por elección; pero que omite, sin embargo, regular el procedimiento electoral.

Cossio. Para este autor, significa una contradicción suponer que los jueces no juzguen, pues lo considera algo "tan impensable como un círculo cuadrado". Y en esa función de "juzgar" que tienen los jueces, basa su tesis: no hay lagunas en el derecho porque hay jueces. Es entonces evidente que el juez *debe* juzgar en todos los casos, porque ser juez quiere decir administrar justicia: esto es una verdad lógica y axiomática, que pertenece al mundo del deber-ser. Por tanto, la norma que prescribe la obligación de juzgar significa *que los jueces serán jueces*; lo cual es tan obvio que no debería tener cabida en la ley.

Surge de lo antedicho, que para que los jueces cumplan con su función no es necesario que lo prescriba el Cód. Civil: los jueces no pueden dejar de fallar, precisamente *porque son jueces*.

Es indiferente que el juez falle admitiendo o rechazando una demanda en función de una "laguna": en ambos casos ha habido pronunciamiento y el juez no se ha abstenido de juzgar. El hecho de que el legislador establezca que los "casos no previstos" están dentro de la esfera de lo lícito, o establezca el sistema analógico, es un problema distinto y que escapa al de la esencia de la función judicial.

La función creadora del juez —reconocida por la *Teoría pura*— está dada por *la interpretación de la ley*, que es precisamente "creación": *el juez interpreta porque juzga*. Y siendo el juez un dato del ordenamiento jurídico e integrándolo como parte y como elemento, es entonces evidente que el juez "está dentro y no fuera del derecho", y que "la interpretación es inmanente a la idea de ordenamiento jurídico y apriorística como éste". De ello extrae Cossio la siguiente conclusión general: no hay lagunas porque lo que hay es interpretación.

Como observación a las ideas expuestas, cabe destacar la insistencia de Cossio en el análisis de la esencia y concepción de la función judicial.

Acerca de la interpretación

En *La teoría pura*, Kelsen estudia el problema de las "lagunas" en el capítulo dedicado a la interpretación, lo cual confirma la íntima relación que une a ambos.

Mientras que la doctrina tradicional afirmaba que de la interpretación surgía una única solución legal, producida por acto racional del

entendimiento, Kelsen opina, al contrario, que son varias las posibilidades que se dan dentro del "marco" de la norma a aplicar. Dice: "En todos estos casos, la norma a ejecutarse constituye sólo *un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución*, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco, llenándolo en algún sentido posible... Si por *interpretación* se entiende la verificación del sentido de la norma a ejecutarse, el resultado de esta actividad sólo puede ser la verificación del marco que representa la norma a interpretarse y, por tanto, el conocimiento de las posibilidades varias que están dadas dentro de ese marco. En consecuencia, la interpretación de una ley no tiene que conducir necesariamente a una decisión única como la sola correcta, sino posiblemente a varias decisiones, que son todas —en cuanto sólo se ajustan a la norma a aplicarse— del mismo valor, bien que sólo una de ellas llega a ser derecho positivo en el acto de la sentencia judicial... Todos los métodos interpretativos hasta ahora desenvueltos sólo conducen a un resultado posible, pero nunca al único resultado justo".

Habíamos dicho anteriormente que el legislador puede optar entre establecer el principio ya consagrado de que todo lo que no está prohibido está permitido (como en el régimen penal) o puede establecer un régimen de extensión interpretativa (analogía), con lo que surge en su totalidad el problema de las "lagunas" frente a la acción del juez. Este último caso es el que se presenta en el derecho civil con más intensidad; y el que a lo largo de la historia ha recibido los más numerosos replanteos y soluciones, consistentes en las diversas formas de precisar los contenidos de las normas no formuladas (o "no explicitadas": gramatical, histórico, dogmático, de la libre investigación científica —Gény—, etc.); todos ellos encuadrados por Kelsen dentro de la *política* del derecho y no en la teoría del derecho, ya que tienen su base en la "voluntad" y han sido consecuencia de su clima histórico y de las distintas necesidades de cada época. Sobre ello, dice Kelsen: "La cuestión acerca de cuál de las posibilidades dadas en el marco de una norma es la "justa" no es una cuestión propia del conocimiento dirigido hacia el derecho positivo, *no es un problema teórico-jurídico, sino político-jurídico*"; y más adelante expresa "... que la elaboración de la norma individual en el procedimiento de ejecución de la ley es una función de la *voluntad*, en tanto que con ella se llena el marco de la norma general".

Así, por ejemplo, el método de la exégesis tiene su auge con motivo de la codificación napoleónica, es decir, en pleno jusnaturalismo

filosófico. Para dicha escuela, conocer la ley era conocer el derecho y no era necesario indagar otras fuentes: fue el resultado del más absoluto racionalismo jusnaturalista. Uno de sus expositores, Vallette, decía: "Se ha legislado tanto, sobre todo en los últimos 70 años, que sería muy extraordinario encontrar un caso completamente al margen de toda prescripción legislativa". Y otro de los maestros, Bugnet, confesaba desde la cátedra: "No conozco el derecho civil; no enseño más que el Código Napoleón". Pero al hacer uso abusivo de la exégesis gramatical, en un alarde de legalismo interpretativo, esta escuela terminó evolucionando hacia un crudo positivismo jurídico: la ley y nada más que la ley.

Uno de los medios de que se han valido la doctrina y la jurisprudencia tradicional para resolver los casos de "lagunas", ha sido la "analogía". Afirma Cossio que ella es materia para la interpretación, pero no interpretación en sí misma; pues la interpretación es un proceso creador. Por ello es que "la analogía no conduce propiamente a un método de interpretación, sino a un señalamiento de contenidos estimativos para la interpretación". Cree también que es fundamental trasladarla del plano lógico (el de la interpretación) al plano axiológico; ya que la posición tradicional la ha mantenido en el primero. Así, Donati sostiene que la analogía es un dato de la *experiencia* (de una experiencia de normas) y que por lo tanto la extensión analógica sólo procede si una norma expresamente la autoriza (derecho penal liberal).

En cambio, Bobbio opina que es *razonamiento* y no dato de la experiencia, y que por lo tanto siempre procede la extensión analógica (Cód. Civil). Para Cossio, la analogía no es natural al derecho, porque su fundamento es axiológico; pero en cambio sí es un principio de derecho natural racional incorporado al derecho positivo. Aftalión también critica a la analogía, y añade: "La argumentación analógica no puede extenderse indefinidamente... La analogía no va de lo particular a lo general, sino de lo particular a particular coordinado... No es posible arribar a una verdad general por medio de la analogía".

Con lo que antecede podemos concluir que la analogía, en cuanto método de integración (aplicación de la norma a un caso que según su letra no comprende, pero sí según su *ratio*), no satisface las necesidades de hermenéutica que exige el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico. Es la conclusión a que llega Kelsen, cuando al hablar de interpretación en la *Teoría pura*, dice: "... Que los medios interpretativos corrientes del argumento a contrario y de la *analogía* carecen por

completo de valor, demuéstalo suficientemente el hecho de que ambos conducen a resultados contrapuestos, y de que no hay criterio alguno acerca de cuándo debe ponerse en aplicación el uno o el otro".

En cuanto a los "principios generales del derecho", es intensa la invocación que de ellos se ha hecho en la legislación, la jurisprudencia y en la doctrina, desde su aparición en el Código Albertino para los Estados sardos, a comienzos del siglo pasado. Pero la vaguedad que encierra la misma expresión ha llevado a equívocos en cuanto a su alcance y significación: algunos pensaron que se refería a las instituciones generales del derecho vigente; otros creían ver una remisión al derecho romano y el derecho común; hubo quienes pensaron en las reglas de la sana moral universalmente aceptadas; y en el Cód. Civil de Austria se los comprendió como "derecho natural". Como se puede observar, tal imprecisión en su significado ha atentado contra su vigor científico, reduciéndola a meros "juicios estimativos de valor" (14).

Control de constitucionalidad y tribunal constitucional

En materia de control, el criterio o idea francés-revolucionario era más *democrático* que *liberal*; mientras que la línea argumental de Mar-

(14) Referencias Bibliográficas:

AFTALION, Enrique R., "Crítica del saber de los juristas" (La Plata, 1951).

COSSIO, Carlos, "La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley" (Ed. Losada, 1939).

COSSIO, Carlos, "La plenitud del ordenamiento jurídico" (Losada, 1947).

COSSIO, Carlos, ¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho? (en *La Ley*, 52-1075).

COSSIO, Carlos, "Teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)", en *La Ley*, 56-835.

COSSIO, Carlos, "La polémica anti-egológica" (Respuesta al prof. H. Kelsen), en *La Ley* del 7 de octubre de 1954 (t. 76).

GIOJA, Ambrosio L., "El postulado jurídico de la prohibición" (Ed. Abeledo, 1954).

IMAZ, Esteban, "Acerca del art. 7° del Proyecto de Reforma del Cód. Civil", en *JA*, 1947-II-6.

KELSEN, Hans, "La teoría pura del derecho".

KELSEN, Hans, "Teoría general del derecho y del Estado".

ZITELMAN, "Las lagunas en el derecho", en *La ciencia del derecho* (Ed. Losada, 1949).

shall y de la Corte norteamericana fue más *liberal* que *democrática*. Para éstos, lo más importante era garantizar que la Constitución cumpliera la función de tal, es decir, de ley suprema o fundamental, de ley de leyes: la Constitución de Filadelfia (1787) proclamó su propia supremacía, pero fueron los miembros de la Corte Suprema quienes enunciaron enfáticamente el principio de que correspondía al Judicial —por intermedio de todos sus integrantes— la importante función de negar la aplicación de las normas opuestas a las de la Constitución.

Podemos afirmar, pues, que por su vinculación ideológica e histórica con las técnicas de control y limitación del poder estatal, la práctica del control o revisión “judicial” de la constitucionalidad de las leyes forma parte del patrimonio doctrinal del *republicanismo liberal*; no siendo tampoco exagerada la tan conocida aseveración de que constituye acaso el aporte más importante de la civilización norteamericana al desarrollo del constitucionalismo en el mundo.

La notable paradoja ideológica que se manifiesta en el control de constitucionalidad está vinculada con la filiación de dos escuelas antagónicas en la concepción constitucional: en efecto, dos extremos opuestos aparecen increíblemente coincidiendo en el rechazo a la función judicial del control o revisión de constitucionalidad. Por un lado, la vertiente del más radical racionalismo francés, en la expresión del democratismo que hemos señalado *supra* como reflejo de las concepciones rousseauianas que estaban en boga en el tiempo de la Revolución de 1789; y, por otro lado, el “decisionismo” expuesto por Carl Schmitt como expresión de un voluntarismo y de un pesimismo que reconoce su fuente en el pensamiento de Hobbes y su “Leviatán”. Ambas posiciones, antitéticas de racionalismo y antirracionalismo, coinciden empero en compartir la desconfianza hacia los jueces en cuanto al papel de defensa constitucional que éstos puedan asumir. Ese papel no fue permitido por el racionalismo extremo en ningún momento de la vida política de Francia, como asimismo fue mal visto y criticado por el decisionismo con motivo de las atribuciones asumidas por los jueces alemanes durante el período de la República de Weimar (1919 a 1932). En cambio, han coincidido en favor de la atribución judicial del control de constitucionalidad, en sus diversas modalidades, los arquitectos de la puesta en marcha del régimen constitucional norteamericano, con Hamilton y Marshall a la cabeza, hasta el genio creador de Hans Kelsen mediante su innovación de la “Corte Constitucional” en la Constitución republicana de Austria —después de la primera guerra mundial—, que luego recogieron las constituciones de

Italia (1948) y de Alemania Occidental (1949), "Ley Fundamental de Bonn". Así surgen las dos principales modalidades del control judicial de constitucionalidad, que en la feliz expresión de Cappelletti (15) reciben el nombre de sistema *difuso* (norteamericano) y sistema *concentrado* (europeo).

La necesidad de un órgano independiente con la función de control ha sido claramente percibida por Kelsen, como condición inherente a la pretensión de obligatoriedad de la Constitución. En su famoso ensayo de 1928 sobre la jurisdicción constitucional, expresó: "Una constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico" (16). Asimismo, percibió Kelsen que la efectividad de la garantía del control dependía de las características del órgano encargado de esa función: "Esta garantía no existe sino cuando la anulación del acto irregular es pronunciado inmediatamente por un órgano completamente diferente e independiente de aquel que ha realizado el acto irregular" (17). Sin embargo, la creación de un órgano "independiente" con la función de control implica —inmediatamente— la aparición de un nuevo "poder" en las funciones del Estado, cuya consecuencia funcional es replantear el viejo y permanente interrogante de ¿quién controla al control? Esta situación tiene lugar tanto en la modalidad del sistema "concentrado" de control (la Corte Constitucional) cuanto en la modalidad americana del sistema "difuso" de control, ya que en este último caso resulta indiscutible el valor paradigmático que asume el pronunciamiento final de la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial. En la República Argentina, por ejemplo, desde los primeros casos resueltos en el siglo

(15) Confr. CAPPELLETTI, Mauro, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, ps. 34 y sigtes.

(16) Confr. KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ("Anuario Jurídico", I-1974), traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, p. 510. Y añade Kelsen: "Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, del punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria" (confr., *idem*, p. 510).

(17) Confr., *ob. cit.*, p. 488. Kelsen es muy enfático en sostener la necesidad de un órgano independiente a cargo del control, pues estima que son insuficientes todos los otros sistemas de control que a manera de sucedáneo pretenden cumplir idéntica función, pero con carácter no jurisdiccional. Así, por ejemplo, califica de "ingenuidad política" al sistema en virtud del cual es el propio Parlamento el que debe derogar la ley inconstitucional (p. 490).

pasado (la Corte se instaló en 1862-1863), el máximo tribunal se auto-proclamó el "intérprete final de la Constitución", no sujeto a otro poder más elevado; y tan soberano en su competencia como los otros poderes en las suyas. En esos términos, cobra especial significación el interrogante apuntado (¿quién controla al control?), ya que la doctrina francesa mantiene fresca la acusación de "gobierno de los jueces" que formula al sistema judicial norteamericano.

En respuesta al interrogante, podemos decir que —aparte de la selección adecuada de los jueces constitucionales— sólo existen dos medios para que el control de constitucionalidad no se transforme en un poder ilimitado y absoluto, aunque es menester advertir que esos medios no son —ni pueden ser— remedios infalibles sino simples recaudos tendientes a circunscribir el arbitrio judicial dentro de ciertos límites. Tales medios son:

1º. en forma *directa*, el llamado "juicio político" o *impeachment*, que diversas constituciones prevén como procedimiento para la remoción de los jueces, haciendo efectiva su responsabilidad;

2º. en forma *indirecta*, las denominadas "cláusulas programáticas" de la constitución, que forman o integran la parte confesadamente ideológica de las normas del Estado.

El primer remedio entra a funcionar en los casos extremos en que los poderes políticos del Estado consideran que la composición humana de un tribunal ha incurrido en responsabilidad por "mal desempeño" (ex art. 45 de la Constitución Nacional), aunque ello no suponga la comisión de delitos: es un remedio peligroso, cuyo uso puede servir para la conquista total del poder por parte de las mayorías accidentales que tengan en ese momento el predominio numérico en las Cámaras del Congreso o Parlamento. Al respecto, no es feliz el recuerdo que origina la adopción de ese procedimiento por el Congreso argentino en 1946-1947, que concluyó con la destitución de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia por causas eminentemente políticas (en el sentido partidista de la palabra).

El segundo remedio es un arma de doble filo. Por una parte, las cláusulas programáticas posibilitan la interpretación ideológica de la Constitución, permitiendo conocer con mayor claridad los "fines" y "objetivos" perseguidos por el constituyente en virtud de la ordenación de

valores que ha formulado mediante las normas de la Constitución: las prioridades axiológicas. No obstante ello, dichas cláusulas programáticas pueden resultar contradictorias con el propósito del legislador que las instituyó, cuando la imprecisión de sus términos o la equívocidad del lenguaje empleado abran la posibilidad de aplicaciones cambiantes y opuestas entre sí, según los criterios de las sucesivas autoridades de aplicación. Este riesgo aumenta con el transcurso del tiempo, especialmente cuando en virtud de una interpretación "dinámica" de la Constitución se llega a una virtual emancipación de las normas constitucionales con respecto a la voluntad psicológica de su autor (métodos de interpretación que superan los límites de la exégesis o de la interpretación literal). El propio Kelsen reconoció estos riesgos, cuando en su recordado ensayo sobre la jurisdicción constitucional advirtió sobre el peligro de la inclusión en los textos normativos de alusiones demasiado vagas o genéricas acerca de valores o creencias profesadas por el constituyente, que en definitiva provocarían una enorme ampliación en la competencia de los intérpretes. Dice Kelsen, al respecto:

"Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de *justicia* o cualquiera otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegio de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria, desde el punto de vista político, como lo sería el tribunal constitucional. Para evitar un semejante desplazamiento del poder —que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente contraindicado— del Parlamento a una instancia que le es extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un tribunal constitucional, abstenerse de ese género de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible" (18).

Estamos frente a un problema análogo al de la cuadratura del círculo: o no hay control, y entonces podemos desembocar en la ilimitación del

(18) Confr., ob. cit., ps. 503 y 504. También advierte Kelsen —al referirse a esos enunciados genéricos— que: "Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo orden jurídico se esfuerza por ataviarse, la delegación de la equidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia, de la moralidad, etc., significa únicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es abandonado por la Constitución y la ley" (confr., ob. cit., p. 503).

ejercicio de los poderes, que significa el quebrantamiento de las competencias y limitaciones establecidas por la Constitución; o establecemos el órgano de control, pero enseguida se plantea el problema de ¿quién controla al control?, al surgir el riesgo de que dicho órgano asuma una verdadera "dictadura" interpretativa de los textos constitucionales y descalifique todos aquellos actos o normas que no se compadezcan con las valoraciones que él explicita. Como vemos, todos los caminos conducen a la *interpretación*; y la enorme importancia de ésta queda en evidencia cuando percibimos que toda la función de control está finalmente subsumida en la tarea de interpretación que cumple el órgano especializado. También en la comprensión de este es útil la invocación de Kelsen, que ilustra con la comparación de las normas a interpretar con *un marco*: dentro de él caben varias posibilidades que el intérprete debe elegir y llenar, en un acto de voluntad (19). Las normas constitucionales, por su generalidad y amplitud, son enunciados cuya interpretación corresponde a las autoridades de aplicación, ya sea para crear otras normas de jerarquía inferior (leyes, decretos, etc.) o bien para solucionar conflictos que se susciten a causa de su aplicación: en el primer caso se trata de la interpretación a cargo de los poderes políticos, mientras que en el segundo se trata de la interpretación que llevan a cabo los jueces (en nuestro sistema). Por lo tanto, como la palabra interpretativa "final" está en manos de los jueces, y dentro del Poder Judicial existe una cabeza visible que unifica la interpretación que realizan los jueces inferiores, es posible afirmar —entonces— que la clave de la interpretación de un texto constitucional depende de la composición jurídico-política del Tribunal Supremo en un momento determinado: dime qué Corte Suprema tienes y te diré

(19) A esta postura kelseniana se la ha denominado "voluntarismo estructurado", ya que cada norma que se dicta en el ordenamiento (norma general o norma individual) es el resultado de un acto de voluntad ejercido dentro del campo de posibilidades que brinda la norma superior. Ver VILANOVA, José M., "Filosofía del derecho", Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1973, ps. 310 a 312. Al explicar la tesis kelseniana, dice Vilanova: "Esta múltiple indeterminación de las normas obliga al intérprete a aclarar el "marco" de soluciones posibles que pueden dictarse dentro de la estructura legal". La determinación del "marco de posibilidades" es un acto espiritual de conocimiento. Pero la solución del caso exige una elección entre todas las que brinda el "marco de posibilidades", elección que es —para Kelsen— un acto de voluntad. Con este acto de voluntad se crea una norma de grado inferior" (confr., ob. cit., p. 311). Con respecto a la posición egológica sobre el mismo tema, Vilanova señala que para Cossio la elección que se hace dentro del marco de posibilidades no es una elección arbitraria sino que es una elección axiológicamente objetiva, que implica una valoración. La elección se basa en una "intuición axiológica del caso", partiendo de un aspecto relevante del caso: la denominada circunstancia "arcóntica" (idem, p. 312).

qué control constitucional existe... Es así que en sistemas como el norteamericano, no son exageradas ni inciertas, afirmaciones tales como aquella del juez Charles Evans Hughes, en el sentido de que "estamos regidos por una Constitución pero esa Constitución es lo que los jueces dicen que es"; o aquella otra —más avanzada— del ex presidente Wilson, que caracterizaba a la Corte Suprema de su país como una convención constituyente en sesión permanente. Con esta figura comparativa, Wilson ha perfilado nítidamente el papel de los jueces-intérpretes, cuando el objeto de su función interpretativa son las normas de la Constitución: los autores de ésta desaparecen con la sanción del texto, pero este último permanece en vigencia a través del tiempo, adquiriendo un sentido que pertenece más a la preferencia axiológica de sus intérpretes actuales que a las motivaciones de sus ahora lejanos o remotos autores. Quien imprime sentido a las normas constitucionales en el acto de su aplicación-interpretación es el juez o tribunal que asume la función final del control de constitucionalidad, ya que para cumplir con esa tarea se ve precisado a fijar la interpretación de las normas en juego, de las cuales la de mayor jerarquía es la Constitución, a la que debe dar preferencia y primacía con respecto a las demás.

¿Qué significa, pues, la declaración de inconstitucionalidad que efectúan los jueces? No es otra cosa que una decisión acerca de cuál es la norma aplicable a la solución de un conflicto: cuando el conflicto está planteado entre normas de distinta jerarquía en la pirámide normativa, debe preferir la aplicación de la norma superior y eliminar la norma inferior (20). Como en todo conflicto hay intereses en juego, la solución que arbitre el juez-intérprete consistirá en asignar una preeminencia en un conflicto entre intereses. Y ello es así, aunque esa asignación esté

(20) Ver CAPPELLETTI, Mauro, ob. cit., p. 38. Dice este autor: "Serazona, en sustancia de la siguiente manera: los jueces están obligados a interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos que cotidianamente se someten a su decisión: uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es aquél según el cual, cuando dos disposiciones legislativas contrastan entre sí, el juez debe aplicar la que tenga preeminencia; tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la preeminencia será indicada por los usuales criterios tradicionales: *Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialis derogat legi generali*, etc., pero estos criterios carecen de validez cuando el contraste se presenta entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y así, la norma constitucional, cuando la Constitución es "rígida", más bien que "flexible", prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, del mismo modo, por ejemplo, que la propia ley ordinaria prevalece sobre el reglamento, es decir, en la terminología alemana, las *Gesetze* (leyes) prevalecen sobre los *Verordnungen* (reglamentos); ergo, se concluye que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual tengarelevancia una norma legislativa ordinaria opuesta a la norma constitucional, debe desaplicar la primera, y aplicar, por el contrario, la segunda" (confr., ob. cit., p. 38).

revestida de las características externas más semejantes a un acto técnico de precisión judicial. En este punto pueden detectarse las dificultades de la teoría jurídica para encontrar una explicación incuestionada de tal acto judicial. Y no resultan satisfactorias, en la medida en que intentan ensombrecer la faz política de la cuestión. En el recordado ensayo de Kelsen sobre la jurisdicción constitucional, el maestro vienesés formula dos explicaciones: primero, al señalar la equivalencia entre el acto de control y la anulación de una ley, extrae de ese rasgo de generalidad del acto (de anulación) la consecuencia de que se trata de una "función legislativa", pues "el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo" (21); pero en segundo lugar, el mismo Kelsen llega a la conclusión de que habida cuenta de que la anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la constitución, la actividad de la jurisdicción constitucional "está absolutamente determinada por la Constitución": no hay libre creación —que caracteriza a la legislación— y hay, en cambio, *aplicación del derecho*, lo que se traduce en que la función sea verdaderamente "jurisdiccional" (22). Pero toda esta argumentación no priva a la declaración de inconstitucionalidad de su carácter *creador* con relación al derecho vigente: la inconstitucionalidad produce una modificación o alteración del derecho vigente, que consiste en la des aplicación de normas legales y la imposición de la primacía constitucional. Se tratará —sin duda— de "aplicación" del derecho constitucional, pero habrá también una modificación del derecho legal que regía el caso.

De los párrafos que anteceden se desprende la trascendencia que en circunstancias históricas concretas puede asumir la "filosofía" constitucional que compartan y vivencien los jueces y, especialmente, los que integran la Corte Suprema o Tribunal Supremo del Estado. Será esa filosofía constitucional la que impregnará el criterio valorativo de los jueces, decidiendo en consecuencia la escala axiológica con que aplicarán sus pautas interpretativas a la tarea de verificación de la armonía de las leyes con las normas de la Constitución por ellos interpretadas.

(21) Confr., ob. cit., p. 491.

(22) Idem, p. 492. Este razonamiento conduce a Kelsen al convencimiento de que la jurisdicción constitucional permite el control recíproco de los poderes, por lo que —entonces— "la institución de la jurisdicción constitucional no está, de ninguna manera, en contradicción con el principio de la separación, sino, por el contrario, es una afirmación de éste" (confr., ob. cit., p. 492).

La tarea de interpretación constitucional que realizan los jueces, por ser una función que llevan a cabo *hoy y aquí*, con relación a la explicitación del significado y alcance de las normas en cuestión, supone —necesariamente— el punto de partida de una cosmovisión política de los jueces encargados de hacerlo. Se trate de una Corte Suprema o se trate de una Corte Constitucional, el órgano interpretante de la Constitución debe tener una filosofía político-constitucional; porque la hipótesis contraria equivaldría tanto como a suponer que la tarea de la jurisdicción constitucional se desenvuelve en un empirismo del momento y al margen de “fines” u “objetivos” que orientan las decisiones de todo gobernante.

La norma de habilitación y la constitucionalidad

Notable creación kelseniana, desarrollada por Fritz Schreier, de grandes aplicaciones constitucionales veamos uno de los ejemplos más importantes.

Para poder concretar el debate sobre la posible inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución, es menester previamente desarrollar la construcción argumental de la “norma de habilitación”, que ya hemos utilizado en otra ocasión para fundar la constitucionalidad del Concordato de 1966 (23). De esta “norma de habilitación” se han ocupado en nuestro país muchos autores, y con particular referencia al problema de la creación constitucional: Cueto Rúa (24) y Poviña (25), pero acudiremos directamente a la fuente de su explicación.

La idea que encierra *la norma de habilitación* ha sido tomada en la obra de Fritz Schreier titulada “Conceptos y formas fundamentales del derecho”, en la cual se propone el esbozo de una teoría formal del derecho y del Estado sobre una base fenomenológica, que culmina en el capítulo referente al Estado con el estudio de los problemas que se deri-

(23) Ver VANOSI, Jorge Reinaldo A., “Régimen constitucional de los tratados”, Ed. Coloquio, Bs. As., 1969, ps. 263 a 273. Asimismo, ver el comentario de QUIROGA LAVIE, Humberto, en *La Ley*, del 9 de marzo de 1970.

(24) Ver los trabajos ya citados supra, de CUETO RUA, especialmente en su respuesta a Linares Quintana sobre el problema de la justiciabilidad de una reforma constitucional.

(25) Ver el magnífico trabajo titulado “El poder constituyente, los jueces y la Constitución”, POVIÑA, Jorge A., publicado en la “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán”, N° 13, año 1956, ps. 187 a 260, especialmente en p. 245.

van de la positividad de las normas y los conflictos de significaciones opuestas entre normas jerárquicamente distintas (26). La positividad o postulación de las normas sugiere dos aspectos de los hechos: su significación y el portador. Ahora interesa el primero, tratándose de un orden jerárquico de normas: "La relación fundamental entre las significaciones consiste en que la significación de grado inferior no puede rebasar los límites que le impone la de grado superior, ya que de lo contrario carecería de validez" (27). De esta regla general, propia de toda supremacía y, por ende, también de la primacía constitucional, resulta el límite impuesto a toda significación inferior por el grado superior, en tal medida que cabe decir que "el grado inferior se halla contenido en el que le está supraordinado" (28), quedando planteado el interrogante lógico de cómo dar solución al traspase de límites o extralimitación de grados que pueda ocurrir. La respuesta es la *sanción*, por la que se quita validez jurídica formal a la norma producto de esa extralimitación; dado que ese grado inferior que ha sobrepasado los límites del grado superior es un *hecho dependiente* o nuevo hecho de positividad que ha ido más allá o en contra mismo de su fundamento en la fuente o hecho jurídico fundamental. Ha traspasado los límites de significación impuestos por la norma suprema (Kelsen), a la que Fritz Schreier denomina "hecho jurídico fundamental" (29).

Pero puede acontecer que la consecuencia prevista no es la sanción y, en tal caso, se equipara el resultado de validez con el de ausencia de extralimitación, en manera tal que el acto dado en exceso no carecerá de validez jurídica, no perderá su significación (30). Esto es así merced a lo que el autor llama la *norma de habilitación*, es decir, aquella norma "que equipara el hecho de postulación de otra al de una norma válida y considera la postulación nula como si no lo fuera, basándose solamen-

(26) SCHREIER, Fritz, "Conceptos y formas fundamentales del derecho", Ed. Losada, Bs. As., 1942, traducción de Eduardo García Máynez, Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social.

(27) Confr. ob. cit., p. 266.

(28) Idem, p. 266.

(29) Confr. ob. cit., p. 264.

(30) "En el ámbito de un ordenamiento jurídico especial puede haber una norma a la que el hecho jurídico de la postulación le otorgue, en el caso de una extralimitación del sentido señalado por la norma superior, las mismas consecuencias que hubiera tenido de no existir la extralimitación" (ob. cit., p. 267).

te en la existencia de un hecho exterior" (31); figura que implica el siguiente enunciado:

—“Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación de grado superior, deben producirse las consecuencias jurídicas establecidas en la norma nula. De este modo y mediante un rodeo —a través de la norma de habilitación— el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido” (32).

Llegamos al sitio del razonamiento que nos da la pauta para la reforma de la Constitución. ¿Cómo puede darse la habilitación a ese nivel? Pues, sencillamente, por la falta de un recurso, por la imposibilidad de impugnación, por la carencia de un medio que quite validez a la norma de significación inferior que contradice a la superior. Por esa vía, es decir, por la inexistencia de un recurso que impida la habilitación, que evite la consumación de la consecuencia jurídica prevista (sanción), se produce, precisamente la habilitación. En definitiva, la *habilitación equivale a la no impugnación*, a la imposibilidad de impugnación; y ésta es la acepción máxima del concepto de habilitación como hecho jurídico inatacable (33), vale decir, que “un hecho de postulación no puede ser destruido por otro cuyo sentido se opone al del primero” (34).

A los efectos de la reforma constitucional, la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema hace que la Constitución opere como una norma de habilitación, ya que por su interpretación (casos *Cullen y Pulenta Hnos.*) se excluye la posibilidad de su impugnación. En tales condiciones, se acude a la norma de habilitación como una estructura apriorística del ordenamiento jurídico, que opera como una instancia convalidante en los casos de conflictos entre normas de diferente jerarquía; y que por ello mismo muestra bajo qué condiciones es posible afirmar la validez de una decisión, no obstante su aparente contradicción con

(31) Confr. ob. cit., p. 268.

(32) Confr. ob. cit., p. 268.

(33) “El ejemplo más importante de hecho jurídico absolutamente inatacable es la Constitución rígida, ya que ésta sirve de base, como hecho fundamental de la positividad, no susceptible de impugnación, a todos los demás hechos de postulación” (ob. cit., p. 271).

(34) Confr. ob. cit., p. 272.

normas de mayor jerarquía. Aquí la norma de habilitación juega u opera en el sentido de la no impugnabilidad de esta norma, es decir, de las reformas a la Constitución que sancione el constituyente "derivado".

El argumento de la norma de habilitación sirve tanto para cubrir la hipótesis de violaciones *procesales* como el caso de violaciones *sustanciales* en el camino de la reforma constitucional. El órgano convalidante, en el caso argentino de la jurisprudencia vigente, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que lo hace con la declaración de no-justiciabilidad de las cuestiones que pudieran suscitarse con motivo de una reforma: violaciones de forma o violaciones de prohibición de contenido. Esta es, exactamente, la función que tiene en teoría la *norma de habilitación* (35).

La citada norma permitiría distinguir dos supuestos de validez en materia de reforma de la Constitución, a saber:

a) que la reforma sea hecha *regularmente*, es decir, conforme a las prescripciones de forma y de fondo que contiene la Constitución vigente, sin violación alguna, en cuyo caso es fácil (o automático) extraer una conclusión de validez del acto; o

b) que la reforma sea hecha *irregularmente*, ya sea por violaciones de contenido o de procedimiento a lo que determina la Constitución vigente, pero que por la vía del órgano y de los mecanismos de impugnación esas impugnaciones queden rechazadas y, por lo tanto, las normas así creadas obtengan firmeza y convalidación.

Si acontece la segunda hipótesis, es decir, la sanción irregular y el rechazo de las impugnaciones, como es la Corte Suprema el órgano que en nuestro país tiene la palabra final en materia de control de constitucionalidad, podemos afirmar que es ella la que tiene la facultad de *habilitación*. La Corte tendrá así la posibilidad, en cada caso, de confir-

(35) Dice QUIROGA LAVIE, en comentario citado "supra": "La norma de habilitación opera como razón de validez de las normas inconstitucionales dictadas por órganos que en dicha función no se encuentran controlados".

Por su parte, VILANOVA entiende que a tenor de la norma de habilitación, la norma superior prescribe que la inferior pueda crearse con el procedimiento y contenido que ella determina, o con cualquier otro procedimiento y contenido, siempre que sean convalidados por el órgano autorizado al efecto ("Exposición de la teoría pura del derecho", "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", N° 40, 1954, p. 34).

mar la norma o de privarla de validez (36). Tal poder en manos de la Corte Suprema coloca a la Constitución en situación de *ser rígida* o *ser flexible* según la interpretación que ese órgano jurisdiccional realice sobre las distintas cláusulas constitucionales y sobre los aparentes conflictos entre éstas y otras normas que se crean en su consecuencia; con lo que se vería una vez más confirmada la verdad de aquella aseveración —que a primera vista puede parecerse exagerada— según la cual la Corte Suprema es algo así como una convención constituyente en sesión permanente. En realidad, por la vía de la habilitación, lo que ocurre es que con la convalidación hecha por la Corte Suprema adquieren carácter constitucional —y si se trata de una reforma, adquieren carácter supremo o fundamental— actos normativos que se producen como si la Constitución fuera flexible en vez de rígida. Esto no se ve tan claramente entre nosotros, como se puede ver en otros ejemplos, porque en el régimen argentino la rigidez no es sólo formal sino que tiene un grado orgánico, habida cuenta de que la reforma se produce por un órgano distinto del legislativo ordinario; pero de todos modos, la construcción de la habilitación viene a significar, en la práctica, un atentado contra las pretensiones de la rigidez (37).

La creación normativa irregular e inconstitucional, pero que resulta convalidada por la “habilitación”, pertenece en definitiva a la categoría que Ymaz denomina “soluciones jurídicas con una base normativa mínima”, que se operan por la convalidación definitiva del órgano jurisdiccio-

(36) Ver “Poder discrecional administrativo”, de LINARES, Juan Francisco, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1958, p. 250. El mismo autor afirma que “bajo cualquier sistema jurídico es necesario reconocer que toda norma jurídica vigente dictada por un órgano, sea ella regular o no —y salvo disposición en contra de otra norma superior—, es norma jurídica y vale en cierto modo mientras no sea dejada sin efecto por revocación o por anulación” (p. 249). Luego se refiere a la anulación, y agrega: “Pero establecido el sistema de impugnación, es evidente que el procedimiento tiene siempre un punto final en el que un órgano supremo pronuncia la última palabra. Y esto tiene dos consecuencias muy importantes. La primera es que el solo hecho de que tenga fin el proceso de ataque a la norma irregular, ante un órgano final, implica la posibilidad de que se confirme la norma vigente o que se la deje sin efecto. Si ocurre lo primero, ella —pese a su irregularidad— tiene los mismos efectos que si hubiera sido regularmente dictada. Con lo que esa norma puede quedar definitivamente incorporada como válida al ordenamiento jurídico” (p. 249).

(37) En el comentario citado supra, QUIROGA LAVIE, Humberto, observa que de ser llevada la argumentación hasta sus últimas consecuencias, “podría sostenerse que toda la Constitución Nacional es flexible, pues como los jueces no invalidan las leyes inconstitucionales (sólo las declaran inaplicables al caso), el Congreso actuaría también sin control alguno como el parlamento inglés” (p. 9).

nal supremo: en nuestro país, la Corte Suprema de Justicia. Así, en virtud de ello, advierte Ymaz que son posibles soluciones jurídicas definitivas (finales) *carentes de fuerza de convicción*, desde el momento que la norma de habilitación implica “que la solución adoptada por el órgano más alto de la jerarquía jurisdiccional constituye el derecho que rige el caso, con prescindencia del acierto de la conclusión acordada” (38).

En síntesis: sobre la base de los elementos teóricos conocidos y de los datos de nuestra dinámica constitucional, podemos afirmar, por nuestra parte, que:

—la doctrina seguirá discutiendo si en nuestro régimen constitucional existen cláusulas pétreas explícitamente establecidas (art. 18, “para siempre”) y contenidos pétreos o inmodificables implícitamente consagrados (federalismo, república, etc.), mientras que el art. 30 admite la reforma de la Constitución en el “todo” o en cualquiera de sus partes;

—la jurisprudencia seguirá sosteniendo que las impugnaciones sobre las reformas constitucionales pertenecen al capítulo o a la categoría de las “cuestiones políticas” y, por tanto, son no-justiciables, por tratarse del ejercicio de facultades privativas de los poderes políticos;

—la Corte Suprema actuará, así, como órgano que consuma la “habilitación”, dando o confiriendo efectos convalidantes a posibles casos de reformas sancionadas inconstitucionalmente por supuestas violaciones de forma o de fondo a las prescripciones y a las limitaciones establecidas en la Constitución vigente;

—el rol asumido por el intérprete final de la Constitución (la Corte Suprema) convierte a dicho órgano en uno de importancia igual a una convención u órgano constituyente, imprimiendo, en consecuencia, a su función máxima de control de la constitucionalidad (sistema jurisdiccional) una nota soberana, en que la ilimitación del poder de sus jueces no encuentra otro límite que el límite político de la posibilidad de remoción de los integrantes de ese tribunal por medio del procedimiento de “juicio político” (arts. 45, 51 y 52, CN);

—en concordancia con nuestra postura que rechaza la existencia de los contenidos pétreos implícitos y relativiza completamente la ope-

(38) Confr. YMAZ, Esteban, “La continuidad jurídica”, en *La Ley* del 13 de agosto de 1958.

rancia de las llamadas cláusulas pétreas explícitas (al punto de aceptar su posible derogación, en aquellas constituciones que existan, por la previa derogación de la norma que asigna el susodicho carácter pétreo, para poder así, enseguida, modificar los contenidos que se liberan de la prohibición reformativa), estimamos:

a) que no tiene sentido hablar de una revisión o control jurisdiccional de *contenido* sobre las normas creadas en ejercicio del poder constituyente de reforma o reformador;

b) que si se quiere modificar la situación actual de injusticiabilidad de las posibles impugnaciones a *la regularidad del procedimiento* seguido para la reforma de la Constitución, atacando violaciones o vicios que pudieran afectar la supremacía y rigidez en que se halla comprendida la norma del art. 30 de la ley suprema, será menester neutralizar la actual jurisprudencia inhibitoria de la Corte Suprema asignando a este órgano expresamente la función de control para tales casos (39), bien entendido que esto último no priva a la Corte de su posible función de "habilitación", ya que sobre sus decisiones no recae ningún control superior (salvo el político, ya mencionado) y podría, en fin, seguir convalidando violaciones, pero ahora por la vía de la justiciabilidad (vgr., sentenciando en un caso que no se registra violación, cuando en realidad sí la hubo);

c) que del cuadro mencionado se desprende que —salvo los supuestos excepcionales que mencionaremos— la Corte Suprema tiene la palabra final, ya sea: 1. *por la justiciabilidad* plena que asuma, o bien, 2. *por habilitación* al negar recurso o acción impugnatoria frente a posibles violaciones del art. 30; situación que se modifica: I. *parcialmente*, cuando por juicio político el Congreso decide remover la composición humana de la Corte y luego de ello se modifica —con la nueva composición— la orientación jurisprudencial vigente; II. *totalmente*, cuando ante un cuestionamiento de la validez constitucional de una reforma constitucional realizada en aparente violación de los procedimientos indicados, el Congreso convoca a una nueva convención constituyente, la cual, reunida, decide resolver inapelablemente sobre el valor jurí-

(39) Es lo que hemos propuesto en nuestro Proyecto citado "supra", como parte de un nuevo art. 30 de la Constitución Nacional: "La regularidad del procedimiento de la reforma queda comprendida en los alcances del control de constitucionalidad de las normas" (confr. REINALDO VANOSI, Jorge, "Sugerencias para una eventual reforma constitucional", 1970).

dico de la reforma anterior que se impugna, pero que además —para que su decisión no pueda ser enervada ulteriormente— establece categóricamente que ese acto suyo no podrá ser discutido en sede de los órganos constituidos que tienen a su cargo la función de control de constitucionalidad (entendemos que esta última es la única posibilidad cierta de evitar la “habilitación”, aunque siempre queda la hipótesis extrema de que el órgano constituido asuma *revolucionariamente* la decisión de desconocer la validez de esa prohibición y, erigiéndose en competente, decreta la nulidad de la primitiva reforma que fue impugnada).

El examen de esta cuestión no hace más que confirmar la diáfana explicación que Kelsen hace de la aparente “contradicción” entre normas de estratos diferentes, que no es tal —en términos lógicos— desde el momento que las normas de la Constitución relativas a la creación del derecho tienen el carácter de disposiciones *alternativas*, no existiendo la nulidad “ab initio” de las normas supuestamente infractoras, sino tan sólo una anulabilidad en virtud de la cual la norma es válida en tanto no se produzca el acto constitutivo del órgano con competencia para privar de efectos a dicha norma impugnada (40).

Estimamos que el razonamiento kelseniano es perfectamente aplicable al problema de la anulabilidad de una reforma constitucional, por cuanto en la sanción de ésta se trata —como ya vimos— del ejercicio de una competencia establecida en la misma norma superior (la Consti-

(40) Ver “Teoría pura del derecho”, de KELSEN, Hans, Eudeba, Bs. As., 1960, p. 158: “No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establece para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada”. También afirma Kelsen que “la alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto” (ídem, p. 160). Es en consonancia con estas premisas que Kelsen considera que en el ámbito del derecho no hay jamás nulidad sino sólo anulabilidad, registrándose diversos grados de esta última, cuyas verificaciones siempre tienen carácter “constitutivo”, aún en los casos en que el efecto anulatorio es retroactivo (ps. 158 a 160): por lo que la nulidad absoluta es una noción metajurídica, que rebasa las fronteras del derecho (ver “Teoría general del derecho y del Estado”, de KELSEN, Hans, México, Imprenta Universitaria, 2ª ed., ps. 185 a 192).

tución) que regula la creación de leyes: estamos en el poder constituyente "instituido".

El estado de derecho: Estado y derecho

La idea del "Estado de Derecho" ha transitado por caminos muy variados. En parte, ha servido como bandera de luchas, o sea, como elemento motivante de conductas guiadas políticamente hacia la conformación de cierto tipo de Estado. Por otra parte, ha sido objeto de observación semántica, por considerar que la misma expresión encierra un pleonasma (41). También, debido a la imprecisión de sus alcances y exigencias, como consecuencia de las múltiples formulaciones dadas por la doctrina hasta hoy. Pero así también es cierto que el valor de la idea no es escaso, bastando como demostración de ello que casi nadie se atreve a renegar de la meta de "un Estado de Derecho" y que ninguno reconoce, en cuanto a las singularidades políticas existentes, que su situación concreta sea la negación de ese tipo de Estado. Por el contrario, con o sin aditamentos, la calificación de "Estado de Derecho" es apetecida o autoproclamada por la mayoría, sin resignarse al reconocimiento de erosiones que puedan llegar más allá de los límites generalmente reconocidos como infranqueables para la pérdida de esa mentada condición. Esto se debe a que el concepto de "Estado de Derecho" no es puramente jurídico: tiene entidad jurídico-política, o si se prefiere, es una figura institucional cuya dimensión y utilidad ya no quedan circunscriptas a los terrenos de la semántica o de la teoría jurídica. La idea del "Estado de Derecho" trasciende así al ámbito de los sistemas político-constitucionales, para erigirse en un ingrediente o elemento nuclear en la distinción contemporánea entre las autocracias y las democracias. Se ha impuesto, pues, un concepto material y no puramente formal de "Estado de Derecho", dejando de lado los modestos alcances que la expresión pudo haber tenido en sus orígenes germánicos.

Y, por lo tanto, como esa concepción no es universal —a causa de la diversidad ideológica y de las deformaciones aplicativas— entonces no puede haber una aplicación uniforme del modelo de Estado. Esto mis-

(41) Véase: KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, traducción de Roberto J. Vernengo, p. 315: "Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica. En los hechos, es empleada para designar cierto tipo de Estado; a saber, aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica.

mo explica la distinción kelseniana entre un concepto formal y otro material de "Estado de Derecho", desde el momento que todo Estado constituye un orden, que se van concretando gradualmente desde la norma fundamental hasta los actos jurídicos más particulares; pero el propio Kelsen admite que la no menos importante cuestión de las garantías jurídicas concretas (sic) para asegurar que esos actos jurídicos se correspondan con las normas generales, remite directamente al concepto de "Estado de Derecho" en el sentido material o técnico de la palabra (42). El concepto puramente formal de "Estado de Derecho" es, desde luego, una secuela más de la equiparación kelseniana entre Derecho y Estado (al entender a éste como la personificación metafórica del orden jurídico total), pero no escapa al mismo pensador la importancia (política) del régimen de garantía a la legalidad y a la constitucionalidad, que pasa a formar parte principalísima del concepto material o de contenido del "Estado de Derecho". Aquí reconoce que sólo un "cierto tipo de Estado" responde a la denominación de "Estado de Derecho", que es el Estado apropiado a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica (43). Esta cuestión es —a nuestro modo de ver— independiente de la consecuencia kelseniana que a partir de la verificación de que el derecho regula su propia creación entiende que lo que existe como objeto del conocimiento (para la ciencia jurídica) es sólo el derecho. Podemos añadir, a este respecto, que así como para Kelsen el concepto formal de "Estado de Derecho" es incuestionable en el terreno de la pura ciencia jurídica (desde el momento que todo Estado es de Derecho), del mismo modo la necesidad de un concepto material de

(42) Confr., Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", Ed. Nacional, México, 1959, p. 120.

Por su parte, KRIELE, Martin ob. cit. "ut supra", ps. 139 y 140, distingue cinco conceptos de "Estado de Derecho", a saber: 1. Estado de legalidad formal; 2. Estado de derecho material; 3. Estado de derecho procesal; 4. Estado constitucional con división de poderes; 5. Estado constitucional parlamentario. El autor citado critica la filiación puramente "formal" del concepto clásico de la doctrina alemana sobre Estado de Derecho y, al respecto, observa que "... La peculiaridad del concepto de derecho alemán consiste en que no comprende las condiciones de su realización jurídica" (p. 142).

(43) Confr., Kelsen, Hans, "Teoría Pura del Derecho", ed. cit. "ut supra", p. 315. Añade el autor que Estado de Derecho "... en este sentido específico es un orden judicial y la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un Parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión".

"Estado de Derecho" aparece como insoslayable tan pronto se penetra en el terreno meta-jurídico y en las disputas de la ideología. Por lo tanto, los dos conceptos de "Estado de Derecho" son importantes e imprescindibles, pero mientras el "formal" tiene una utilidad preferente para el estudio intra-régimen, el concepto "material" o sustancial es el que resulta necesario para el estudio inter-sistemas; con el dato adicional de lo ya subrayado: que el concepto material de "Estado de Derecho" se correlaciona con una concepción determinada de los derechos subjetivos de las personas, de tal manera que a esa concepción corresponde un determinado tipo de Estado y no otro. En cambio, tratándose del concepto formal, no existe tal correlación, por cuanto las relaciones entre Estado y Derecho se desenvuelven independientemente de toda precharacterización del régimen sobre la base de una determinada definición axiológica.

Aunque las cuestiones semánticas no son las prioritarias en este estudio, debemos puntualizar que en el marco de la terminología adoptada debe entenderse que no hay derechos subjetivos del Estado: en ese ámbito, lo que hay son "competencias", que autorizan "facultades" de los órganos del poder público, que han sido conferidas por el propio ordenamiento jurídico-constitucional y que, por lo tanto, nacen de la legalidad misma (44).

Además, para precisar los límites del poder del Estado y el ámbito de los Derechos, hay que fundarse en una de las dos líneas de pensamiento siguientes: 1. en la fuerza, tal como lo hacen las tendencias que filosófi-

(44) Véase, ídem, nota anterior. Para el punto de vista kelseniano sobre el tema, puede verse: KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Ed. cit. "ut supra", p. 157 y sigtes. Sobre la base de la superación del distingo entre derecho público y derecho privado, el autor considera que cualquiera sea la terminología empleada, el contenido de la función es en ambos casos el mismo: la producción de normas jurídicas. Pero de todos modos recoge el sentido de las distinciones clásicas, cuando dice: "El poder jurídico conferido a una 'persona privada' de producir mediante un negocio jurídico, normas jurídicas, o de participar, mediante demanda, recursos, quejas, o ejercicio del derecho a votar, en la producción de normas jurídicas, es decir, sus derechos subjetivos en el sentido técnico de la palabra, no son caracterizados como capacidad jurisdiccional o competencia" (confr. p. 160).

Asimismo, véase: DROMI, José Roberto, "Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública", Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1980, en especial los Capítulos I, II y III.

Sin embargo, es frecuente el uso de la expresión "derechos subjetivos públicos del Estado", que éste ejerce frente a los particulares (véase: AFTALION, GARCIA OLANO y VILANOVA, "Introducción al Derecho", 11ª ed., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980, ps. 257 y 258).

camente brotan del irracionalismo, que políticamente se expresan en el absolutismo, y que jurídicamente nutren el decisionismo, o 2. en la razón y el consenso, debidamente armonizados por la experiencia, tal como lo han hecho a su debido tiempo todas las tendencias de base racional y que se han expresado en las versiones del iusnaturalismo, del contractualismo, del liberalismo político, y tanto del constitucionalismo clásico cuanto del constitucionalismo social. En el primer caso, o sea, cuando la apoyatura la brinda la fuerza, el voluntarismo congénito o tal postura conduce a que los supuestos derechos sean nada más que "concesiones graciosas" del autócrata gobernante, y, por ende, su dimensión y hasta su existencia misma dependen del arbitrio del titular del poder solamente. En el segundo caso, las cosas cambian sustancialmente, ya que la propia filosofía que sirve de fundamento lleva al resultado de la consagración jurídica de la protección de la libertad, que pasa a ser —gradualmente— una protección *plenaria e integral*. Cuando la doctrina resuelve acompañar con sus construcciones a los sucesivos pasos alcanzados en el proceso de los hechos, cobran notoriedad los llamados "derechos públicos subjetivos".

No es cierto que la libertad política sea nada más que un medio (relativa) mientras que la libertad civil sería un fin absoluto. Al contrario: ambas son inescindibles. Más aún, la libertad civil —en su medida y hasta en su existencia— depende de la amplitud efectiva de la libertad política. En consecuencia, el alcance de los derechos públicos subjetivos depende en última instancia del sistema de libertades políticas existentes en una determinada comunidad.

Su amplio desarrollo como su fecunda invocación explican la pregunta acerca de cuándo y cómo nace esta doctrina, así como también el interrogante en torno a si es aun suficiente e, incluso, si es hoy enteramente correcta. Como es sabido, ha sido en Europa y en el siglo pasado que surgió dicha doctrina, pero cabe traer a colación que tal surgimiento se produjo en medio de la confusión entonces existente, derivada de la situación del Estado y del Poder Constituyente, esto es, en pleno tránsito de las autocracias reinantes (el despotismo ilustrado) hacia una *semi*-democracia. Se trataba de un período transicional que abriría paso a la instauración de la plena democracia, o sea, del reconocimiento del principio de la soberanía del pueblo. Hasta tanto se llegara a la más cabal aceptación de una titularidad democrática del Poder Constituyente, en que el sujeto fuera el pueblo, la doctrina transicional fue una doctrina útil, aunque hoy debemos aclarar que tal utilidad lo fue con relación a ese

período intermedio de dudosa titularidad de la soberanía. Todo esto es lo que explica el surgimiento de una construcción doctrinaria y jurídica con el nombre que la conocemos: derechos públicos subjetivos; y no es por casualidad que sus máximos exponentes teóricos hayan sido autores de Alemania y de Italia, países éstos en los cuales advino tardíamente la consolidación del Estado nacional y más tardíamente aun la formación de instituciones basadas plenamente en las creencias de las prácticas democráticas (45).

La doctrina de los derechos públicos subjetivos incorpora a su nombre la expresión “públicos” para significar que se trataba de los derechos de todos (igualdad legal) y *frente* al Estado (el poder estatal como posible agente lesionado y como obligado órgano tutelar). Esto refuerza la afirmación anterior según la cual no cabe hablar de “libertad del Estado”, puesto que tratándose del poder público corresponde, según los casos, competencias, atribuciones, potestades o facultades. La libertad es siempre “humana”; de allí que también se hable de los “Derechos humanos”, no por oposición a inverosímiles “derechos de las cosas”, sino para establecer una clara distinción con los *poderes*. Como siempre, asistimos al juego dialéctico entre el Poder y la Libertad (46).

Podemos concluir, pues, que son derechos subjetivos los que tienen *acción*. Son derechos que están garantizados jurisdiccionalmente, es decir, que se encuentran protegidos o tutelados por el ordenamiento jurídico vigente, con lo que se suponen: jueces, procedimientos y acciones al servicio de ese fin. Como consecuencia de ello, los derechos subjetivos coinciden con una situación jurídica impulsiva del órgano jurisdiccional sancionatorio de la violación.

El aditamento “subjetivo” fue necesario como consecuencia del dualismo —tan caro a los iusnaturalistas— entre derechos naturales y derechos protegidos por el derecho positivo.

(45) Para la transición en la titularidad del poder constituyente, entre el monarca y el pueblo, véase: VANOSI, “Teoría Constitucional”, Ed. cit. “ut supra”, p. 277 y sigtes. Para un análisis agudo de esa misma situación en el caso de Alemania durante el siglo pasado, véase: KRIELE, ob. cit. “ut supra”, p. 409 y sigtes.

(46) De todos modos, hay casos en que se mentan “derechos reflejos” de los animales, plantas y objetos inanimados: se trata de protecciones que interesan a la comunidad y, por lo tanto, se prescriben sanciones para los casos de violación de la protección de esos animales, plantas u objetos inanimados “en cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera” (confr., KELSEN, “Teoría Pura del Derecho”, Ed. citada “ut supra”, ps. 141 y 142).

Los derechos subjetivos, por lo tanto, son derechos *garantizados jurisdiccionalmente*. En tales términos, puede decirse que la tutela judicial operativiza el derecho constitucional protegido, al dotar al titular del medio para exigir su reconocimiento, provocando la remoción del obstáculo impeditivo del goce de esa libertad y eventualmente, aplicando sanciones (47).

Lo más importante (o acaso, lo único importante) es, en definitiva, lo que señala Bidart Campos al referirse a la base constitucional de los derechos: "todo derecho subjetivo reconocido en una Constitución, sea en forma operativa, sea programática, exige que el sujeto pasivo frente al cual ese derecho es oponible, quede perfectamente individualizado. Declarar un derecho que no podrá hacerse valer ante nadie, es inocuo, no es técnico. Siempre ha de haber un sujeto al cual el titular del derecho le pueda demandar algo: que dé, que haga, o que omita. Si la norma constitucional no permite localizar ese sujeto pasivo, el derecho declarado se frustra porque falta la relación de alteridad" (48).

(47) Al respecto, Kelsen habla del "derecho subjetivo en sentido técnico" entendiendo por tal un derecho consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación (confr., "Teoría Pura...", Ed. cit. "ut supra", ps. 147/148). Y más adelante, el mismo valor concreta: "La esencia del derecho subjetivo, en el sentido técnico específico, tan característico del derecho privado, reside en que el orden jurídico no confiere el poder jurídico a un 'órgano' determinado de la comunidad, sino a un individuo designado por la teoría tradicional como 'persona de derecho privado', que normalmente es el individuo en cuyo respecto el otro estaba obligado a cumplir determinada conducta, para reclamar mediante una acción por el incumplimiento de esa obligación; es decir, para poner en movimiento el procedimiento que lleve al dictado de la sentencia jurídica en la que se estatuye una sanción concreta, como reacción contra el incumplimiento de la obligación" (p. 149).

Para que las "garantías" establecidas directamente en la Constitución asuman de por sí el carácter de derechos subjetivos, Kelsen también entiende que la "acción" conferida al interesado debe tener la virtualidad de descalificar a la norma que vulnera esa garantía. Al respecto, dice: "Mientras que la garantía constitucional de los llamados derechos y libertades fundamentales no signifique otra cosa que la mayor dificultad señalada en la limitación por ley de esos 'derechos', no tenemos derecho alguno en sentido subjetivo (...). Un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico... cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional" (p. 155). Y concluye afirmando: "Sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que, por su contenido, lesiona la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho o libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo" (p. 156). Es evidente la insistencia del autor en caracterizar el derecho subjetivo como un "poder jurídico", que se traduce en una acción.

(48) Confr. BIDART CAMPOS, Germán, "Pautas para la Formulación Normativa de una Reforma Constitucional", en *El Derecho*, del 26/VIII/1975.

Este tema ha sido escenario de posiciones muy divergentes. Puede afirmarse que la propia expresión "garantías" es también multívoca. En cuanto a lo primero, se registra la posición clásica de quienes sostienen la existencia de un derecho natural objetivo y universal, como dato presupuesto de todo ordenamiento; de donde se desprendería la posibilidad de un régimen de derechos en que algunos de éstos estarían munidos de garantías y otros no. Otra postura, más progresista, vincula la libertad jurídica y la limitación del poder estatal. En otro plano, los positivistas reducen la cuestión y equiparan derecho, acción y garantías (49).

La doctrina clásica de los derechos públicos subjetivos aparece como reaccionaria a esta altura de los tiempos. Su invocación, hoy, es regresiva, cuando ya se trata en este siglo, no sólo de "garantizar" los derechos individuales sino también de expandir la protección hacia una amplia cobertura jurisdiccional de los derechos sociales.

Es por todo esto que estimamos superados los términos doctrinarios de la opinión disidente, en el seno de la Corte Suprema, en el *caso Kot* (Fallos: 241: 291). El criterio entonces sustentado por los doctores Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid responde a la concepción europea tradicional y restringida, según la cual para que un *derecho* (individual) revista el carácter de *garantía* (constitucional) es preciso que se trate de un "derecho público subjetivo", o sea, de un derecho reconocido al hombre *frente al Estado* (frente al poder público). Según esta doctrina estrecha (citan a Jellinek, a Mortari, a Balladore Pallieri), cuando un particular

(49) En rigor, la última postura no sería posible sin el presupuesto de la anterior, o sea, la de la vinculación estrecha entre la libertad jurídica y la organización del poder público. Como bien señala KRIELE, Martin ob. cit., "ut supra", p. 157: "Sólo donde no hay soberano puede haber derechos humanos como derechos. En el absolutismo sólo había derechos humanos en la idea, no en la realidad; en la filosofía, no en el derecho". Este autor insiste en la necesidad de puntualizar la diferencia entre tolerancias y derechos subjetivos asegurados institucionalmente, subrayando que la garantía institucional de los "derechos" supone un sistema constitucional con división de poderes (p. 158). Y afirma: Por eso la historia de los derechos humanos transcurre en forma paralela a la historia del Estado constitucional. La historia de los derechos humanos y la del Estado constitucional forman una unidad indivisible. Los derechos humanos ponen condiciones y límites a aquel que tiene la competencia de crear y modificar el derecho y niegan el poder de violar el derecho (...) Los derechos sólo tienen efecto frente a otros derechos, los derechos humanos sólo frente a un poder jurídico, esto es, frente a competencias cuyo origen jurídico y cuyo status jurídico sea respetado por el titular de la competencia. Esta es la razón profunda de por qué los derechos humanos sólo pueden funcionar en un Estado constitucional. Para la eficacia de los derechos humanos la independencia judicial es más importante que el catálogo de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución" (ps. 159/160).

lesiona un derecho de otro no habría acto inconstitucional ni se estarían violando garantías. En el campo del derecho privado no habría garantías, ya que la Constitución no se ocupa de la violación de las libertades por los particulares. Sin embargo, comentamos nosotros, la experiencia indica que estas violaciones pueden ser tan o más graves que aquéllas.

A nuestro modo de ver, la doctrina "clásica" de los derechos públicos subjetivos es —por lo menos— una doctrina *superflua* en el actual estado de la cuestión. La cuestión es otra: o hay "derechos" o no hay derechos. Y habrá derechos (subjetivos) cuando el derecho (objetivo), partiendo de la aplicación de la Constitución y del ejercicio de las potestades de los jueces, brinden los instrumentos conducentes para conferir a los más variados segmentos de la libertad los niveles de eficacia jurídica que en el sentido o acepción más estricta permite hablar de "derechos subjetivos" (50). Es evidente, pues, que para estar en presencia de un régimen jurídico basado en la existencia e invocación de tales derechos, hace falta contar con una situación *constitucional* que establezca la limitación del poder, con un régimen legal que permita contar con la "seguridad jurídica", y con órganos judiciales independientes que estén en condiciones de brindar protección práctica y efectiva a los requerimientos de los titulares de aquellos "derechos". Si falta alguno de esos elementos, el régimen es incompleto o —lisa y llanamente— no cabe hablar de "derechos subjetivos" para la libertad de las personas. Pero es menester recordar que hace falta algo más en la perspectiva *meta-jurídica* sólo gozará de bases firmes un régimen de protección de los dere-

(50) Kelsen sintetiza la cuestión de la siguiente manera: "En suma, cabe afirmar que el derecho subjetivo de un individuo es, o bien un mero derecho reflejo, esto es, el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo, o bien un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordena la sanción prevista para el incumplimiento; o bien, un derecho político, esto es, el poder jurídico otorgado a un individuo, sea directamente como miembro de la asamblea popular legislativa, de participar en la producción de las normas jurídicas generales denominadas 'leyes', o, como sujeto de un derecho de elección del Parlamento, o de la administración, de participar indirectamente en la producción de las normas jurídicas para lo cual está facultado el órgano elegido; o bien como derecho o libertad fundamental, reconocidos constitucionalmente, para participar en la producción de la norma mediante la cual se quita validez, sea en general (esto es, para todos los casos), o solo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizadas. Finalmente, también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa" (confr. "Teoría Pura del Derecho", Ed. cit. "ut supra", ps. 156/157).

chos subjetivos que la comunidad lo vivencie como un valor preeminente y compartido, toda vez que bastaría un criterio sectario o absurdo de los jueces sobre qué es "razonable" y qué es "arbitrario", para que se quebrara la idea de supremacía de ciertos derechos constitucionalmente protegidos.

En síntesis: hablar de la protección de los derechos subjetivos en el marco de un ordenamiento que se presume propio del "Estado de Derecho", significa incluir: la protección de los derechos civiles (tanto los individuales como los sociales), de los derechos políticos y de los llamados derechos cívicos o públicos (51). Tal protección debe abarcar los derechos de contenido patrimonial (que son renunciables) y los derechos de contenido extra-patrimonial (de orden público) que algunos autores denominan derechos "inherentes a la personalidad humana" (52). Los derechos subjetivos pueden consistir en la pretensión jurídica a exigir una actividad o prestación, o bien la pretensión jurídica a exigir una abstención y eventual reparación. Pueden ser requerimientos jurídicos exigibles al Estado o exigibles a otros sujetos (personas no estatales). Todos —entiéndase bien: todos— pueden estar en situación de devenir o asumir el carácter de "derechos subjetivos". Ello depende del grado de protección que les dispense el ordenamiento jurídico y la actividad judicial garantista, en su caso. Pero la protección puede variar: 1. puede ser *amplia* (completa) en el caso de los derechos subjetivos; 2. puede ser *restringida* (incompleta, limitada) en el caso de los llamados "intereses legítimos" y 3. puede ser *nula* (inexistente) cuando sólo reconoce o produce una mera "gracia" o "dispensa". Por ende, habrá un derecho subjetivo propiamente dicho cuando el sujeto esté munido de acción para exigir o proteger "su" derecho con plenitud, incluyendo la posibilidad de instar al órgano jurisdiccional para aplicar sanciones o hasta el límite de fulminar las normas institucionales que lo afecten en su situación.

(51) Los así llamados derechos "públicos" o "cívicos", según Bielsa, son aquellos que se atribuyen a los habitantes (y no sólo a los ciudadanos), constituyendo un género del cual los derechos políticos son una especie. Así, los derechos de reunión, de petición y de asociación, que valen como medios para el ejercicio de otros derechos, tanto civiles como políticos (véase: BIELSA, Rafael, "Derecho Constitucional", 3ª ed., Depalma, 1959, ps. 263 a 266). También sobre el mismo tema: SANCHEZVIAMONTE, Carlos, "Manual de Derecho Constitucional", 2ª, Ed. Kapelusz, p. 140).

(52) SANCHEZVIAMONTE, Carlos, "La Libertad y sus Problemas", Ed. Omeba, Buenos Aires, 1961, Capítulo VII (Libertad y Patrimonio), p. 215 y sigtes.

Hacemos mención de los "intereses legítimos" como situaciones de protección "restringida", es decir, no amplia. Queda en claro que aceptamos la existencia de diversos grados de protección, pero ello no implica que deban separarse las aguas en dos niveles irreductibles: los derechos subjetivos por un lado y los llamados intereses legítimos por el otro. En realidad, el tema ganaría en profundidad si suprimiéramos esa distinción terminológica y habláramos solamente del grado de protección de los derechos.

Democracia

La tan angustiante "supervivencia" de la Democracia es, nada más ni nada menos, que la "democracia social". Esto ya fue anticipado —y con razón— por Harold Laski, en lúcidos ensayos sobre la materia; y en la concreta situación de la Argentina lo ha expresado así Carlos S. Fayt: "Ninguna estructura puede tener permanencia ni estabilidad en tanto que haya seres humanos que viven por encima de la Libertad mientras otros sobreviven por debajo de la Libertad" (53). Al respecto es conveniente formular un reajuste conceptual en torno de los valores prioritarios que invocan los autores. Es cierto que según Hans Kelsen es el valor de la Libertad y no el de la Igualdad el que define en primer lugar la idea de la democracia (54), criterio compartido por Alf Ross, pero al que este autor agrega "que una mayor igualdad es un requisito previo para la existencia continuada de la democracia". Y con aguda percepción afirma: "La gente de una comunidad sólo tendrá un interés similar en la libertad cuando ... tenga un interés similar en sus resultados. La libertad, pues, y a la larga, no podrá subsistir sin igualdad. La igualdad es una condición necesaria de la democracia, y la democracia, por su parte, de la libertad" (55).

Por ello, al modelo político de una "democracia social" corresponde el modelo constitucional de un "Estado *social* de Derecho" (Herman Heller) o, más precisamente, de un "Estado democrático y social de Derecho" tal como recientemente lo ha consagrado la Constitución de Es-

(53) Confr., FAYT, Carlos S., "Presupuestos para una reforma constitucional", en Revista Jurídica, de Buenos Aires, 1958-III, p. 43 y sigtes.

(54) Confr., KELSEN, Hans, "Esencia y valor de la Democracia", Ed. Labor, 1934, p. 126.

(55) Confr., ROSS, Alf, "Fundamentos de la Democracia (¿Por qué la Democracia?)", traducción y publicación del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año 1966, ps. 39 y 41.

paña. Del Estado concebido en el marco de la ya consabida noción del "Estado de Derecho" al Estado formalizado a través de los cánones del "Estado social de Derecho" se adviene mediante el tránsito de un doble e inescindible carril, que comprende los postulados del denominado "constitucionalismo social" y los requisitos insoslayables para el aseguramiento de la "racionalización del poder". Si falta lo primero no cabe hablar de "social"; pero si falta lo segundo es impropio pretender una pertenencia al ciclo del constitucionalismo propiamente dicho. La "democracia social" y el "Estado social de Derecho" no se avergüenzan del *garantismo*, puesto que aquella Democracia y ese Estado son mentados en radical oposición a toda forma de dictadura o autocracia. Más aún: se insiste en la sujeción a la legalidad y en la existencia real de un régimen efectivo de controles jurisdiccionales que permitan defender el valor de la Libertad. El "Estado social de Derecho" fue visualizado por Heller como la única alternativa viable frente al viejo individualismo y a los totalitarismos contemporáneos y, por ello mismo, su raíz filosófica y toda su concepción política lo alejan por igual de cualquier deformación de la idea democrática y de la aceptación del pluralismo. Su verdadero sustento está en el "solidarismo", frente al individualismo y al colectivismo.

Conocemos bien los condicionamientos que la *necesidad* crea a la *libertad*. Y un planteo así requiere, lógicamente, que esa Sociedad en la cual el hombre desenvuelve su existencia y procura su desarrollo, no sea concebida como un ente abstracto, sino como una realidad concreta, histórica y variable, en cuya composición encontramos sectores que son "pudientes" por un lado, y sectores "sumergidos" por el otro. La Sociedad, pues, no es un todo amorfo o informe: la Sociedad contiene realidades y ofrece pluralidades que se particularizan por numerosas notas de diversidad, entre las cuales tiene rango relevante la situación en que se encuentra cada sector para afrontar los riesgos que plantea la "necesidad" y los desafíos que suscita la "desigualdad".

De inmediato surge la pregunta: ¿a qué apunta la concepción democrático-social? Y la consiguiente respuesta: a procurar mayores niveles reales de *igualdad de oportunidades*, como necesaria actualización de la vieja idea de la igualdad "formal", procurando abarcar así al mayor número de componentes de la mayor cantidad de sectores sociales. En la imposibilidad de prometer una igualdad real y total, la democracia acentúa hoy el compromiso social de alcanzar oportunidades generalizadas y amplias que permitan a la mayoría (cualitativa y cuantitativa) superar el

riesgo de la permanencia en el plano "sumergido" y puedan así acceder a la posibilidad de un goce real de aquellos derechos que el constitucionalismo clásico reconoció como los más inherentes a la personalidad humana (los derechos individuales o "derechos del hombre"). De nada vale seguir reconociendo y proclamando catálogos de derechos si la mayoría de sus destinatarios (y potenciales sujetos) se sitúan por debajo de las condiciones mínimas de bienestar que permiten al hombre ejercitar esos aspectos de su libertad (enseñar y aprender, circular por el territorio, usar y disponer de la propiedad, practicar sus creencias religiosas, formar familia, etc.).

Por lo tanto, allí reside la clave de la democracia contemporánea y lo que la puede presentar ante el consenso general con una imagen de superioridad con relación a otros sistemas que intentan desplazarla (los autoritarios y los totalitarios). Con verdad ha advertido Hans Kelsen: si la democracia no asegura la igualdad, lo hará en su lugar la autocracia, que es lo que tenemos que evitar (56). El terreno que deje sin ocupar el modelo democrático será fatalmente arrasado por los modelos antidemocráticos. O la democracia ofrece una alternativa sugerente y asequible o sus enemigos la desplazarán en la escala axiológica de las preferencias políticas de nuestra sociedad. Este desafío requiere una actitud que no podrá prescindir del valor que la democracia social ofrece y *tiene* como posibilidad creadora para un tiempo de crisis y cambio.

Separación de poderes, sistema electoral, descentralización y parlamento

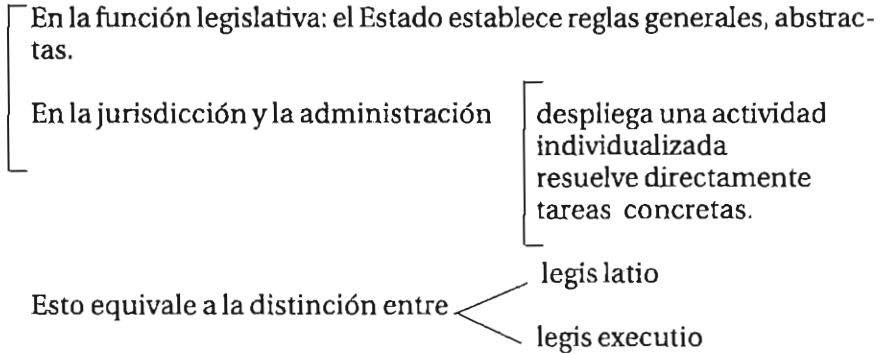
Separación de poderes

Está claro en el pensamiento de la teoría pura, según Kelsen, que en la distribución de los órganos estatales se manifiesta la articulación esencial del

proceso jurídico:

[ese proceso se centra en la legislación y en la ejecución como creación y y aplicación del Derecho.

(56) *Idem*, p. 41.



Toda función del *Estado* es función del *Derecho*, es el proceso graduado y sucesivo del establecimiento de normas

El Derecho tiene la peculiaridad de que *él mismo regula su propia creación*.

De tal modo que la producción de una norma de Derecho constituye una situación que está regulada por otra norma jurídica "superior"; y al propio tiempo la norma inferior creada por ésta determina a su vez el modo de creación de otra norma subordinada a ella.

Todo hecho de *producción* de una norma representa además, con respecto a la norma superior que lo regula, un acto de *ejecución* de la misma.

Así, la Constitución, las leyes, los reglamentos, las resoluciones, las sentencias, tienen entre sí una relación de subordinación, que dimana de la norma jurídica "fundamental", sobre la cual se basa el orden jurídico en su propia relación dinámica.

La subordinación de funciones en razón del proceso de creación y ejecución del Derecho, *presupone la separación entre poderes constituidos y poder constituyente*.

Una separación entre los poderes sólo es posible y puede concebirse, si existe por encima de las autoridades a separar, *una autoridad superior que establezca entre ellas la separación*

En este caso *la unidad* del Estado se ha realizado desde el primer momento *por el órgano constituyente* colocado por encima de las autoridades constituidas.

Régimen electoral

También el sistema electoral adecuado hace a la salud de las funciones de la oposición, y "sistema electoral adecuado" requiere alguna precisión: un sistema electoral que corresponde con un régimen representativo satisfactorio. Aquí es menester procurar un equilibrio difícil, un equilibrio axiológico entre diversos valores que están en juego, y que fundamentalmente son los valores de la Justicia y de la Eficiencia. Si nos inclinamos únicamente por uno, llegaremos a una conclusión, y si optamos exclusivamente por otro, llegaremos a otra conclusión. Hans Kelsen, privilegiando exclusivamente al valor justicia, aconsejaba como sistema universal el de la representación proporcional integral, pero no reparaba en los problemas de la eficiencia (57).

Este tema ya fue tratado suficientemente en el siglo pasado entre dos grandes liberales ingleses: Stuart Mill y Bagehot. El primero defendiendo la proporcionalidad, y el segundo defendiendo el sistema de mayorías. Stuart Mill pensaba en la Cámara de los Comunes como el mapa que reproduce en pequeña escala el territorio y estimaba que era de justicia estricta que ese mapa fuera en escala, es decir, en proporción al territorio. Bagehot contestaba diciendo que eso estaba bien en teoría, pero que en la práctica había que pensar también en las tendencias del electorado y las aspiraciones del electorado, y que así como el votante de mayoría piensa en eficiencia, en gobierno, en ejercicio del poder, y el votante de minoría piensa en control, oposición y quizá dilación, pues entonces derecho de uno y de otro deben ser armonizados, porque si

(57) Confr. KELSEN, Hans, "Esencia y Valor de la Democracia", Ed. Labor, Barcelona, 1934, ps. 87 y 89. Con posterioridad, en la "Teoría General del Derecho y del Estado", el mismo autor ratifica sus puntos de vista sobre el régimen electoral, y dice: "El sistema de la representación proporcional es la aproximación más grande posible al ideal de la autodeterminación dentro de una democracia representativa y, por tanto, el más democrático de los sistemas electorales" (confr., ob. cit. 2ª ed., México, 1958, p. 353). También puede verse en el pensamiento kelseniano una prevención justificada con respecto a otros sistemas electorales cuando expresa: "Pero la división en distritos electorales puede tener el resultado de que un grupo minoritario obtenga una representación mucho más fuerte que la que corresponde a su fuerza numérica, incluso una representación más fuerte que la del grupo mayoritario" (ídem, p. 352).

bien es cierto que el derecho de la minoría existe y es muy grande, no puede ser tan grande como para transformarse en un enervamiento o en una incompatibilidad con el derecho de la mayoría a poder gobernar (58). También debe señalarse que Bagehot fue el primero en el siglo pasado en hablar de la función cíclica de alternativa que correspondía a la oposición y que él vinculaba estrechamente con el sistema electoral (59).

Por lo tanto hay que elegir: o estamos con el camino de los que con un nombre y otro crean el Archipiélago Gulag, que mandan a los disidentes a las clínicas psiquiátricas, que establecen campos de concentración con cámaras de gas, o los lanzan a los zanjones y a las cunetas, con los sistemas como el que rige en Guatemala, donde a 5 km. del centro vi un cartel sobre la ruta que decía: "Prohibido tirar basura y arrojar cadáveres" (dado que ésa es la forma natural y habitual de eliminar a los opositores); o, en cambio, estamos con la convivencia pacífica ya que como muy bien señala Kelsen, la democracia quiere la paz (60). El desafío permanente del hombre radica en la superación de sus circunstancias; y todos los pueblos y sus hombres afrontan periódicamente las circunstancias de la reconstitución o del saneamiento o del perfeccionamiento, no de un sistema abstracto, sino de un concreto sistema de partidos para un concreto sistema político. Y el sistema político se puede basar en dos líneas de pensamiento: o se basa en la paz o se basa en la fuerza; si se basa en la paz, se basa en el consenso; si se basa en la fuerza, se apoya en la coerción. Si se basa en la paz, se funda en la razón; si se basa en la fuerza, se funda en el capricho. Si se basa en la paz, se construye con la discusión. Si se basa en la fuerza, se edifica sobre la verdad única y revelada. Si se basa en la paz, hay que admitir un cierto relativismo. Si se basa en la fuerza, se sienta en el absolutismo. La paz conduce al perfeccionamiento, con errores, con inconvenientes, con traspies, pero es el perfeccionamiento al fin. La fuerza lleva fatalmente al anquilosamiento. La evolución de la era constitucional ha recibido en su faz positiva el impulso proveniente de la razón, de la experiencia,

(58) El gran debate entre Stuart Mill y Bagehot puede verse en la obra de FRIEDRICH, Carl J., titulada "Gobierno Constitucional y Democracia", Ed. del Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1975, t. II, ps. 47 a 56.

(59) Así lo señala VERGOTTINI, Giuseppe de, en "La forma de gobierno de la oposición garantizada", Madrid, 1979, separata del N° 9 de la Revista de Estudios Políticos que publica el Centro de Estudios Constitucionales, p. 21.

(60) Confr. KELSEN, Hans, "Esencia y valor de la democracia", ob. cit., p. 98.

y del consenso, que se sobrepusieron a las corrientes regresivas de la irracionalidad, de la arbitrariedad o capricho del César y de la pura coerción. La democracia se unió a las fórmulas constitucionales y así se impuso el modelo de la "democracia constitucional", cuya vigencia fue abriendo paso al ideal de un Estado social y democrático de Derecho", como perfeccionamiento de la obra política del solidarismo. La defensa de esta conquista o estadio de la cultura institucional requiere una clara elección por el término de la alternativa que se basa en el predominio de aquellas notas: la razón, la experiencia y el consenso. Si el precio para salvar a la democracia fuera el de sacrificar a la democracia, caeríamos en un sofisma primero y en una contradicción sin retorno después. La democracia sólo se vigoriza con más y mejor democracia.

Descentralización

Parece oportuno y necesario poner sobre el tapete una reflexión en torno de un fenómeno trascendente del mundo político, que excede los contornos del problema municipal, pero que es oportuno subrayarlo a propósito del análisis de este aspecto de la organización del Estado. Se trata de lo siguiente: la observación de las tendencias sociales a la luz del cartabón de la organización política permite verificar que el mundo va hacia una creciente conciliación entre la fuerza de la individualidad y la fuerza de la grupalidad. En el ámbito terrenal de la libertad (las democracias pluralistas) hay un doble rechazo: no se acepta ni el individualismo extemporáneo, ni el colectivismo totalitario. En cambio, se comprueba a diario la desesperada búsqueda de formas institucionales adecuadas para alcanzar una armonía entre la persona y sus múltiples grupos de pertenencia, buscando complementar la representación en el todo con la participación sectorial de los diversos intereses. En síntesis, una manifestación más del doble perfil del pluralismo democrático: el de las ideas y el de los grupos (véase VANOSSI, Jorge Reinaldo, "Democracia constitucional: pluralismo y control", en la obra "El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas", Ed. Labor, Madrid 1978, ps. 17 a 45).

Si se permite una alegoría, puede decirse que asistimos a la vigencia de un nuevo contrato social; pero entendiendo la figura contractual no como una hipótesis de suceso histórico determinado, sino como fundamento y justificación de un status de paz social a alcanzar a través de la manifestación del consenso general. Porque en última instancia, el Estado y el Derecho sólo pueden encontrar apoyatura final en uno de

los dos presupuestos posibles: la fuerza (que entroniza autocracias) o el consenso (que erige democracias). El consenso va acompañado de manifestaciones de acuerdo, de convergencia, de conciliación, de participación y, también, de representación. Al consenso se llega por la voluntad de los hombres y por la voluntad de los grupos. La paz social depende de todos ellos, "a fortiori" en la complejidad de las sociedades industriales.

Una de las primeras explicitaciones o despliegues de ese nuevo "contrato" tendrá por escenario el ámbito del municipio o comuna. Y también será un reflejo del apuntado doble pluralismo de las sociedades actuales (de las ideas y de los grupos intermedios).

Como la práctica de la descentralización (estática y dinámica) es un verdadero marco abierto de posibilidades, no hay que descuidar las múltiples vías que se abren para el enriquecimiento del propio sistema. Una de ellas también requiere el juego del consenso: la de los acuerdos intermunicipales, para la atención de determinadas necesidades que superan los contornos del municipio aislado, para abarcar regiones más extensas (de una misma provincia o varias), pero que tienen problemas en común. Claro está que, en tales hipótesis, la coordinación estará a cargo de los poderes provinciales, es decir, del nivel superior al municipal, recordando una vez más que toda concertación es viable en el marco o tope trazado por la norma correspondiente a la jerarquía de que se trate. En ello radica, precisamente, el atractivo de la descentralización: como señala Kelsen, que "... permite una aproximación mayor a la idea de la democracia que la centralización. Esta idea es el principio de auto-determinación" (ob. cit., p. 371).

En todos estos niveles el Estado del futuro y el mundo del futuro encontrarán cada vez más posibilidades de aliviar la coerción inevitable que implica todo "gobierno" y de mejorar la eficacia que ansía todo pueblo bajo un gobierno, a través de la práctica de la descentralización. Pero esa descentralización brindará tales beneficios si media acierto en su organización. La primera organización de la descentralización hay que procurarla en la Constitución del Estado ¿En qué aspectos es menester reunir tales aciertos, para que la descentralización sea valiosa y no disvaliosa? La respuesta está, exactamente, en el acierto de cada una de las notas características y componentes de la descentralización. Sólo tenemos que añadir la pauta de "acierto" (que es materia de ingeniería o política constitucional y no de teoría del Estado) a los elementos que menciona Kelsen,

cuando dice: "El grado cuantitativo de centralización y descentralización depende, en primer lugar, del número de etapas de la jerarquía del orden jurídico en que existe la descentralización o la centralización; en segundo lugar, del número o importancia de las materias reguladas por las normas centrales o locales" (ob. cit., p. 364); así como también cuando dice: "Para el concepto dinámico de la centralización y la descentralización no sólo tiene importancia el número de los órganos creadores de normas, sino también la forma en que tales órganos son instituidos" (ídem, 368). No debemos olvidar que, para la teoría pura, la descentralización es a un tiempo "estática" y "dinámica" cuando el orden jurídico válido solamente para una comunidad parcial es creado por órganos electos simplemente por los miembros de esta comunidad parcial, y que, además, la descentralización estática trae consigo la descentralización dinámica, la que en las democracias a su vez lleva una tendencia inmanente hacia la primera (61).

Kelsen también encuentra igual observación al sistema bicamarista, sosteniendo que éste es un dogma de la monarquía constitucional, inspirado en las necesidades políticas del mismo, y que resulta impracticable en la democracia, como lo demuestra la dificultad de instituir una segunda cámara al lado de la elegida por el sufragio universal, que no sería más que una repetición de ésta, si quiere mantenerse en vigor el principio democrático.

Mandato y representación política. Corporativismo

El mandato imperativo desapareció. Con él se fue un tipo de representación (la vinculada). Pero los términos "representación" y "mandato" se siguen utilizando, algunas veces con precisión y otras sin cuidado. La permanencia de las viejas denominaciones cumple la función de recordar la idea u objetivo perseguido por la institución representativa:

(61) "La llamada autonomía local es una combinación directa y deliberada de las ideas de descentralización y democracia. Los órganos creadores de normas locales son en este caso electos por aquellos para quienes tales normas son válidas. Un ejemplo de unidad local autónoma lo encontramos en el municipio y en el alcalde. Se trata de un autogobierno local, descentralizado. La descentralización se refiere solamente a ciertas materias de interés local específico. Y el radio de la autoridad municipal se encuentra restringido a la etapa de creación de normas individuales. Algunas veces el cuerpo administrativo de elección, el consejo municipal, tiene competencia para expedir normas generales, los llamados estatutos autónomos; pero estos estatutos tienen que permanecer dentro del marco de los centrales, expedidos por el órgano legislativo del Estado" (KELSEN, Hans, "Teoría general del Derecho y del Estado", México, 1958, p. 374).

unir de alguna forma a los gobernantes con los gobernados, tratando que los representantes se comporten de la manera como un mandatario debe comportarse con relación al mandante, es decir, cuidando no de sus propios intereses sino de los ajenos. Es por ello que en ese sentido creemos inapropiada la objeción que formula Hans Kelsen, cuando expresa que hablar de "mandato libre" es una "contradictio in adjecto" pues el concepto de "mandato" implica las ideas de vinculación e imperatividad (62). Aun siendo así, debemos percibir que, cuando en la actualidad hablamos de la representación o, impropriamente, del mandato con referencia al ámbito del derecho público, sólo hay una semejanza de nombres y términos, pero nunca una analogía con las relaciones propias del derecho civil y de las figuras contractuales. Se trata entonces de una cuestión terminológica y de significados, en cuya virtud entendemos por representación una cosa que nada tiene que ver con la institución que durante el medievo funcionaba sobre el carril del mandato imperativo. Y si por costumbre se desliza la palabra mandato, también es cierto que no pensamos en el contrato, sin en el sobrenombre de una figura que ya tiene para la ciencia política su total autonomía conceptual y un claro sentido de función institucional. La idea moderna del "mandato libre" o representación institucional. La idea moderna del "mandato libre" o representación política luce en toda su cabalidad del famoso "Discurso a los electores de Bristol", pronunciado por el

(62) No obstante que las ideas de Kelsen fueron inicialmente expuestas en sus obras "Valor y esencia de la democracia" y "Teoría del Estado", la última formulación fue hecha en la "Teoría general del Derecho y del Estado" (traducción de Eduardo García Máynez, México, 2ª ed., 1958), de la que puede extraerse una posición más atemperada en cuanto a la crítica de la representación se refiere. En efecto, Kelsen no niega la existencia de la representación política, sino que desconoce el carácter pretendidamente jurídico de ésta, desde el momento que la representación engendra una "responsabilidad" que es puramente política y no jurídica. Para que hubiera representación jurídica propiamente dicha, sería menester "que el representante se encuentre jurídicamente obligado a ejecutar la voluntad del representado, y que el cumplimiento de esta obligación se halle garantizada jurídicamente" (ob. cit., p. 344). Esa garantía típica es la facultad de remoción, que está ausente en la representación política; con lo que se produce una independencia del Parlamento con relación al pueblo, cuya función — como cuerpo electoral — se encuentra limitada a la creación del órgano legislativo. La representación política sería, pues, una ficción: "...si no hay ninguna garantía jurídica de que la voluntad de los electores sea ejecutada por los funcionarios electos, y éstos son jurídicamente independientes de los electores, no existe ninguna relación de representación o de mandato" (p. 345). En consecuencia, cuando se ataca al mandato imperativo como incompatible con la representación se está haciendo una cuestión ideológica y política con el fin de ocultar la situación real y mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo, cuando en realidad — según Kelsen — la falta de mandato imperativo y de poder revocatorio reemplazan el principio democrático por el de la división del trabajo (véase, ob. cit., p. 347).

inglés Burke en 1774, o sea, con anterioridad a las elaboraciones doctrinarias de los revolucionarios franceses.

La crítica de la representación política ha sido emprendida desde varios ángulos doctrinarios; en algunos casos con el propósito de expresar una desconfianza hacia la institución, como lo hizo Rousseau; en otros casos para estamparle el mote de una pura ficción, como es el sentir de Hans Kelsen (63); y otros para denunciar el sentido de compromiso axiológico-político que respiran los organismos fundados en la representación. Este último caso es el de Carl Schmitt, para quien no escapa el estrecho lazo de unión entre esta institución y los dogmas del liberalismo político.

A su turno, Hans Kelsen denunció que la organización corporativa ha sido siempre la forma en la que uno o varios grupos trataban de dominar a los otros; por lo cual puede sospecharse que cuando hoy se reclama su instauración, es no por necesidad sino por la aspiración de poder de ciertos sectores de intereses, a los que la Constitución democrática parece no ofrecer ya garantías de éxito político (64). La denuncia de Hans

(63) Para Hans Kelsen, la representación es pura ficción: la independencia real del parlamento respecto de la voluntad popular se disimula diciendo que cada diputado es el representante de todo el pueblo, pero que "todo el pueblo" es mudo. Tales observaciones de Kelsen, expuestas en su "Teoría del Estado" (en la década del treinta), fueron suavizadas en la más reciente "Teoría general del Derecho y del Estado" (traducción de Eduardo García Maynez, México, 2ª ed., 1958), según lo hemos explicado. Para aclarar el sentido que Kelsen atribuye a la representación, como figura política antes que jurídica, transcribimos el siguiente párrafo de la segunda obra mencionada:

"Si es democrático que la legislación sea ejercitada por el pueblo y si, por razones técnicas, es imposible establecer una democracia directa y resulta necesario conferir la función legislativa a un parlamento de elección popular, entonces será democrático garantizar hasta donde sea posible que la actividad de cada miembro del parlamento refleje la voluntad de los electores. El llamado mandato imperativo y la remoción de los funcionarios electos son instituciones democráticas, si el cuerpo electoral se encuentra democráticamente organizado. La independencia jurídica del parlamento frente al cuerpo electoral sólo puede justificarse mediante la opinión de que el Poder Legislativo, se halla mejor organizado cuando el principio democrático de que el legislador debe ser el pueblo, no es llevado al extremo. La independencia jurídica del parlamento frente al pueblo significa que el principio de la democracia es, en cierta medida, reemplazado por el de la división del trabajo. A fin de ocultar esta desviación de un principio a otro, úsase la ficción de que el parlamento "representa al pueblo", (confr., ob. cit. p. 347).

(64) Conf., KELSEN, Hans, "Teoría general del Estado", México, 1954, p. 455. Dicha obra contiene un apéndice dedicado al estudio de las formas totalitarias. En su "Teoría general del Derecho y del Estado", el mismo autor reitera su impresión acerca de la tendencia antiglobalitaria que encierra la llamada representación funcional; y dice al respecto: "Semejante sistema

Kelsen muestra acabadamente el rumbo seguido por los movimientos corporativistas: terminar con la libre asociación política de los ciudadanos, suprimir el disenso político e instaurar la verticalidad única del autócrata triunfante. En momentos en que esa tendencia avanzaba en Europa, Kelsen dedicó a su análisis varias páginas de la "Teoría general del Estado" y un apéndice de su traducción española (65), demostrando cómo es difícil concebir a la democracia al margen de la lucha de mayorías y minorías a través de los organismos representativos. Cuando se pretende estructurar sobre bases corporativas, se manifiesta una tendencia natural a la amplia diferenciación, desde el momento en que en una economía progresiva el número de profesionales con derecho a organización tiende a multiplicarse aceleradamente; en cuyo caso, las cuestiones puramente profesionales podrían encontrar una solución dentro de cada grupo, pero no ocurriría así con la mayoría de las cuestiones que no son de régimen interno y que al afectar no sólo los intereses de los miembros motivan que otros grupos profesionales se hallen más interesados en su solución que los mismos grupos a los que directamente afectan. En esos casos, según Kelsen, no hay más solución que atribuir la decisión definitiva a una autoridad que obtenga la coincidencia de todos los sectores (lo cual es imposible de alcanzar) o hay que acudir al principio de la mayoría: en definitiva, la opción se repite entre un órgano de complejidad más o menos autocrática o un Parlamento elegido por todo el pueblo (66). Por

electoral niega implícitamente la igualdad de todos los ciudadanos y, consecuentemente, los mandatos son distribuidos entre los distintos grupos, no de acuerdo con su importancia numérica, sino tomando en cuenta su pretendida importancia social. Como es imposible encontrar un criterio objetivo para determinar la importancia social de los diferentes grupos, en la realidad este sistema es muy a menudo una simple ideología, cuya función consiste en ocultar el dominio de un grupo sobre otro" (confr., ob. cit. 2ª ed., México, 1958, p. 354).

(65) Véase, "Teoría general del Estado", México, 1954 (edición en español); y, en especial, el capítulo titulado: "La reforma del parlamentarismo y el problema de la representación corporativa (consideraciones políticas)" (p. 451 y sigtes.); y el apéndice sobre: "La dictadura de partido (bolchevismo, fascismo, nacionalismo)" (ps. 464 y sigtes.), también, el título: "Forma del Estado y concepción del mundo" (p. 470).

(66) Véase: ob. cit., p. 454. En el citado capítulo sobre: "La reforma del parlamentarismo y el problema de la representación corporativa (consideraciones políticas)", Hans Kelsen incluye observaciones muy a propósito de la crítica reinante en ese momento contra la representación política y el parlamentarismo. Entre otras cosas dice:

"Desenvolviendo el principio de la división del trabajo, se quiere sustituir el cuerpo legislativo central y universal (que por su composición no está capacitado para ninguna actividad técnica especializada) por parlamentos técnicos para cada dominio de la legislación..."; añadiendo Kelsen que las comisiones parlamentarias son —en cierto modo— el germen de esta organización (véase: ob. cit., ps. 451 y 452).

lo tanto: si en el Parlamento corporativo la mayoría decide contra la minoría, parece preferible que el Parlamento sea elegido no por los pertenecientes a una determinada profesión, en calidad de miembros de la misma, sino por los miembros de la comunidad estatal; por quienes no sólo se interesan por las cuestiones de su profesión, sino por todos aquellos asuntos que pueden constituir el objeto de la voluntad del Estado (67). Una cámara de los grupos sólo puede existir a título consultivo pero no como factor de decisión, si quiere ser compatible con la democracia. El razonamiento de Kelsen y sus conclusiones son pues coherentes con los presupuestos de la teoría general que toma por base y que, en cuanto a la forma de gobierno, reconoce una opción entre autocracias y democracias, que si bien no se dan en los hechos como formas químicamente puras, aparecen con caracteres predominantes de una o de otra y definen al régimen como de un tipo o de otro.

Al afirmar que es la ciudadanía la que espera su adecuada representación en el Estado, se coincide con el pensamiento de Kelsen en el sentido de que la estructuración del pueblo en clases profesionales no com-

“Otras veces se va mucho más lejos y se reclama abiertamente la sustitución del parlamentarismo democrático por la organización corporativa. En lugar del principio mecánico de las mayorías, debería estructurarse al pueblo orgánicamente; y la formación de la voluntad estatal no debería quedar abandonada a los azares del voto mayoritario, sino que cada grupo popular — organizado como clase profesional— debería participar en ella en la medida correspondiente a su importancia y significación dentro de la totalidad orgánica del pueblo” (confr., ob. cit., p. 452).

“Así como el liberalismo espera lograr la mayor armonía de los intereses económicos lanzándolos a la más desenfrenada concurrencia, cree igualmente que de la libre lucha de opiniones en el procedimiento parlamentario nacerá alguna verdad absoluta, algún valor político absoluto” (confr., p. 453). Kelsen estima, a este respecto, que la verdad está en lo inverso, ya “...que a la democracia en general, y al parlamentarismo en particular, es inmanente una ideología crítico-relativista” (confr., p. 453), en que el procedimiento dialéctico-contradictorio conduce al compromiso político.

(67) Confr., KELSEN, Hans, ob. cit., p. 455.

Kelsen añade: “Si los trabajadores de todas las profesiones se sienten, con razón o sin ella, más unidos entre sí que con los capitalistas del mismo grupo profesional; y si, como lógica consecuencia, también los últimos se organizan en común por encima de toda diferencia profesional, apenas puede encontrarse un tipo de organización corporativa surgido de la entraña misma de la realidad social que sea capaz de desplazar la actual forma democrático-parlamentaria del Estado, sin aproximarse más o menos a un tipo autocrático, es decir, al predominio dictatorial de una clase sobre otra” (confr., ob. cit. p. 455). Kelsen termina reflexionando que si de lo que se trata es de reflejar en la organización política la realidad social, la “verdadera” y genuina expresión de la sociedad actual dividida en dos clases; entonces, es la forma democrático-parlamentaria del Estado, con su desdoblamiento en una mayoría y una minoría, la mejor forma (confr., p. 456).

prende todos los intereses que deberían tenerse en cuenta en la formación de la voluntad estatal: "Los intereses profesionales concurren con otros de la más variada índole, frecuentemente vitales; así p. ej., religiosos, éticos, estéticos. Se es agricultor o abogado, y no por eso se tiene interés únicamente por las cosas de la agricultura o del foro" (68).

Como observación, cabe anotar que las reservas y prevenciones de Laski y de Kelsen, emitidas antes de la Segunda Guerra Mundial, conocieron durante ese evento bélico la sugestiva particularidad de que el inocente Consejo económico-social existente en la Francia de la III República se viera magnificado y aquilatado en su trascendencia política e institucional por el régimen de Pétain y Laval con sede en Vichy: disuelto el Parlamento y desaparecido todo órgano de control —y aún el mismo electorado—, el régimen acudió al órgano del Consejo creado en la década del veinte (y modificado en la década del treinta) para alcanzar un remedo de participación en el triste estado de una Francia ocupada y vencida.

Democracia y pueblo

El aspecto de la información y publicidad trasciende el problema del control, para pertenecer al plano superior de la democracia contemporánea (anteriormente, era considerado una de las notas características de la forma republicana de gobierno). Como es sabido, la democracia constitucional asigna especial importancia a la existencia y a la eficacia del control, ya que de éste dependen en gran medida los alcances reales de las exigencias de legalidad y de previsibilidad que conforman el valor de la "seguridad jurídica". Corolario de todo ello es la inexcusable exigencia de publicidad de los actos estatales, toda vez que clandestinidad u ocultamiento equivale a ausencia de control (69). En cuanto al derecho a la información ("derecho a los hechos"), comprende no sólo el acceso o

(68) Confr., KELSEN, Hans, "Teoría general del Estado", ed. cit. "ut supra", p. 453.

(69) Véase KELSEN, Hans, ob. cit., p. 145, cuando afirma: "Como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía de la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad. La tendencia a la claridad es específicamente democrática, y cuando se afirma a la ligera que en la democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio demasiado superficial o malévolo de esta forma política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos por imperar en ella el principio

conocimiento de las medidas estatales, sino también el derecho a contar con juicios o estimaciones valorativas acerca de tales hechos, cuyo conocimiento, difusión y crítica dan lugar al enriquecimiento o nutrición de una opinión pública (70).

Ahora bien: la democracia está protegida por el control, y el control requiere la existencia del pluralismo; pero ambos —la democracia y el control— dependen de la existencia de por lo menos un mínimo de racionalidad social. Uno de los más graves enervamientos que pueden neutralizar esa racionalidad son los efectos de la propaganda. La propaganda antidemocrática, hábilmente digitada, puede ser más nociva para el sistema que cualquier derrota parcial en las urnas o en el parlamento. Una propaganda sistemática puede destruir al sistema de la democracia. Como bien ha señalado Alf Ross, la propaganda apunta directamente a los instintos; habiéndose probado que la sugestión emotiva, obedeciendo a normas de psicología colectiva, es mucho más eficaz que las apelaciones objetivas a la razón (71). Por efecto de la propaganda se puede cambiar la expresión de una voluntad popular “verdadera” por otra voluntad popular “sintética” (72); y frente a este riesgo, que es de tanta peligrosidad para

opuesto a la publicidad. En lugar de claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control —que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado—, y nada de publicidad, sino el empeño de mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado”.

(70) Véase STEIN, Ekkehart, “Derecho Político”, Ed. Aguilar, Madrid, 1973, ps. 128 y sigtes. Advierte este autor que el derecho de informarse, a diferencia del derecho a la libre expresión del pensamiento “no tiene como fin contribuir a la formación de la voluntad de los demás, sino a hacer posible la formación de la propia voluntad” (p. 128). Y al referirse a la protección de la libertad de la opinión pública, el mismo autor destaca que “... Sólo la discusión pública y libre asegura la libre formación de la opinión pública. En un Estado libre la opinión pública se manifiesta necesariamente de forma plural, mediante la contraposición de las distintas concepciones” (p. 132). Luego, Stein invoca la jurisprudencia constitucional alemana, según la cual “el derecho a la libre expresión de la opinión puede llegar tanto más lejos cuanto más contribuya a ampliar la polémica sobre cuestiones de interés político. De ahí que no se tengan en cuenta las motivaciones de las personas interesadas, sino la significación objetiva de sus opiniones” (p. 132). Por último, cita la doctrina del caso *Richard-Schmidt*, donde se dice “que todo ciudadano tiene derecho a participar en la formación de la opinión pública y goza, al ejercerlo, de una protección más enérgica que cuando manifiesta su opinión sobre temas de poco interés para la comunidad” (ídem).

Sobre el derecho de crítica y sus alcances, véase SPOLANSKY, Norberto E., y VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Sanciones militares y garantías constitucionales”, en la Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Buenos Aires, N° 14, Febrero de 1971, ps. 15 a 33.

(71) Confr. ROSS, Alf, ob. cit., p. 32 (p. 120 de la edición inglesa).

(72) Confr. ídem, p. citada en nota anterior (p. 121 de la edición inglesa).

la democracia, estima Ross que la mejor protección consiste en "inmunizar a la población contra la propaganda, es decir, desarrollar en ella un sentido crítico que constituya la mejor inmunización contra la infección espiritual inducida por la sugestión propagandística" (73). Y en juicio que compartimos, cree el autor citado que el futuro de la democracia depende del grado en que esa educación formativa de un sentido crítico pueda llevarse a cabo, en especial como tarea a ser impulsada por los partidos políticos reformistas y democráticos, frente a las tendencias autocráticas y revolucionarias (74).

Mediante el tema del control hemos llegado a la problemática de la educación formativa; y ambos nos llevan de la mano al consabido interrogante de quién controla al control. Tan consabida como el interrogante es la respuesta que ofrece la ciencia política: no existen fórmulas mágicas e infalibles para esta verdadera "cuadratura del círculo" que se presenta en el Estado moderno. Sabemos que la técnica constitucional puede colaborar mediante el ofrecimiento de perfeccionados mecanismos de control; pero más sabemos que después de probar todos los refinados procedimientos expuestos en el ámbito del derecho constitucional comparado, sólo nos queda en pie —como "última ratio"— la fe en el hombre. Pero ¿con qué instrumento? Con la cultura: la sociedad debe generar "su" cultura para la democracia. De la misma manera lo percibe Kelsen en su clásica obra sobre el tema: "La educación para la democracia es una de las principales exigencias de la democracia misma" (75). Solamente así, en las grandes opciones colectivas, la comunidad se pronunciará a favor de la democracia pluralista y constitucional.

Conclusiones

a) La democracia constitucional asigna especial importancia a la existencia y eficacia del control, ya que de éste dependen en gran medida

(73) Confr. ídem. Este autor señala: "Hay motivos para creer que grupos importantes de la población, bajo presión de la tradición, la pereza, la propaganda orientada intencionalmente, y bajo influencias que están en el aire, se dejan conducir y extraviar por ideologías que no concuerdan con sus 'verdaderos' intereses; intereses que experimentarían y defenderían efectivamente si no estuvieran expuestos a presiones semejantes, y si tuvieran en cambio una comprensión genuina de las posibilidades políticas y de sus consecuencias" (confr. ob. cit., ps. 32-33, que corresponden a ps. 121-122 de la edición inglesa).

(74) Confr., ídem, ps. citadas en la nota anterior.

(75) Confr., KELSEN, Hans, ob. cit., p. 124; ídem ROSS, p. 16 (98).

los alcances reales de las exigencias de legalidad y de previsibilidad que conforman el valor de la "seguridad jurídica". Corolario de todo ello es la inexcusable exigencia de publicidad de los actos estatales, toda vez que la clandestinidad o el ocultamiento equivalen a ausencia de control (76).

b) En un sistema representativo, el nivel de "efectividad" de la Democracia depende de la fuerza del control (y de la responsabilidad) que el pueblo pueda ejercer (y exigir) sobre sus representantes, lo que a su vez depende particularmente de la frecuencia de las elecciones (77).

El derecho constitucional de asociación en el pensamiento de Kelsen

La libertad de asociación consiste en el reconocimiento a las personas del derecho a celebrar acuerdos tendientes a hacer algo en conjunto y con permanencia. Ese "algo" constituye el objeto social, pudiendo tener la más variada índole o contenido. La actividad conducente al objeto social es el *modus operandi* de la asociación. También existe un impulso societario, consistente en la acción resultante del consenso sobre el objeto social. En las concepciones tradicionales, sería el ingrediente psicológico de sus miembros; más precisamente, caracteriza a los conductores de la asociación, que manipulan la energía en pos de los objetivos trazados. Tradicionalmente se ha hablado de la *afectio societatis* de los miembros de toda sociedad; pero éste es un concepto muy impreciso y relativizado. Hoy en día corresponde hablar, más propiamente, de una voluntad de arriesgar en común con miras a beneficiarse (si existen fines de lucro) o alcanzar otro objetivo (si no existen fines de lucro). Cuando se habla de beneficio, se alude al resultado de la participación de los objetivos que se han concretizado y que sean mensurables. El contrato de sociedad es una estipulación de riesgos en común, compartidos; donde la autonomía de la voluntad es volcada para afrontar en común la prosecución de un objetivo. Y es así, aún computando los frecuentes casos en que se está en presencia de un contrato de adhesión.

(76) Confr. KELSEN, Hans, "Esencia y Valor de la Democracia", Ed. Labor, 1934, p. 145.

(77) Confr. ROSS, Alf, "Fundamentos de la Democracia (¿Por qué la Democracia?)", extractos traducidos y publicados por el Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año 1966, p. 10.

En síntesis, el derecho de asociación se concreta en una parcela de la libertad orientada a la concretización formal e institucionalizada del consenso alrededor de un objetivo tangible y mensurable, cuya proyección no es necesariamente crematística. Asociarse es medir y sumar. No se asocia quien no necesita sumar medios para alcanzar un objetivo. La asociación es un marco de posibilidades de mayor energía para obtener algo. Ese "en función de algo" es típico del derecho de asociación.

Hay otras libertades que son consideradas por sí mismas: tránsito, expresión, trabajo, culto, enseñanza, etc. Pero en las Constituciones también figuran enunciados derechos que están connotados por el sentido de la "utilidad" o de la "licitud" (vg., en nuestro art. 14). Todos los derechos están expresa o tácitamente incluidos en la connotación condicionante de la "licitud". ¿Pero qué virtualidad tiene la primera connotación, es decir, la de la utilidad?. Que tales derechos sólo están justificados como medio o instrumento para el goce de otros derechos.

En consecuencia, el derecho de asociación es nada más que una modalidad admitida legalmente para el ejercicio de otros derechos. Cuando el Estado lo impone, es una manifestación del poder de policía que se delega en los propios interesados y reviste una aplicación del principio autogestionario. La libertad de asociación juega en el ámbito del derecho privado: allí es la "autonomía de la voluntad" la que decide soberanamente sobre la formación o no de determinadas asociaciones, sobre el ingreso o no a las mismas, sobre la permanencia o la salida de ellas, etc. Pero existe otro ámbito, regulado enteramente por el derecho público, en el que el Estado puede crear entidades, que no necesariamente están bajo su directa conducción, pero que son consideradas el órgano de inexcusable pertenencia para poder disfrutar del goce de otros derechos. Se trata de entes públicos, pero no estatales; y son "públicos" porque su existencia y funcionamiento están justificados por las competencias que tienen asignados, aunque la conducción no emane del Estado. Con otras palabras, el derecho constitucional admite que en determinadas circunstancias no sea viable la invocación del "derecho de no asociación", cuando está de por medio un ejercicio razonable de la potestad o poder de policía del Estado, en virtud de la cual se considere que el objetivo prioritario y protegido por ese poder sólo se puede alcanzar mediante un quehacer colectivo en el que necesariamente deban participar todos aquellos que en definitiva resultarán de alguna manera beneficiarios del ejercicio de esa potestad.

Cuando la Constitución protege la libertad de asociación, está extendiendo los beneficios de la esfera de libre acción humana a las acciones que el hombre puede realizar en conjunto o colectivamente: las asociaciones se forman para que sus integrantes procuren un objetivo que supone la celebración de actos por todos ellos o con efectos para todos ellos. De la misma manera, también puede acudir el Estado a las formas societarias como medio apto y viable para el ejercicio eficaz de sus atribuciones en cuanto algunas de éstas no requieran una actividad directa y centralizada de los órganos estatales. Será cada ordenamiento constitucional el que establecerá los límites de la libertad de asociación para las personas y el ámbito de las competencias estatales en que pueda estar autorizada esa suerte de delegación.

Para precisar el marco constitucional del derecho de asociación es necesario partir del punto de vista reinante en el tiempo de los constituyentes. Sin perjuicio de superar esa visión, no podemos prescindir "ab initio" de que para los que militan en el jusnaturalismo el derecho de asociación es un derecho que sin ninguna discusión nace de la naturaleza gregaria del ser humano. Si el ser humano tiene libertad para desarrollar su personalidad en forma aislada, también puede asociarse libremente a la actividad de los otros. Esto era obvio en la época de nuestros constituyentes, en que era frecuente la cita de los más viejos teóricos, como Aristóteles por ejemplo, quien señalaba este carácter gregario diciendo que el hombre aislado, el hombre que no entraba en sociedad, era algo así como una bestia o un Dios.

Entre nosotros, algunos de los autores clásicos del derecho constitucional, como Agustín de Vedia, han dicho que la asociación es en principio instintiva, para luego y en un plano posterior, hacerse reflexiva y convertirse en una entidad imprescindible. En la historia, a lo largo de los siglos, siempre ha sido verificable que los individuos en aislamiento son impotentes, siendo su asociación una vía de potenciamiento, que los habilita más fácilmente para modificar la realidad o para influir sobre ella. También, desde luego, para influir sobre el poder.

En una línea muy semejante a ésta, también en la famosa encíclica "Rerum Novarum", la Iglesia reivindicó el derecho de asociación y señaló todos los perfiles positivos con que el hombre puede enriquecerse a través del ejercicio de este derecho.

Y pasando más al plano de la relación política, uno de los brillantes analistas del siglo pasado, Alexis de Toqueville, destacó la relación

entre la vocación de asociación del pueblo americano (que era la realidad concreta que él estudiaba) y el vigor de sus instituciones democráticas. Atribuía precisamente a las asociaciones el potenciamiento del sistema democrático y lo radicaba más que nada en el espíritu asociativo que para el más variado orden, tenían los habitantes de ese pueblo.

Las asociaciones constituyen, pues, canales de influencia, entre los individuos y el Estado. Un autor alemán contemporáneo, Stein, que trata de situar este mismo problema en su país, dice que la democracia es tanto más real cuanto mayor libertad existe, para que las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen, por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del parlamento. Se trata en primer término, de un problema de integración, toda vez que la práctica del derecho de asociación intensifica la integración de un pueblo en su plano interno (Derecho Político, p. 150).

Es curioso como la realidad a la cual se refería Toqueville, era la de un pueblo en cuya Constitución no figuraba enumerado el derecho de asociación en forma expresa. Se había incluido formalmente el de reunión, pero no el de asociación. Y nosotros, que seguimos ese modelo, lo hicimos al revés, ya que enumeramos el derecho de asociación y omitimos el de reunión. Pero obviamente fue considerado siempre un derecho derivado de los derechos de reunión, de la libertad de palabra, de la libertad de prensa, de la libertad de cultos; que ha fundamentado el ejercicio de la libertad en general a través de la formación de partidos políticos, sindicatos laborales y los grupos religiosos.

La explicación de esto está en que al tiempo en que se sancionó la Declaración de Derechos en Estados Unidos, en 1791, como complemento de una Constitución que estaba incompleta, hacia ese momento era tan obvia la práctica, el reconocimiento y el ejercicio intensivo del derecho de asociación a nivel de los estados, que no les parecía posible imaginar que por vía de una legislación federal se llegara a restringir un derecho que ya estaba totalmente arraigado desde el origen mismo de ese país (a tal punto que los primitivos colonos, en algunas de las expediciones que partieron de Inglaterra, como la del Mayflower, para formar lo que luego serían las 13 colonias, celebraron en navegación un pacto o un contrato de asociación, que fue la base política de esas entidades).

En síntesis, podríamos decir que el marco dentro del cual tenemos que ubicar este derecho, es el de la libertad civil, pero también debemos hacerlo en el de la libertad política. El derecho de asociación ha jugado tanto en el ámbito de los derechos civiles como en el de los derechos políticos. Y dentro del ámbito de los derechos civiles ha jugado no solamente en el marco de los derechos civiles individuales, que son los tradicionales, sino también, más contemporáneamente y a tenor de las transformaciones de la sociedad y del Estado que se han registrado en el siglo pasado y en el actual, ha jugado en el marco de los derechos civiles sociales.

Muchas han sido las discusiones y las tesis ofrecidas en torno al problema de la naturaleza. No es esta la oportunidad de relatarlo, pero sí por lo menos para recordar que las teorías han oscilado entre las teorías de la ficción (Savigny, Laurent), de la equiparación (Randa), de la realidad (Planiol, Geny, Duguit) y del orden personificado (Kelsen).

De todas las teorías, inclinamos nuestra preferencia por la construcción kelseniana, que parte de la base de que la sociedad no es un cuerpo social organizado, sino una organización de hombres, es decir, un orden regulador de la conducta de éstos (Véase: "Teoría General del Derecho y del Estado", México, 1958, ps. 109 a 128). Para el maestro vienés, la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas y, asimismo, implica una duplicación del objeto. Piensa, en cambio, que al lado del orden jurídico no existe una comunidad o una corporación, como tampoco existe el cuerpo de la persona colectiva al lado de los cuerpos de sus miembros. La persona jurídica no es realmente una entidad separada de "sus" deberes y derechos, sino sólo su unidad personificada o la *unidad personificada de un conjunto de tales normas*. Kelsen señala que "hombre" es un concepto de la biología y la fisiología (de las ciencias naturales); mientras que "persona" es un concepto de la jurisprudencia, o sea, una noción derivada del análisis de normas jurídicas. Así, la persona física o natural es la personificación de un conjunto de normas jurídicas que, por constituir deberes y derechos que contienen la conducta de uno y el mismo individuo, vienen a regular el comportamiento de tal individuo (como bien dice el autor citado, el hombre está sometido al orden jurídico solamente con respecto a ciertas acciones y omisiones específicas; respecto a todas las demás no se encuentra en relación con el orden jurídico; en las consideraciones jurídicas nos referiremos al hombre sólo en la medida en que su conducta entra en el

contenido del orden legal). Desde el punto de vista kelseniano, la persona física es en realidad una persona "jurídica", porque la "persona" no es una realidad natural sino una construcción del pensamiento jurídico. En cuanto a las sociedades, éstas sólo existen legalmente en virtud de sus estatutos: los individuos pertenecer a una sociedad o forman una asociación sólo en cuanto su comportamiento se encuentra regulado por el orden de la asociación. Por ello, un individuo obra como "órgano" de una sociedad si su conducta corresponde de cierta manera al orden especial constitutivo de la persona colectiva; o sea, que varios individuos forman una sociedad solamente cuando están "organizados", y ésto ocurre cuando su conducta recíproca se encuentra sometida a un orden, a un sistema de normas. En consecuencia, para Kelsen, la sociedad y sus estatutos, el orden normativo que regula la conducta de varios individuos y la asociación constituida por ese orden, no son entidades diferentes sino idénticas. Las asociaciones no son una masa de individuos: están integradas sólo por aquellos actos de los individuos que el orden determina y estos actos pertenecen a la asociación sólo en cuanto forman el contenido de las normas de aquel orden (o sea, que la asociación no es otra cosa que su propio orden).

En cuanto al órgano, afirma Kelsen que la sociedad, como unidad, manifiesta únicamente su existencia en los actos de los individuos humanos que fungen como órganos de aquélla. La calidad de órgano que un individuo tiene en la sociedad se funda totalmente *en su relación con el orden de la misma*. La imputación a la entidad implica la personificación del orden tomado como unidad. Mientras que la persona física es la personificación de un complejo de normas que regulan la conducta de uno y el mismo individuo; *la persona jurídica* es la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos, o sea, *un punto común de imputación* de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden. En definitiva, las personas colectivas son órdenes jurídicos parciales dentro del orden jurídico total constitutivo del Estado (se trata de un caso de *delegación*). El orden jurídico total constitutivo del Estado únicamente determina el elemento *material* de la conducta, dejando la tarea de fijar el elemento *personal* al orden jurídico parcial constitutivo de la sociedad, o sea, a sus estatutos. El órgano es un representante jurídico, pero no representa a la sociedad, sino a quienes forman parte de ella con el carácter de miembros: la relación entre un órgano y la persona colectiva *es relación entre un individuo y un orden jurídico especial*. De tal manera, resulta que el derecho de una persona jurídica es el de los individuos cuya conducta

está regulada por el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad que se presenta como persona (el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad determina la forma en que deberá ejercitarse).

Por último, en cuanto a los deberes y derechos de la persona jurídica, la teoría pura kelseniana parte de la afirmación de que la persona jurídica sólo se considera existente cuando los órganos de la entidad —en cuanto personas— son capaces de representar jurídicamente a la misma, es decir, a los individuos que pertenecen a ella. Si bien los deberes y los derechos *sólo pueden corresponder a seres humanos*, hay una diferencia, pues los deberes y derechos presentados como de la sociedad son deberes y derechos que los miembros de ésta poseen de una forma específica, distinta de aquella en que poseen otros deberes y derechos sin el carácter de miembros de una persona colectiva. En el caso del *deber*, éste corresponde a un individuo determinado, pero en cuanto dicho individuo se encuentra determinado por el “orden jurídico parcial” constitutivo de la sociedad y tiene que cumplir ese deber como “órgano” de la misma sociedad, es posible imputar el propio deber a la persona colectiva, o hablar de una “obligación de ésta”. Y en el caso del *derecho*, declarar que una sociedad —en cuanto persona jurídica— tiene un derecho relativo o absoluto, significa que determinado individuo o un número indeterminado de individuos están obligados por el derecho del Estado a cierta conducta frente a la sociedad, y que en caso de que la obligación no sea cumplida deberá ejecutarse una sanción a consecuencia de una demanda presentada por la sociedad, es decir, por el individuo designado en los estatutos de la misma. Son los *estatutos* de una sociedad los que establecen en qué forma los miembros de ésta deben ejercer un derecho que se considera como de la persona colectiva; o sea, que el *derecho* de una persona jurídica es el de los individuos cuya conducta está regulada por el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad que se presenta como persona. Ese orden jurídico parcial determina la forma en que deberá ejercitarse el derecho; y aquellos individuos no tienen “el derecho” en la forma usual (es decir, individualmente) sino en forma colectiva.

En síntesis, para Kelsen:

—El acto antijurídico consiste siempre en una acción u omisión de un ser humano; sin embargo, lo que un individuo hace o deja de hacer únicamente puede ser imputado a una persona jurídica, cuando la con-

ducta del individuo se encuentra *determinada* por el orden jurídico parcial constitutivo de la persona colectiva.

—Es posible que un acto antijurídico cometido por un órgano sea imputable a la sociedad misma (una sociedad puede ser responsable de un acto antijurídico cometido por uno de sus miembros si tal acto se encuentra en cierta *conexión* con las funciones que ese miembro debe realizar como órgano de la persona colectiva).

—Aún en el terreno de las sanciones penales, la sanción se aplica a los individuos, porque sólo los seres humanos pueden ser objeto de ella, es decir, víctimas de la privación coactiva de la vida o de la libertad; *pero no se les aplica individualmente, sino en forma colectiva*. Tales sanciones pueden ser consideradas como sanciones dirigidas contra una persona colectiva si la sanción se dirige contra todos los miembros de la comunidad que se presenta como persona jurídica, aun cuando el acto violatorio sólo haya sido cometido por uno de ellos en su carácter de órgano de la misma.

—Decir que una sanción se dirige contra una persona colectiva, significa que se establece la responsabilidad colectiva de los individuos sujetos al orden jurídico total o parcial personificado en el concepto de ente colectivo.

—La *imputación* a una persona jurídica es una construcción jurídica, no la descripción de una realidad natural.

La teoría kelseniana en torno a las personas jurídicas es vulgarmente conocida como teoría del órgano; pero nosotros, recogiendo la observación de Gervasio Colombres ("La Teoría del Órgano en la Sociedad Anónima", Abeledo-Perrot, 1964) sobre el engaño que puede comportar su propia denominación, demasiado vinculada al sociologismo, preferimos denominarla "del orden personificado". Por su parte, el citado Colombres, reclama para ella un punto de partida jurídico y, en defensa del nombre que comúnmente recibe, pide que se piense, no en organismos biológicos, sino precisamente en el contrato de organización (ob. cit., p. 16). Del análisis de la concepción kelseniana practicado por Colombres, se concluye que la función del "órgano" es análoga en todas las personas colectivas, tanto del derecho público como del derecho privado. Siempre se trata *de una estructura normativa*: el "órgano" es esa estructura, que determina cuándo y de qué manera la voluntad o el

hecho de un individuo o de varios serán imputados en sus efectos a un grupo de individuos vinculados en un orden jurídico especial (p. 47). Para el caso concreto de las "sociedades" del derecho privado, el orden jurídico especial se origina en un contrato y luego deviene el período normativo (estatuto), pero siempre se trata de un orden normativo. Y apunta finalmente Colombres, que el órgano será en consecuencia un esquema normativo dentro del orden jurídico especial estatuto: "Será el conjunto de normas que determinen las condiciones en que ciertos individuos darán lugar a efectos jurídicos previstos y con directa imputación para los individuos supeditados a ese orden jurídico especial" (confr., p. 90).

Reflexión final: la racionalidad kelseniana

No podría terminar este trabajo sin algunas reflexiones finales que trascienden lo constitucional para abarcar todo lo cultural y lo político. Permítaseme esta licencia a manera de confesión.

Comencemos señalando el avance positivo que a mi entender significó la superación de la retórica y el establecimiento de un pensamiento analítico.

Ya al final me atrevo a añadir, que también será positivo devaluar la propensión a las emotividades, que por su permanencia y reproducción anegan el terreno del derecho constitucional y del derecho político.

Si Guido de Ruggiero clamaba por un "retorno a la razón", nosotros podemos bregar porque las ideas constitucionales se alimenten en un mínimo de racionalidad. La democracia es un sistema basado en la conciencia social, mientras que la autocracia se asienta en la subconciencia (conf. Kelsen, Hans, ps. 94 y 148 de su obra "Valor y esencia de la democracia").

Dejemos las emotividades para nuestro quehacer —tan fecundo por cierto— en los partidos, en la iglesia, en el club y en el hogar. El hombre es un complejo combinado de emocionalidad instintiva y de racionalidad reflexiva. Debemos cuidar que sea armónica y equilibrada. Y, también, que cada cosa vaya a su lugar. Así como "es del César lo que es del César y corresponde a Dios lo que es de Dios", del mismo modo debemos situar el pensamiento constitucional en la

faz de la racionalidad. Lo contrario sería muestra de inmadurez intelectual.

Cabe por cierto, puntualizar qué alcances le asignamos nosotros al actuar "racionalmente" del hombre: no se trata de una unilateralización que reemplace a otra, ni de cambiar un hombre unidimensional por otro también unidimensional; se trata, en vez, de buscar por la razón el equilibrio que recomendaba Max Weber al referirse a la ética de los medios y a la ética de los fines, en cuya virtud resulta que la pasión por las ideas y las ideologías no sea tan intensa que anule el cauce de las instituciones, y que la pasión por los fines no resulte tan ofuscante que impida hacer presente el límite que surge de las responsabilidades.

La educación y la cultura juegan un rol de primerísima importancia por cuanto son instrumentos aptos y viables para el fortalecimiento de la faz racional del hombre.

¿Cuál es la actitud del estudioso del derecho constitucional?

¿Qué debe hacer?

El constitucionalista debe saber lo que quiere y lo que puede, sin confundir los planos, como entre el del ser y el del deber ser, que son dos planos distintos.

Las filtraciones emotivas suelen ser para el derecho constitucional tan perniciosas o confusionistas, como lo son las impurezas metodológicas para la ciencia en general. No deben tolerarse más concesiones, si se quiere preservar el nivel de nuestra materia. Caso contrario, convertiremos al derecho constitucional en una charla de café, quitándole su base y su perspectiva.

No es posible hacer derecho constitucional sin partir de la "teoría constitucional", y ésta debe ser entroncada con la teoría general y con la filosofía jurídica. Debemos partir de una metodología del derecho, para resolver a través del derecho constitucional problemas de interpretación que se suscitan con la aplicación de las normas constitucionales. A su turno, para analizar los problemas de funcionalidad que presentan las instituciones políticas, el derecho constitucional debe acudir al apoyo metódico que le brindan las otras ciencias sociales en general y la Sociología Política en particular. Métodos, técnicas y enfoques de esa

procedencia servirán para completar el arsenal del derecho constitucional en el conocimiento de un objeto de estudio que se ha ampliado considerablemente bajo el nombre de “El nuevo derecho constitucional” como tan sabiamente lo ha bautizado el maestro Linares Quintana. Como un monstruo de dos cabezas, el derecho constitucional contemporáneo se ve precisado a atender el estudio de la Constitución a través de la Ciencia Jurídica y su metodología, a la vez que debe atender el conocimiento de las demás Instituciones Políticas mediante los soportes que le suministran otras disciplinas del género de las ciencias sociales.

¿Supervivencia de las ciencias sociales?

¿Perspectivas del Estado democrático?

Las respuestas dependen del cumplimiento de los recaudos institucionales señalados. Empero encuentro en la cadena un eslabón de debilidad: que el problema de la Democracia como supervivencia y perspectiva, ya no es un problema de imaginación, pues ha pasado a ser una cuestión de decisión.

Como bien señala Karl Popper: “No hay ninguna manera científica de elegir entre dos fines” (Popper: “Utopía and violence” —The Hibbert Journal, 46, año 1947/48—). Ergo, se está emplazando a tomar una decisión. Y esa decisión es una clara opción, entre la autocracia y la democracia; o si se prefiere, entre la monocracia autoritaria o totalitaria según los casos, y la democracia pluralista y constitucional.

Sabemos que ningún tipo se da como régimen químicamente puro; que, en cambio, predominan en concreto las notas características que tipifican idealmente a uno u otro. En la autocracia predominan la coerción como método y el poder como fin; mientras que en la democracia son preeminentes el consenso como camino, la libertad como ámbito y el hombre como la meta de todas las instituciones. La autocracia no oculta “la alta estima concedida al irracionalismo” (Kelsen, p. 143, ob. cit.); “mientras que la democracia manifiesta su preferencia por ideologías más racionales” (ídem, p. 142).

A la opción por la autocracia o por la democracia se llega fatal e ineluctablemente, cualquiera sea el camino metodológico adoptado: tanto si partimos del razonamiento kelseniano que conduce a la “norma bási-

ca”, como si partimos de un razonar decisionista, como de otro iusnaturalista; siempre se arribará a un punto en que la lógica no sirve para despejar la antinomia: hace falta una elección; y a esa elección —que tantas consecuencias tiene— llegan emplazados los individuos y las sociedades, que a su turno deben definirse.

Esto ha sido advertido por Hans Kelsen con su habitual clarividencia. “Para poner de relieve el respectivo valor de la democracia y la autocracia, hay que retroceder hasta los últimos fundamentos filosóficos en los que enraíza esta contraposición. Pues existe una conexión íntima entre los problemas de la política y los de la filosofía. Ciertamente, esa investigación no podrá conducirnos a una decisión objetiva entre las dos formas primarias de la estructura estatal. Pero puede ilustrar al individuo, para que sepa dónde referir su decisión, subjetivamente justificada, y sólo subjetivamente justificable, en el gran conflicto de nuestra época” (ob. cit., ps. 130, 136).

Y valga a manera de epílogo la siguiente moraleja: “No acepten lo habitual como cosa natural, pues en tiempos de desorden, de confusión organizada, de arbitrariedad consciente, nada debe parecer natural, nada debe parecer imposible de cambiar”. ¿Quién dijo esto tan cierto, tan profundo, tan desafiante, tan difícil de alcanzar? Nada más ni nada menos que Bertold Brecht. ♦

UN PACTO DE ESTADO PARA LA JUSTICIA

POR AUGUSTO M. MORELLO (*)

SUMARIO: I. Por qué la necesidad de establecer un pacto de Estado sobre políticas para la Justicia. — II. El Derecho, la realidad y el proceso. — III. La situación negativa límite de la Justicia en la Argentina. — IV. Hacia una reconducción positiva. Visión de conjunto. — V. Vectores fundamentales. — VI. Propuestas. — VII. Colofón.

I. Por qué la necesidad de establecer un Pacto de Estado sobre políticas para la Justicia (**)

A. El problema de la Justicia es enorme y grave, no cabe reeditar los mil diagnósticos existentes de sus carencias ni marcar que los años perdidos son irrecuperables. La terapia y la empresa de *aggiornamento*

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 24 de mayo de 2001.

(**) Lo que explicaremos en este ensayo supone, inescindiblemente: a) un tratamiento simultáneo y profundo, que comprenda al mediano y largo plazo en lo que hace a las tendencias de los planes de estudio de nuestra carrera en las Universidades; b) en coherencia con una Política de Estado en Educación, lo que demanda una lectura profunda, que en tentativa describimos en otra obra ("Al final de una época", Platense, 2001, en prensa); c) repensar la Abogacía, la habilitación profesional, la modernización del reclutamiento de jueces, auxiliares y personal judicial, la formación y reciclaje en la Escuelas de Capacitación; d) un realismo en los presupuestos y en el seguimiento y corrección de las Reformas, guiadas por el cambio de mentalidad y una sostenida voluntad política en materializarlas; pero no en el ahora y aquí, atrapados por las urgencias de la coyuntura sino como obra mayor, de aliento, a proseguir. [El académico doctor Eduardo Aguirre Obarrío, abordará la Política Criminal; el académico doctor José Ray, acerca de los planes de estudio y así, en lo sucesivo, otros compañeros en temas convocantes].

reclaman de un "Pacto de Estado", un "compromiso histórico" que coloque tan delicada y prioritaria cuestión al abrigo de las contingencias de los partidos políticos y de los *plazos cortos*, de políticas que ancladas en el ya, en la coyuntura, el presente, pierden de vista el mediano y largo plazo y con ello su proyección y continuidad.

1) No es distinto el rumbo que se propicia en otros países, y España con problemas similares a los nuestros en materia de Justicia, ante los calamitosos resultados de la demora (entre otras objetivas y decisivas causas negativas) porfía también por un Pacto de Estado con el cual, de modo más *sereno, profundo y permanente*, intentar revertir lo existente y relanzarse con seriedad a la concreción de las soluciones reales (1).

2) Desde este punto de vista es esa una responsabilidad que ha de compartirse entre todos los sectores, exigiéndoseles a los "partidos políticos una atención generosa, que los aleje de los intereses partidistas para alcanzar soluciones, pensando en el interés general. Es decir que esta cuestión impone *realizar una política de Estado de modo que el partido en el gobierno, contando, en la medida de lo posible, con un amplio consenso, busque de modo coordinado soluciones perdurables e integradas*, con el pensamiento puesto en las necesidades de los ciudadanos y del Estado, los cuales trascienden los intereses excluyentes de grupos o partidos" (2).

3) La concertación de ese Pacto importará articular un modelo eficaz de financiaciones (no sólo nacionales) que, sin sorpresas en su desarrollo, permita afectar tanto en la Nación, las Provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en períodos sucesivos, 'continuados', la materialización y correcciones que aconseje su experiencia y las posibilidades presupuestarias, sin abrir falsas expectativas pero —sin interrupciones ni contramarchas— dando con racionalidad los pasos seguros, sin medidas "urgentes y desesperadas" que, en una fuga hacia adelante, muy lejos están de liberarnos de nuestras rémoras y errores.

(1) Cfr. D'ARCEMITR CENDRA - MONSERRAT COMAR, "De la intención a la acción", El País, Madrid, 7/5/2000, p. 12; MARTINEZ VARES-GARCIA, Santiago, "La hora de la justicia", El País, misma fecha, p. 12.

(2) MARTINEZ VARES-GARCIA, op. y loc. citados.

Queremos señalar que es ilusionarse que todo se arreglará a la brevedad y persistir en esa creencia no será sino prolongar una utopía que, luego, genera mayor frustración y un sentido generalizado de impotencia (3).

B. Es evidente, igualmente, que hay que proscribir todo provincialismo procesal que nos encierre en un marco rigurosamente dogmático; o nos aleje de la lectura comparativa y del análisis sociológico y de la comprensión del modo que la economía se enlaza con el Derecho (cuando corresponda) sin mostrarse extraños entre sí. Sobremanera, precisar la función actual del juez y asumir los operadores jurídicos un análisis realista de la controversia (4).

Todo ello al dilatar la cultura del observador como explica Michele Taruffo [Pavia], ayuda a conocer mejor el propio sistema y el estudio de los problemas que se le someten, como ya lo anticiparon en los años '60, Denti, Cappelletti y Gorla. No pedimos un juez o un abogado académicos ni enamorados del sistema ni de catedrales de teorías si no que no se sustraigan a las nuevas dimensiones del Derecho que, necesariamente, cruzan el escenario de la Justicia y obligan a ese esfuerzo de apertura y excelencia. De cabal profundización, a riesgo de quedar desfasados y sin la idoneidad que la información y sensibilidad de la gente, y la complejidad de los *asuntos y conflictos de hoy*, requieren del letrado y del juez. Comprender y actuar con una mentalidad y ópticas *diferentes*, reparando en las características de las más importantes controversias que matizan la litigación del período histórico actual (y futuro).

(3) Ver, la investigación que, inteligentemente, dirigió la doctora y camarista, POGGI de VANOSI, Ana, vol. I, 2000; vol. II, 2001, Depalma. Y de BERLONCE, Roberto O., "Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del Servicio de Justicia", ED, 114-860.

(4) La crisis actual de la Justicia estatal, para llenar los fines que esta llamada a realizar, es una invitación al cambio: sólo la ausencia total de Justicia (o sea la nada) podría ser peor.

Es, primordialmente, comprender (y comprender en serio) cuáles son las metas que el servicio judicial está llamado a satisfacer para, desde allí, reorientar nuestros esfuerzos en una labor constante de superación personal y de mejoramiento de la realidad que nos circunda. En síntesis, las computadoras no habrán de resolver nada sin un vocacionado compromiso con los fines y metas del servicio de justicia y sin una sentida convicción de *producir cambios tangibles en la forma de trabajar*. No es sólo cuestión de trabajar más, sino mejor.

C. En esa perspectiva —que centramos en el proceso civil— en el último cuarto del siglo precedente hemos marcado con énfasis entre otras circunstancias innovadoras que:

1) El abogado no es el garantista extremo ni constructor de una complicada arquitectura de teorías y conceptos.

2) La continua exteriorización de corrimientos y adaptaciones de las técnicas jurídicas y de los criterios interpretativos que han ido dibujando un perfil intenso al activismo de los operadores jurídicos, especialmente el juez, rescatándolo de una presencia mediata y distante, notas que hacen más difícil y menos lineal su rol si bien, en la experiencia de la litigación, son *varios* los Modelos de jueces. No está suficientemente claro, se reconoce en estos días, “que el juez de fines del segundo milenio sea un burócrata técnico del derecho, el que resuelve problemas económicos y sociales, un garante que preserva las prerrogativas individuales, una *bouche de la loi* (voz de la ley), un creador de soluciones, un sujeto político, el exponente de un ‘poder en cualquier modo nulo’, un exégeta, un formalista, un moralista, un inquisidor o cualquier otra cosa; o *muchas, o todas ellas*” (Taruffo).

E. Lo más importante e indicativo: “*todo* lo que quiere vivir, vivir plenamente, tiene que someterse a un imperativo inexorable: ser de su tiempo. No se trata de debilidad ante las ‘modas’; no, no es una broma, es algo terrible. La vida no es una cosa abstracta. La vida que hay que vivir siempre, y por fuerza es ésta, ‘esta de ahora’ es decir la de un tiempo determinado (5).

(5) ORTEGAY GASSET, José, “Rectificación de la República” (III. Las provincias deben rebelarse contra toda candidatura de indeseable] ‘Crisol’, 6/6/31, Obras Completas, t. XI, p. 342, Revista de Occidente, Madrid, 1969.

En su constelación la múltiple plasticidad del Derecho es imposible de ‘cerrar’ si se elimina el proceso. En ese cosmos, también él, ha ganado con insustituible y cabal legitimación una necesaria participación paritaria y ello conduce a aceptar la unidad, multiplicidad y diversidad de la experiencia jurídica. Y en ella, como lo enseñó MERCADER, Amílcar A., el papel del proceso es axial y necesario para asegurar los valores justicia y paz social.

F. *Consolidar un Modelo de Justicia* constituye un cautivante desafío que, respetando la independencia de los jueces, modernice sus estructuras para lo cual debe promoverse un programa *integral* de reformas y adaptaciones imprescindibles para preservar la seguridad jurídica. No es necesario señalar que ello es, además, un presupuesto esencial para atraer las inversiones y mejorar la competitividad del país con técnicas y fórmulas institucionales que brindan trato justo y equitativo a todas las personas y a todas las situaciones que requieran la tutela efectiva que debe brindar la Jurisdicción, en un *Estado de Derecho en tránsito a un Estado de Justicia*.

No podrá dejar de convocarse a expertos para que den prueba de su imaginación en miras de conjugar las enunciaciones dictadas por la experiencia, con una organización empresarial ágil que lejos de ser un freno burocrático, emerja como decisivo engranaje de transformación, de desbloquear las malas prácticas y la parálisis funcional; *para el futuro inmediato y el crecimiento a largo plazo*. Que se imparta de manera que, sin obturar el acceso, no pierda de vista la relación entre las exigencias de la sociedad, los cánones de Derecho, los fines del Servicio de Justicia y las pautas éticas. Que, asimismo, con espíritu autocrítico analice su comportamiento y corrija vicios o desviaciones en que pueda haber incurrido, procurando superar el desfase de la institución con las demandas del nuevo milenio.

G. *Metodología*. 1) A través de la participación de las instituciones representativas, correspondería armar un foro calificado en el que, con pluralismo y tolerancia, se debata la necesidad y conveniencia de concertar, sobre los lineamientos propuestos, un *Compromiso Histórico o Pacto de Estado* que oriente la legislación de base en los temas propuestos, y que requieran la participación de la Academia, arbitrando soluciones que el mediano y largo tiempo permitan superar las dificultades de la situación que las afecta. La continuidad y el *seguimiento* de lo que se vaya concretando permitirá, sin altibajos ni fracturas, coronar sucesivos logros.

A tales fines un Comité altamente especializado o de notables, *permanente*, verificará la marcha y aconsejará las correcciones que indique la experiencia.

2) El fervor nacional conjugado en esa nueva cultura, dará una inédita dimensión e impulso, sin agotarse en el ahora, de manera de materializar la gran ilusión de que la Argentina dé el gran salto adelante.

3) Este cambio de rumbo en el comportamiento de las dirigencias y del conjunto de los sectores representativos del ser nacional, en el delicado y prioritario escenario de la Justicia, importará una notable innovación en las prácticas de una democracia renovada, dinámica, que busca y plasma un horizonte mejor para la sociedad. Uno de los requisitos esenciales de ese compromiso histórico es el de preservar el sistema de legalidad, confianza y libertad y colocar la consideración de las cuestiones de máxima y *trascendente importancia* en un registro inédito que involucre opiniones y puntos de vista de todos lo que, como ciudadanos, no son indiferentes sino directos participantes de una comunidad compleja, cuyos componentes observan atentamente la eficiencia de las instituciones, desde la marcha de las escuelas y los servicios públicos, hasta la prestación de la Justicia.

II. El derecho, la realidad y el proceso

A. El Derecho —la sociedad— no puede realizarse ni operar con razón y eficacia, en el caos, la anarquía o donde reine el espíritu faccioso, o la desintegración. De allí que no cesáramos en la invitación urgente a la concordia, a la tolerancia. *Al diálogo*, —a desactivar la litigiosidad— a asegurar la paz social *en justicia*. A un equilibrio necesario, real y posible en los puntos de acuerdo, en donde lo medular consistirá en acentuar, privilegiándolo, *lo que une y beneficia al conjunto*, sin exagerar lo que nos separa o debilita. Y en el proceso —como en la política—, buscar resultados *útiles*, consecuencias que contribuyan a hacer efectiva la justicia y la paz social.

B. Empero, nuestra *cultura democrática* no ha podido superar las nubes del *corporativismo en los que estamos instalados*. La presencia y peso real de poderosos intereses sectoriales que se abroquelan en la defensa de sus intereses económicos, gremiales y afines perdiendo de vista, no pocas veces, *el general*. Los abogados y los justiciables no somos ajenos a esos pecados, según lo hemos puesto en reflexión hace ya muchos años. El 'tomarle el tiempo' al ocasional gobernante, el levantar sin treguas vallas impidientes, el apearse a pseudotraducciones

anacrónicas y divorciadas de la dinámica social y de la ineludible necesidad de cambiar y modernizarnos porque son distintos, a otra escala y a diferente velocidad, los problemas complejos del presente, es una estrategia que conocemos demasiado bien (6).

Ni cambios de planes de estudios; ni habilitación profesional o voluntario test de competencia para poder ejercer la profesión, ni alteración de ferias y horarios, hábitos y vectores, ni someternos a llamados periódicos de resultados y actualización, ni acentuar deberes y responsabilidades. ¿Quién puede tener éxito en el intento de alterar ese *status* fortificado con inexpugnables líneas defensivas?

Obviamente que no postulamos las grandes innovaciones sin red, cabalgamos siempre un proceso de avance pautado, que goza con los pequeños aciertos, sin dar vida a mudanzas bruscas (que responden al 'revirement' [viraje]). El brinco espectacular, *por lo general*, que al querer romper la espina dorsal de lo establecido, a la corta provoca 'la contra-reforma' y el marcha atrás.

Nos preguntamos, recurrentemente, ante la imagen desfalleciente de la justicia y los contrariados rostros de los colegas en largas filas 'escolares' que aguardan ser *mal* atendidos en las mesas de entradas ¿qué ofrece este vencido y desmotivador mundo del Servicio para resistir la irrupción de aires renovadores y de lo que sin vueltas ocupará el espacio en la nueva época?

(6) "Sanear la Justicia: tarea prioritaria", "La Nación", editorial del 17/2/2000, p. 30. A su vez BOTANA, luego de puntualizar que en tres palabras se cifran los asuntos públicos en los días que corren: política, mercado, justicia que, en el presente, con mal humor, evocan la corrupción que parece envolver a la primera, la inestabilidad y la miseria, a los mercados y la privación de los derechos esenciales, la justicia al igual que la repetición constante de esa imagen nos contamina e irrita, subraya que es imprescindible para la Argentina recobrar la confianza porque sin ella jamás saldremos del pantano. Y luego de preguntarse ¿qué vale más en una democracia, el resplandor de la justicia o la impunidad de los poderosos?, concluye en que es preciso contar con una justicia confiable, sobre todo cuando se cruzan los deberes de la verdad con las conveniencias de la política o de la gobernabilidad (BOTANA, Natalio R., "El miedo y la confianza", "La Nación", 3/5/2001, p. 23). Habrá que especializar —con prueba de verificación periódica— al personal judicial, cuya profesionalización frente a la complejidad y dinámica del derecho y las técnicas de organización y funcionamiento de empresas y organismos de servicios demandan *de continuo reciclaje y fases de modernización*.

C. De no hacer nada o amagando como 'que se hace' continuaremos alimentando al círculo en que la Justicia se debilitó y la hace acreedora a juicios de este o parecido tenor, cada día más intensos y patéticos: "En la crisis de la Justicia —más que en el deterioro de los otros poderes— está probablemente el núcleo principal del malestar que afecta a la República. El problema argentino es en gran parte moral, y la crisis de la Justicia está en el centro mismo de la escena. Las soluciones, entonces, no deben demorarse".

D. Desde un ángulo diverso: ¿Hemos reparado cómo las transformaciones sociales, económicas —y culturales— van cambiando las preferencias en la litigación civil? La desocupación, el abandono del campo, las migraciones interiores, el cierre de ramales ferroviarios, entre variedad y acumulación de causas que provocan las alteraciones en el paisaje de la litigación y no sólo el humano y ecológico (el aumento de las villas miserias, el cambio de hábitos laborales, la recesión y crisis económicas, el trabajo en negro y precario, la carencia de obras sociales, la falta de viviendas, la no cobertura en salud, etc.), apagan a los juicios reivindicatorios y coloca a distancia la circulación de los boletos de compraventa inmobiliaria, *pero aumentan los desalojos por usurpaciones de fincas urbanas* (7).

El inteligente corrimiento global (recursos humanos, infraestructura, informatización, leyes procesales) es una íntegra puesta al día. Reformulación aligerada de sobredosis de garantismos y ritos complicantes y que, de manera significativa, sepa acuñar el rostro más humano, sensible y realista de una sugerente y provocativa imagen

(7) Ver "Los abogados", p. 35 y sigtes., 2ª ed., Ed. Platense, Abeledo-Perrot, 1999; "El Derecho y nosotros", cit., p. 15 y sigtes.; y "Derecho y realidad", Jornadas de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba, Anales, Buenos Aires, núm. 22, 1990.

Como el flautista de Hamelin, las flacas carteras del trabajo del letrado los arrastran hacia los reclamos por daños (especialmente ocasionados por ilícitos de automotores) y mala praxis profesional. Quien compare los repertorios de la jurisprudencia de los años 40 hasta el final del siglo XX, se sorprenderá de cuántos claroscuros se han sucedido. También cada tiempo, cada generación, en sus diferentes contextos, se adscribe a exteriorizaciones litigiosas que dominan el panorama de cada época (y de cada nivel en el crecimiento económico y la dinámica social).

de la Justicia. Emergiendo como una ágil y racionalizada *organización* de servicios (8).

E. Claro que ello no llegará antes de que despejemos el camino y sin vencer antiguos miedos anidados en la hegemonía de ese pasado que es inconducente negar que *ahora se halla superado*, y sin que —resistencias fuertes al cambio de mentalidad y hábitos— dejemos de enfrentarnos con posiciones ideológicas ancladas en ese ayer. Nostálgicas barricadas que levantan los vanos intentos de impedir la concreción de los ajustes que propicia —y no únicamente entre nosotros— el esquema del reemplazo.

Empero, ello terminará por sobrevenir a la luz de la lectura que impone la hoja de ruta.

F. Socialmente, traerá aciertos y esperanzas por ser el destino natural que ha adquirido solidez asentada en la filosofía de la acción y que, por tal, vencerá el pesimismo de los que monocordemente repiten 'no se va a poder'. Verdaderos amos, inmovilizados en el pensamiento, que concentran sus energías en mantener, intacto y en pie, el afán de prolongar el panorama desalentador que nos circunda.

G. Y al llegar a esta meseta importa marcar del modo más destacado estas notas *determinantes* que condicionan —en el campo de la litigación civil— la organización de las competencias, las diversificaciones que se deben implementar y las derivaciones que se obtendrían de esa mecánica (y acaso de privatizaciones *prudentes* de lagunas actividades).

De fracasar la disuasión y en su caso —cuando corresponda— las vías alternativas, en especial la mediación que, en su órbita ha dado

(8) Cfr. 1) PIVETTI, M., "¿Deflazione della domanda o risposte differenziate della giurisdizione civile?", en Actas del Congreso Nacional (italiano) sobre "La justicia entre el derecho y la organización", Torino, 13-15/11/87, Torino, 1989, p. 34 y sigtes.; esp. p. 50 y sigtes. (acerca del juez único). 2) CARPI, F., "La tutela de urgencia entre la cautela, la sentencia anticipatoria y el juicio de mérito", AA.VV., "Los procedimientos especiales" (Estudios ofrecidos a Virgilio Andreoli, Riv. Dir. Proc., 1985, p. 680 y sigtes.).

resultados satisfactorios, la realidad de los asuntos muestra este panorama:

1) Entre el 60 y 67% de los objetos de las controversias corresponden a ejecuciones y apremios. Ello es nota distintiva que absorbe el despacho, la firma, los casilleros y agencias de cobros (mejor del papeleo) de los deudores de múltiples, servicios y prestaciones fiscales, previsionales, multas, etc. Su tratamiento no consiste en aumentar Juzgados o Secretarías que, más de lo mismo, mantengan congestionados pasillos y trabajo internos. Hemos insistido en el cambio profundo —en horarios de trabajo diferentes, con dotaciones especializadas, y fuerte apoyatura informática—, que al igual que las Entidades Oficiales (municipios, organismos fiscales y previsionales, etc.) crean (mal) los títulos ejecutivos e inundan con formularios en actuaciones en las que, por lo común, no se proponen excepciones y cuya definición —política y no jurisdiccional— no pocas veces son las moratorias. Los cambios de estructura y técnica los hemos explicado en múltiples oportunidades destacando la revolución que ha significado en Lisboa, Portugal, en los cuatro últimos años, la afiatada tarea de la Oficina de *Injunctions*.

2) Los asuntos de 'los ricos' y los de alta complejidad (entre el 3 y el 5%) canalizan en el arbitraje comercial (fuertemente en el de carácter internacional) o requiere a través del proceso de conocimiento y, por el caso, la gravitación de las pruebas científicas, una competencia especializada de los órganos.

3) Una doble diversificación imponen, asimismo: a) los asuntos de *pequeñas causas*, concernientes a controversias coexistentiales (consumidores, de vecindad, pequeños litigios, que buscan soluciones directas, autocompuestas que aseguren la paz social, aun sobre el valor justicia; b) *la jurisdicción de protección o acompañamiento* (menores, mujeres, cuestiones de familia, tenencia, alimentos, de la seguridad social, laborales, etc.), modelo que responde a las exigencias de la tutela en *dimensión social*.

4) Cuestiones 'normales' y seriadas con fuerte presencia de los hechos: resarcimientos de daños ocasionados por accidente de tránsito, mala praxis, etc.

5) Acentuación del uso de las medidas cautelares y los denominados procesos urgentes.

6) Conflictos que canalizan por las técnicas del proceso extraordinario, o los procesos de estructura monitoria.

7) Los concursos y su mundo abierto a concurrentes aspectos de la jurisdicción contenciosa y voluntaria y a señaladas particularidades que, como en la Provincia de Mendoza, obligan a la creación de fueros especializados.

8) Los procesos colectivos y la tutela de los intereses difusos con sus particularidades (en lo que concierne a legitimación, medios probatorios, alcances subjetivo y objetivo de la cosa juzgada, recursos y modalidades de la ejecución).

9) Finalmente, la masa de asuntos de la jurisdicción voluntaria, que, en nuestra opinión deberían canalizar en principio y en ausencia de litis fuera de los tribunales y derivarse a organismos a funcionar en los Colegios de Abogados; criterio éste que ha sido resistido por la clase forense que prefiere, por razones tradicionales, de seguridad y de incumbencias, que continúen radicados en el marco del Poder Judicial.

Este nuevo mapa de la litigación actual —diagramado en iniciativas de Reformas a los Códigos— lleva importantísimas implicancias en el objeto, perfil y manifestaciones de las contiendas y en las destrezas de los operadores jurídicos, su especialización y deberes de cooperación.

La precedente diagramación es la columna vertebral de lo que se planifique en el Código de rito, porque lo complejo no es igual a lo sencillo y el predominio de los hechos sobre las residuales cuestiones de derecho impide su equiparación instrumental.

El ascenso del uso de las garantías jurisdiccionales —amparo, hábeas data, acción de certeza, *injuction*— y de un ejercicio más acentuado del control de constitucionalidad, así como las innovaciones en fase de cumplimiento de la sentencia de condena (subasta, etc.) provocan tam-

bién rotación de preferencias y opciones y da lugar a los ajustes contemplados en diversas iniciativas, al igual que lo que atañe al moderno régimen de las impugnaciones a los fallos.

III. La situación negativa límite de la Justicia en la Argentina

La urticante y nunca superada cuestión de la duración y del onerosísimo costo de la litigación civil, es uno de los debates recurrentes que suscita la preocupación del operador y político del derecho. Expresar que —con variantes— *en todas las latitudes*, el paso de las sociedades, cada vez más aceleradas y abiertas a un abanico cruzado de requerimientos inéditos, en escalas subjetivas (procesos colectivos, tutela de los derechos difusos), nuevas dimensiones técnicas en el contenido, proyecciones y efectividad de las garantías (amparo, hábeas data, acción de certeza [mère declarativa], control de constitucionalidad, rol de los recursos extraordinarios y misiones adaptadas de las Cortes de Casación y de Derechos Humanos), está cada día más distante del que lleva el paso de la Justicia, es expresar una convicción generalizada.

No le va en zaga el formidable desafío que representan las erogaciones en la coordinación, dinámica y consecuencias de esa operatoria tan delicada, sensible y compleja, *de relojería*, que es el armado correcto de la 'empresa' prestataria de hacer justicia.

Esta cuestión, como lúcidamente lo entrevistara Mauro Cappelletti en los años setenta, se ha colocado en la cima de las preocupaciones del político y del estudioso; toda vez que si no se organiza un servicio con modernidad y *costo razonable*, el acceso a la justicia queda como utopía e irrealizable ilusión para el *mayor número* de potenciales litigantes.

La faz económica relación costo-beneficio emerge como el vector más decisivo para 'ahorrar gastos' y *racionalizar* la infraestructura. Igualmente, para incorporar con *seguridad* los adelantos científicos y técnicas, formar mejor al personal y auxiliares y plasmar de tal modo lo que es medular al propósito de quebrar la rutina y superar lo establecido, que es materializar el *cambio de mentalidad*.

Para recobrar la alicaída imagen de la Justicia —en general lenta y disfuncional— sitiada por los poderes de derecho y hecho, presionada por la prensa y la opinión pública, señales todas ellas por demás desfavorables que, al *generalizarse* esa creencia, sacrifica el comportamiento ejemplar de la mayoría de nuestros jueces, agobiándolos con el peso de la incredulidad y el desconcierto, ha de superarse una situación que, “ante el probable oportunismo político pone en cuestión, nada menos, que la confiabilidad de prácticamente todo lo que hace el Poder Judicial, aun cuando haya visibles razones para hacerlo” (9).

IV. Hacia una reconducción positiva. Visión de conjunto

Trataremos de señalar las correcciones y medidas de implementación imprescindibles al logro del mejoramiento de lo existente.

A. La planificación interior desde los mecanismos jurídicos, en el iter estructural del litigio

Un sinfín de correcciones han de acontecer desde *adentro* de las actividades que se desarrollan en el proceso, concurrentemente con el ingreso definitivo de lo electrónico como compañía permanente del trabajo de oficina (en la era de la cultura digital). El elenco es vastísimo pero razones de espacio y el haberlo explicitado en anteriores oportunidades, invita a la abreviación. Un puñado de las circunstancias negativas a remover, bastará a la demostración.

(9) Cita de nota 6, supra.

El recuperar lo procesal la idea nutriente del Acceso a la Justicia en una renovada cultura jurídica que se centra en la dignidad de la persona, de todas las personas, se debe a múltiples esfuerzos de la ciencia, del político, del legislador y de los entusiastas del Derecho procesal.

Creemos que, con realismo y según discriminaciones y matices impuestos por la diversidad de los asuntos, una actitud de los operadores jurídicos inteligente y creativa, *el cambio de mentalidad y de sacudir la rutina, serán decisión para remontar.*

Los corrimientos en los mecanismos con que se hacen las cosas y en la actividad de eso que llevamos a cabo todos los días y que conforma, con el mal humor consecuente, son factores insustituibles para acabar con el anacrónico proceso civil actual.

1) *Supresión de ferias judiciales*. Son cuarenta y cinco días en el año, prácticamente vacíos e inmóviles. Nuestros colegas fruncirán el ceño, pero un órgano judicial debe funcionar continuamente y *sin interrupciones* (lo hacen los Registros de la Propiedad, Automotor, etc.).

Así funcionan, los hospitales.

2) *¿Por qué no utilizar los edificios e infraestructura de los tribunales en horarios vespertinos o nocturnos complementarios?* Ello es de muy factible adaptación y en ese *horario de refuerzo* puede atenderse la jurisdicción voluntaria y (con dotar a cada secretaría con dos estudiantes superiores becados) el despacho de los procesos ejecutivos y apremios—los que producen la sobrecarga, e importan como ya lo destacamos más del 65% del volumen del total de expedientes— en los cuales en más del 90% no se oponen excepciones, pero la documentación (el papeleo) insume un tiempo precioso. Información segura, nuevos soportes técnicos y—está a cargo de las Municipalidades y poderes públicos— el mejoramiento de la idoneidad de los instrumentos (títulos) que unilateralmente emiten para cobros de impuestos, multas, prestaciones previsionales, etc.

3) Radicación de causas en una Mesa de Entradas única con potestad casijurisdiccional de adjudicar el fuero.

4) Aprovechar a pleno las *medidas preliminares* (arts. 323, Cód. Procesal Nacional y sigtes.). Realizar a su través diligencias de exploración de hechos y circunstancias enderezadas al futuro quehacer probatorio. (En rol de aproximación a la averiguación del 'discovery' en el derecho norteamericano).

5) *Sumarizar* los juicios al máximo, asignándole rendimiento específico superior al extraordinario (sumarísimo) sobre el ordinario para una gran cantidad de contiendas (litigios urgentes, amparo, procesos de estructura monitoria, référé, etc.).

6) El silencio ante el traslado de las demandas es la antesala de la sentencia estimativa.

El juez hará saber a las partes que "su incomparecencia injustificada podrá ser interpretada como indicio en contra y que podrá inferir con-

clusiones de sus respuestas, de sus negativas injustificadas y, en general, de su conducta en el proceso" (arts. 163 inc. 5°, ap. 2° y 384, Cód. Procesal).

7) *Modificar, drásticamente, el régimen de las notificaciones judiciales.* ¿Por qué no valernos del fax y aun del teléfono constituido? En un proceso declarativo ordinario el trámite de las cédulas (cada una de esas notificaciones demanda entre 11 a 15 días) alarga la duración del trámite en más de ¡dos años!

8) Por qué un semillero de tipos procedimentales si son suficientes dos: el ordinario (refundiendo el proceso 'madre' con el sumario-plenario abreviado) y el extraordinario (sumarísimo, urgente), el repertorio de vías rápidas y expeditas.

9) Reducción de las resoluciones recurribles consagrándose como regla el efecto *no suspensivo*.

10) *Paralelamente, hacer único y no doble el juicio de admisibilidad* ¿Por qué recargar ese examen cuya decisión sin cortapisas siempre queda en manos del órgano *a quem*?

11) Establecer, con un equilibrado régimen de cauciones, *la ejecución inmediata* (en la sede de la instancia originaria) del pronunciamiento de condena.

12) Acentuar el *deber de colaboración* por el lado de las partes y de los terceros, sea en tareas de esclarecimiento e investigación (similares al 'discovery' anglosajón), en el aporte de documentos obrantes en su poder (arts. 388, Cód. Procesal Nacional; 386, Cód. de la Provincia de Buenos Aires) y en toda incidencia decisiva para acceder a la verdad jurídica material. Sobre ello habrá que hacer conciencia habida cuenta de que la actividad *pública* de la jurisdicción permite concretar el mandato Preambular (*afianzar la justicia*) y dar jerarquía a los valores implicados que conciernen a la comunidad, como es el de la *paz social*.

13) Establecer a través de una imposición razonable y controlable el *deber de información del deudor*, demostrativo de su buena fe, respecto al estado actual de su patrimonio como requisito condicionante de la

oposición a la ejecución; y en mira de facilitar, en la fase de ejecución, la realización de sus bienes, impidiendo así que ese trámite (como ocurre en la actualidad), sea un kafkeano laberinto de tropiezos y dilaciones.

14) Acordar a la preparación de la demanda (en trabajo multidisciplinario) la atención que requiere el acceso *responsable* a la jurisdicción, lo cual supone la previa y reflexiva consideración de si no será a través de las alternativas de la mediación o del arbitraje *privados*, que su tratamiento sea el más conveniente, y *a ser utilizado en primer grado*.

15) Deviene imprescindible *persuadir* a no desembocar en la controversia judicial sino, exclusivamente, en aquellos casos en que tal vía es la que se presenta como la más atinada y destinada a permitir la heterocomposición justa. Discriminando la tutela en materia no contenciosa (jurisdicción voluntaria).

16) El ejercicio activo, por el juez, en la *audiencia preliminar*, de la selección de los medios de prueba que *sin desmedro de la defensa*, no importe una sobrecarga estéril o disfuncional, conforme las circunstancias a acreditar en el proceso en concreto de que se trate. Extremando, a la vez, y para los *litigios de alta complejidad*, las posibilidades suficientes de dar cabida a la prueba científica que así lo requiera.

17) Además, deberá reformularse en una instancia de configuración más administrativa que judicial, lo concerniente a la ejecución de la condena, en especial la subasta —mecanismos que, sea en sede administrativa o privada y no ya judicial—, ha de ser objeto de profundas adecuaciones que la hagan más segura y confiable y acerca de los cuales existen excelentes propuestas (Toribio Sosa). En esa esfera de crucial importancia práctica, las demoras y dificultades de realización de los bienes embargados, complica extraordinariamente el cumplimiento del mandato jurisdiccional.

18) Para cerrar esta enumeración, *simplemente ejemplificativa*, cabe igualmente destacar el voltaje de eficiencia que representará la adopción de las soluciones que propician los nuevos Proyectos de Códigos Procesales en lo Civil y Comercial proyectados para la Nación, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma del mismo nombre (1997) que incorporan técnicas por demás recomendables a los fines de redu-

cir el tiempo y el costo de los procesos, a saber: práctica de *prueba temprana*; consagración de los litigios de estructura monitoria y de los denominados de la justicia de acompañamiento y protección (menores, seguridad social, es decir de derechos constitucionales que cuentan con cobertura directa y pronta solución en la Ley Fundamental y en Tratados a ella incorporados [como los concernientes a los Derechos del Niño, contra las Discriminaciones, igual contra la corrupción —Caracas 1996—, etc.]), la tutela anticipada, una adecuada red de medidas cautelares, el reconocimiento y preservación de los derechos colectivos y difusos, la simplificación de la tramitación y una reformulación moderna del arbitraje privado.

19) La articulación de las fases de implementación han de asumirse con realismo y flexibilidad teniendo constantemente en cuenta el grado de litigiosidad, las fórmulas más notables de los conflictos, el comportamiento de los justiciables y las peculiaridades culturales, económicas y sociales del medio (en la realidad sociológica los *diferentes* medios) en que ha de regir una ley común y general, regulatoria de las incidencias que se susciten en los desarrollos del mapa litigioso (y en los ciclos de estrechez o de crecimiento económicos que condicionan la política de empleo y la dinámica de los negocios).

V. Vectores fundamentales

Para nosotros, son cuatro:

- A) Cambio de mentalidad
- B) La revolución informática
- C) Potenciar, adecuadamente, la primera instancia
- D) Mayor discrecionalidad de las Cortes Supremas.

Esto es lo que surge de la evolución de los Congresos Internacionales de Derecho Procesal desde Gante (Bélgica) de 1977 (Por una Justicia de rostro más humano) hasta el celebrado en el 2000 en Bélgica (*Una Justicia Moderna y eficiente para todos*), y las sugerentes iniciativas que se predicaron en el Coloquio de Tesalónica, Grecia, en mayo de 1997.

A) *Cambio de mentalidad* (lo más difícil y lo que es determinante)

Se ha hecho cada vez más penetrante entender que es preferible que los jueces y juristas den soluciones prácticas y justas a sus contemporáneos que transmitir normas o ecuaciones doctrinarias a la posteridad (Jerome Frank, *Courts of Trial*, Princeton University Press, 1949, p. 379, en la crítica de la actitud griega [y diferente a la romana] en temas jurídicos). Sobre el particular hemos ahondado en infinidad de artículos y ponencias.

B) *La revolución informática* (La cultura 'digital', la nueva era de otros 'papeles')

Se porfía, igualmente, en la Argentina, en la última década del Siglo XX, por la fluida incorporación de la informática habida cuenta del impacto que en un amplísimo frente interconectado, sus copernicanos avances está produciendo.

Veamos esto con mayor cuidado.

1) Una de las causas de la ineficiencia de la justicia (en todos sus fueros) —y claramente lo es para nuestra litigación— acaso sea *la continuidad de sistemas o métodos de trabajo que prescindan de los aportes de disciplinas técnicas o científicas sin duda afines*, que son determinantes de la modernidad.

Si se tiene en vista que la *finalidad* del servicio de justicia debe ser la máxima efectividad posible en la solución de conflictos (en tiempo, costo y calidad), ha de repensarse la forma de construir el proceso, de organizar la oficina judicial y el Estudio jurídico.

Ello importa una ardua tarea de mentalización y capacitación de los recursos humanos, y quizá de reasignación de funciones, roles y responsabilidades dentro de cada organización, en amplio y *franco contraste con el sistema burocrático y obsoleto actualmente imperante*.

2) La tecnología, asimismo, puede coadyuvar a la introducción de sistemas de trabajo que acaso someterán a revisión no pocos principios y estándares procesales.

La simple incorporación y uso de tecnología para el cumplimiento de nuestra función resulta por sí sola *transformadora de la realidad*: teléfono, grabadora, filmadora, fax, computadora, vídeo, etc. (10).

C) Pero existen aplicaciones tecnológicas cuyo vertiginoso perfeccionamiento, abaratamiento, y consiguiente difusión pueden conducir a otro registro la *efectividad* del sistema judicial tal cual se lo conoce hoy. Tales como la *multimedia*, *telemática* y la *videoconferencia*.

1) La *multimedia* consiste en la posibilidad de hacer interactuar imagen, sonido y texto en la computadora.

Piénsese en la machacona imposibilidad en las instancias extraordinarias para acceder a cuestiones de hecho y prueba cuando la instancia de grado es única y oral, y considérese que si todo lo actuado (o lo más relevante) quedara registrado en videodiscos (discos semejantes a *compact disk*) u otros dispositivos tecnológicamente asimilables, esa imposibilidad prácticamente desaparecería, pues el juicio se convertiría en una especie de *película encerrada* (y segura), por ejemplo, en varios discos compactos de computadora o dispositivos análogos.

3) Años atrás era impensable una forma de interacción entre el órgano jurisdiccional y el Estudio jurídico que no fuera la llamada *mesa de entradas* del primero. Ese era el punto físico de intercambio de actos procesales, y, por lo demás, era prácticamente el único posible.

La *mesa de entradas* hacía las veces de membrana que permitía la ósmosis procesal entre el órgano jurisdiccional y el estudio jurídico. Casi no podía imaginarse otra modalidad que no fuera la presencia física del letrado o su empleado en la *mesa de entradas* para introducir un escrito previamente redactado, o para retirar copia del presentado por

(10) Funcionan ya, en el mundo (en EE.UU., al menos en Utah y Maryland), experiencias judiciales piloto en materia de intercambio electrónico de datos (EDI), que tienen la habilidad de enviar y recibir documentos electrónicos (presentaciones de parte y resoluciones judiciales), logrando así una más eficiente y menos costosa forma de litigar.

Empero, en un camino abierto a continuas sorpresas, superadoras de lo precedente, *cabe avanzar sin interrupción*.

la contraparte o bien para consultar o notificarse de una providencia, etcétera.

4) *La realidad hoy ha cambiado, drásticamente, con el desarrollo impresionante de los medios de comunicación.*

En estos momentos existen otras vías posibles de ingreso y egreso de información al y desde el juzgado.

5) Por último (por ahora), la *videoconferencia* es la posibilidad de entablar diálogo entre diversas personas situadas en dos o más puntos geográficos, con y a través de la imagen. Las creencias religiosas y los conocimientos científicos, no son vallas y, por el contrario, se desenvuelven por definición en un plano similar u homogéneo.

La acotación medular finca en la capacitación para saber y comprender, y comprender no es poco como aporte a la eficiencia del sistema.

6) *La panorámica anterior lleva a reflexionar acerca nada más que en las pérdidas económicas que se manifiestan no sólo por el costo del transporte, sino por la pérdida de tiempo que no podrá ya ser utilizado en las actividades propias de los testigos, peritos, abogados o justiciables (11).*

Es dable advertir, entre otros consecretarios, que v. gr. el principio de intermediación, o el debate entre oralistas y escrituristas veríase seriamente simplificado (si no superado) por la *multimedia*, la *telemática* y la *videoconferencia*, lo que demuestra el impacto de las nuevas tecnologías no ya sobre las normas sino sobre *los principios procesales*.

(11) No creo exagerar si puntualizo que en estas axiales políticas de Estado, estamos convocados a una tarea de dimensiones históricas que tendremos que hacer en sus tiempos, *pero de nada sirve eludirla o posponerla*. Existe la necesidad de resolverlas bien. Educación y Justicia son el marco para que encausados puedan abrir las esperanzas para ir dando respuesta consistente y sin artificios a los demás problemas profundos que el cambio de época, de conducta, de cultura y de sociedad en sí nos están desafiando y que, sin arrogancia ni ligereza, debemos aceptar.

7) El riesgo es *continuar pensando esta nueva realidad únicamente en función de paradigmas o esquemas mentales que responden al pasado.*

E) Parece, entonces, por demás oportuno, que Estado y Sociedad, con carácter propedéutico, se hagan cargo del reto que representa comenzar a concebir esquemas que permitan asimilar la nueva tecnología (y con ella ventajas en aras de la mayor eficiencia del servicio de justicia), *aun dentro del derecho vigente.*

Y para el mediano y largo tiempo, pensar, programar y llevar adelante la *Reforma* prometida y demorada.

En el pórtico del Siglo XXI parece evidente que ya “no alcanza” con la intuición y el saber jurídico. Respecto del cual, por otra parte, debería instrumentarse su enclave, especialización y tendencia a la excelencia y a una comprensión *multidisciplinaria*; la periódica reválida para garantizar sino su aumento cuanto menos su no disminución, a causa de la vigencia de la inercial ley del menor esfuerzo.

F) En tal endiablado y presionante contexto —que se radica, para colmo, en una sociedad moralmente débil, infiltrada por la corrupción— se instala y hemos de procurar, sin tardanzas, ganar espacios de eficiencia en el cuadrante del Servicio de Justicia, coadyuvando a materializar así la *disminución de los tiempos, el aumento de la seguridad y calidad jurídicas y la merma de los costos que su prestación irroga*, en la jadeante y malhumorada litigación civil.

VI. Propuestas

En la transición de estas horas, el problema de la Justicia es uno de los más urticantes y de *difícil solución.*

Los diagnósticos y análisis de las causas que han terminado por componer un cuadro de tan agudas notas desfavorables son conocidos y no apagan, sin embargo, el *afán de una real y necesaria modernización global del Servicio*, obviamente que sin reducir la calidad de las resoluciones y del ‘producto’ final de la justicia.

Se cuenta, desde 1994, con una renovada versión de las *garantías* que aseguran la efectividad del proceso y la jerarquización y operatividad directa de los Tratados incorporados a la Ley Fundamental (arts. 18, 36 a 43, 75 incs. 22 y 24).

Además, en un emplazamiento universal *integrado* en el marco del Mercado y las Comunidades, de exigencias homogéneas y continua armonización de ordenamientos distintos, se elaboran las grandes construcciones sistemáticas que buscan instrumentos más programáticos para reformular institutos procesales, que exigen diferentes *valoraciones políticas*.

Los lineamientos antes expuestos nos parecen que —en tentativa— son los puntos de partida para abrir un gran debate y, entre todos, *enriquecerlo y mejorarlo*.

VII. Colofón

La empresa compartida es diseñar una nueva cultura jurídica, otra instancia en la evolución de la *legitimación democrática del Poder Judicial*, la eficiencia de su labor en el contexto de la información y participación *igualitaria* de la gente, preocupada por la cuestión de la Justicia, *sobre lo que no habrá, por cierto, retrocesos*.

A. Las reflexiones que presuponen la propuesta enunciada, autorizan a sostener que su desconocimiento atentaría contra el común convencimiento del pueblo y de los operadores acerca de que el proceso en la vida social si bien se presenta con *propia juridicidad* (y acaso mostrando una función instrumental de 'complemento') es, no obstante, uno de los manantiales o medios (para nosotros *necesario*, repetimos) que en la unidad interna —pero diversa— del Derecho también se *integra* con él. Gracias a su presencia se acuña su plenitud y perfecciona. O lo que es lo mismo, del proceso deriva *una nueva forma* (en esencia idéntica a las demás) *de producción jurídica*.

También se cuenta con proyectos que siguen la orientación que se reputa más adecuada.

Estamos transitando el Siglo XXI, y con cierta dosis de valentía y creatividad es posible alcanzar nuevos horizontes que mejoren el servicio, y con ello, la calidad de vida de sus destinatarios y operadores.

No obstante, reiteramos, *constituiría una simplificación absurda entender que modernizar es sólo colocar computadoras en los juzgados*. O una Mesa de Entradas única, informatizada.

B) La modernización es, en primer lugar, valga la reiteración, *un cambio de actitud mental*; de todos los días y reparando en lo pequeño.

La solución para los problemas de la Justicia está en manos de sus propios operadores, y la conciencia de que existe una solución impulsa a ir en su búsqueda (12).

En el rol central de *garantía, el proceso justo* es el medio adecuado en el Estado de Derecho para obtener el reconocimiento de los derechos, de su certeza y efectivización, lo que será mucho más evidente, todavía en el Estado de Justicia por el que bregamos. *Evaluando los problemas de conjunto, abarcativamente, y en la perspectiva del mediano y largo plazo*.

C) Falta, no obstante, y ello es dramático, *la voluntad de los cambios, el impulso político y su permanencia de hacer y mejorar, la conciencia de que no podemos seguir como estamos, que lo disponible es lo que sobrevive por inercia*, pero pide a gritos, que lo modernicemos para que en verdad a útil. Es un desafío —como el de la Educación— *del que no podemos desertar*.

No sólo el Estado sino el conjunto de la sociedad advertirá una señal evidente de que es posible y conveniente integrar las bases y contenido del *Compromiso Histórico*, superando los factores negativos de la incomprensión, el desaliento y la indiferencia. Quedará en evidencia que ha brotado un renovado espíritu con el cual compartir soluciones via-

(12) Las observaciones y los aportes son reiterados y valiosos. Ver LABRADA, Pelayo Ariel, "Diez claves para la celeridad procesal sin reformas legislativas", La Ley Actualidad, 8/5/2001.

bles en las que la sociedad civil está involucrada porque le conciernen de modo prioritario.

D) De esta manera se inaugurará una excitante etapa de *aggiornamento* en la que la presencia rectora del Derecho hará más gobernable la implantación del Estado de Justicia.

La conclusión emerge diáfana: Requiere *acordar* en lo que en cada cuestión se reputa lo más conveniente y adecuado en su proyección hacia el largo plazo, y se alcancen por consenso implementándose de modo factible con coraje, y tesón. Se sumarán a otras sugerencias y preocupaciones con los cuales dar organicidad y consistencia a las demandas de paz social, justicia y esperanza de superar las dificultades y carencias que cruzan nuestro presente, con férrea voluntad de materializar formas más equilibradas, razonables, y solidarias de convivencia.

No deja de ser positivo dar muestra palmaria de querer avanzar hacia una renovación de procedimientos y herramientas institucionales que, en el marco de la Constitución y el Estado de Derecho, en una clave diferente, forjen políticas y estrategias efectivas que la gran mayoría de los argentinos desea impulsar.

Transcenden a los partidos políticos y a la coyuntura, y por eso, es impostergable asumirlos a través de nuevos métodos de entendimiento *que acrecienten la cooperación y satisfagan las expectativas*. En la hora de la responsabilidad, debemos consolidar la fe en el futuro y la voluntad de construir, *para todos*, un mundo más justo. ♦

PROBLEMAS CONTEMPORANEOS Y POLITICA CRIMINAL

"No hay soluciones mágicas capaces de revertir, inmediatamente, una situación que es resultado de un largo proceso de deterioro del tejido social, económico y cultural de nuestro país, y también de la incapacidad de los gobiernos para advertirla y anticiparse a sus previsibles consecuencias que influyen negativamente en la convivencia pacífica de los argentinos."

José I. Cafferata Nores,
"Justicia penal y seguridad ciudadana" (p. 43).

POR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (*)

1. Esta comunicación debe inscribirse dentro del cuadro de cuestionamientos que diseñó Augusto Mario Morello, pero la concreto al campo penal.

2. No es necesario aclarar que hoy la sola mención de la expresión *política criminal* basta para despertar una serie de ideas y recuerdos en cada uno de nosotros, que probablemente serán distintos en cada caso, pero que tienen en común notas casi siempre negativas.

3. Por eso, para evitar críticas acerca de la voz "política" debo recordar que entre los penalistas tiene un significado bastante corriente, que hoy en día proviene de Franz von Liszt, famoso penalista alemán de fines del siglo XIX y principios del XX, quien fundamentalmente distribuía su materia en tres secciones: derecho penal, criminología y política criminal (1).

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 28 de junio de 2001.

(1) Sobre política criminal existen obras muy anteriores, como "De los delitos y de las penas", de Beccaria, y varias partes de "L'esprit des lois", de Montesquieu. En cuanto a la

Conforme a esa terminología, él llama *derecho penal* al sistema de normas, incluidas las procesales. *Criminología* es el estudio de los delitos como fenómeno, es decir del delito en los hechos, en la vida, principalmente de sus causas y efectos, incluyendo también cómo se cumplen las penas en la realidad, lo que a veces se trata por separado y denominamos penología. Y *política criminal* es un arte. Es, en primer término, el arte de legislar (2). Otros agregan también el arte de evitar que se cometan delitos, de pesquisar, enjuiciar, castigar, de cómo debe intervenir la policía, y el arte de designarla, así como el del nombramiento de los jueces y fiscales (3). Coincide en esta visión amplia Jorge de la Rúa, cuando afirma que son "mayores opciones de política criminal (qué castigar, por qué castigar, cómo castigar, para qué castigar)...." (4).

Varios de mis maestros en cuestiones penales me precedieron en esta Academia, y, de ellos, Juan P. Ramos tenía una marcada preferencia por la política criminal, como José María Paz Anchorena; Jorge Eduardo

expresión "política criminal", es de origen germano (Kriminalpolitik) y había sido utilizada por KLEINSCHROD, después por FEUERBACH y luego por HENKE, hace unos dos siglos. Hace un siglo se habló de "política civil" (vg. LAMBERT, Edouard, "La fonction du droit civil comparé"). También se habló de Strafpolitik o política de la pena. Puede consultarse el Tratado de JIMENEZ de ASUA, t. I, 33. Más sintético, ZAFFARONI, "Derecho penal", ps. 148-149.

(2) En Von LISZT, "Tratado", II, párr. 16. Pero su síntesis final es que es mejor ocuparse de la prevención, y no únicamente del castigo. Alguno de las ideas que apoya son: Mínima no curat praetor; más multas; más penas al honor (incluida la reprobación); admite algunas penas corporales; esquemas para jóvenes delincuentes; estudio de la naturaleza del criminal (que no es el motivo); una mayor unión entre la justicia y la administración de la pena; sentencia relativamente indeterminada (por máximo y mínimo, con fijación posterior, al estilo norteamericano). Pide mucha atención a "las reprobaciones tradicionales" de la sociedad, y a la tutela de la libertad (garantías). También piensa en los efectos de la pena sobre la sociedad.

BACIAGALUPO, en su "Derecho Penal", traduce dos importantes ideas de von Liszt, tomadas de sus "Artículos y Conferencias de Derecho Penal" (Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze): "La ciencia del derecho penal debe ser la maestra del legislador penal", la política criminal es "la idea fundamental de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo mediante la pena y medidas análogas".

(3) Según Von LISZT, muchas de estas cuestiones corresponden a la "política social".

(4) Alternativas a la pena y a la privación de libertad.

Coll (5) y Juan Silva Riestra, por la criminología, y Sebastián Soler y Ernesto J. Ure por el derecho penal propiamente dicho. Por supuesto que todos conocían debidamente los otros aspectos, pero sin duda dieron más importancia al indicado.

En cuanto a Enrique Ramos Mejía, no fue uno de mis maestros sino amigo y compañero: se inclinó también al derecho penal propiamente dicho, pero con fuerte dosis de influencia filosófica, lo que no entra en la clasificación de von Liszt.

4. *El espíritu de moderación*

Yo creo que, muy en última instancia, la política criminal, desde hace un par de siglos, se ocupa de dos cosas:

- procurar que disminuya bastante la delincuencia y
- tender a que se respeten más las garantías individuales.

Además agregaría una condición necesaria en cabeza de quienes quieran ocuparse del asunto, y es que tengan espíritu de moderación.

El espíritu de moderación siempre es necesario para legislar en cualquier materia, según enseñaba Montesquieu. Pero es aún más necesario en política criminal, aunque más no sea porque la tutela de las garantías individuales precisa imponer ciertas formalidades. Sin embargo estas pueden llegar a ser tantas que podrían producir resultados opuestos a la finalidad de las mismas leyes. En esto ahora concuerda Bustos Ramírez, profesor chileno que hoy enseña en España.

5. Por otra parte siempre hay que tener presente que cuando falta libertad, falta verdad, pero también con libertad puede traicionarse la verdad porque necesariamente la libertad produce muchas diferencias de opinión y cada individuo puede convertirse en esclavo de los prejuici-

(5) No obstante su notoria inclinación por la criminología, se ocupó de manera inigualada de la penología, principalmente con las instituciones para menores que él creó y, en su momento, fueron un modelo para el mundo.

cios de su facción, aun cuando mucho hable de garantías y de justicia. Esto también lo señaló Montesquieu, siempre en "L'esprit des lois".

6. *Tensiones*

Por otra parte, la falta de moderación acrecienta una tensión entre la tutela de las garantías individuales y la disminución de la delincuencia (o defensa de la sociedad).

Es que cuando se piensa demasiado en procurar la defensa de la sociedad es corriente que cedan bastantes garantías individuales.

Y cuando se piensa exclusivamente en las garantías individuales, es posible ir perdiendo la defensa social hasta límites que la sociedad no tolera. Y entonces la contra-ola puede terminar arrasando con las garantías individuales.

7. Estos defectos se multiplican cuando pesa conscientemente un substrato ideológico que se busca mantener oculto, como puede ser el favorecimiento de ideas que en el fondo son tiránicas o de totalitarismos, así sea con piel de oveja. O cuando ni siquiera podemos advertir si se busca alentar la venganza privada o disimular la falta de funcionamiento del sistema penal.

8. El resultado es que, en lugar de notarse una complementación entre garantías individuales y mayor seguridad, se advierte aquella tensión, una crisis, que en muchas partes y aquí también nos lleva a los tumbos.

9. *Inconvenientes*

Presentaré una muestra de errores en que se ha incurrido entre nosotros desde el punto de vista de la política criminal durante los últimos 15 años y de las idas, vueltas y contradicciones que ofrece tan breve plazo, que justamente coincide con el tiempo que según Ortega y Gasset ocupa una generación. Este ciclo corresponde al período final del gobierno presidido por Raúl Alfonsín, al gobierno de Carlos Menem y el que ha comenzado Fernando de la Rúa (6).

(6) Los cito para ubicarnos en el tiempo, no para criticar. Hay que advertir que, en bastante medida, los problemas que tratamos son universales.

10. *Jueces de Instrucción y Fiscales*

En un principio se venía anunciando una suerte de cruzada a favor de los derechos individuales y llegó a existir un espíritu tal que cualquier opinión contra alguna propuesta pudo considerarse como manifestación a favor de tiranías. Pero debido a ciertas fallas en la apreciación de los remedios, muchos de ellos condujeron a una sensible reducción de las posibilidades de la defensa (7).

Data de entonces la afirmación de ideas tales como que los jueces de instrucción no deben llevar los sumarios, sosteniendo que no podrán ser imparciales. Y por esta vía se propició la instrucción manejada por los fiscales.

Es claro que esto obligó a declarar con apuro en la reforma de la Constitución que los fiscales son un poder independiente (es decir no judicial ni, menos, integrante del Poder Ejecutivo). Pero he aquí que esa independencia es, precisamente, el fundamento de por qué se crearon los jueces de instrucción.

Aunque el proyecto inicial de entonces se modificó(8), de todos modos cierto efecto se produjo y hoy podemos ver que la selección de pruebas y su finalidad dependen en gran medida del fiscal, que también instruye sumarios. Y como justamente es la parte acusadora, siendo que la defensa no puede producir pruebas sino que tiene que pedir su producción o incorporación. De donde, con el argumento de proteger a la defensa de la eventual parcialidad de un juez, se la ha colocado en manos del fiscal, que es su oponente. Hay en esto, por eso, un peligroso sofisma, pues se contradice el principio de igualdad, proclamado para quitar el arma a los jueces de instrucción y entregarla a los fiscales.

A esto se refieren los clásicos Filangieri, "Scienza della legislazione", III, Liv. III, cap.20. Bentham, "Tratados sobre la organización judicial y la codificación", XIX. Carrara, "Programa", párr. 867. Ellos exigen que

(7) Esto no quita varios aciertos de la nueva legislación, como el auto de procesamiento y su apelación. Pero aquí me refiero a que, pese al empeño defensivo, muchas disposiciones han perjudicado a las defensas.

(8) Hay muchas dificultades para delimitar la tarea entre jueces y fiscales.

colabore con la defensa un defensor público, que a pedido de aquélla también reúna pruebas, cite testigos, etc. Es claro que sólo así quedarían en pie de igualdad las partes.

11. El ejemplo estadounidense no puede esgrimirse porque allí el juego de pesas y balances es completamente distinto. Allí existe el fiscal elegido temporalmente, existe la dependencia del fiscal al *District Attorney*, es decir a su superior, existe la dependencia del fiscal hacia el Gran Jurado, existe la vista preliminar y, sobre todo, existen modos y reglas de actuación que se vienen cumpliendo desde hace muchísimo tiempo (9).

12. En el mismo sentido puede verse que el papel de la defensa en el cierre del sumario está larvado entre nosotros, en comparación con las posibilidades del fiscal (10).

13. *Delitos de poca monta*

Data de entonces también la idea de que la maquinaria del proceso penal no se debe mover por delitos de poca monta. También para sostener esa idea no se utiliza un razonamiento correcto, sino sofisticado. Porque todo depende de qué llamamos "poca monta".

Así, se dijo que en la República no se castiga más que a los ladrones de gallinas. Pero aunque las condenas sean pocas, casi ninguna corresponde a ladrones de gallinas.

Tercia en esto una institución importada de Alemania, que los penalistas llaman el derecho penal de bagatelas. Esta expresión no es del todo clara, pero en el fondo significa que hay casos en que la lesión al derecho es tan ínfima que, bien mirada, no es una lesión. Es la bofetada que produce rubor, que no alcanza a lastimar (pero puede ser una injuria). Es tomar un café, pagarlo, y llevarse una servilleta de papel sin usar. Estos son casos de *summum jus, summa injuria*, sin necesidad de ape-

(9) No hace falta señalar la cantidad de juicios anulados en los Estados Unidos porque el fiscal no comunicó una prueba a la defensa o por motivos similares.

(10) Así, por ejemplo, la defensa no puede pedir que el sumario continúe, pero el fiscal sí.

lar a la designación moderna (11). Simplemente no son delito porque falta perturbación al bien jurídicamente protegido.

En cambio, el poco valor (comercial) de una cosa es algo muy diferente. Porque puede ser de gran importancia para su dueño, y puede ser un elemento del cual depende su actividad (como un martillo, un serrucho o un tarro de cola para un carpintero). Aunque poco, quizá es lo único que tiene. Despenalizar estos casos podría fomentar esa manera de obrar contra derechos ajenos, y la criminalidad crecería en virtud de la imitación (12).

Adviértase que si el poco valor o entidad de algo explica que no se castigue, tal particularidad debería señalarse en la ley, y no quedar en manos de un juez ni de un fiscal.

Pienso que si se tratase de acatar frases tales como no castigar ladrones de gallinas, también habría que considerar que las hay en sentido contrario. Por ejemplo *tolerancia cero*, que según varios autores, es la madre de la disminución de la criminalidad (13).

14. *Tribunales correccionales*

Muy grave resultó una consecuencia del tema tratado recién. Y fue que la organización de los tribunales para delitos de menor cuantía, es decir los tribunales correccionales, en la Capital, por decisión voluntaria de gobierno y no por error de cálculo, quedó padeciendo raquitismo.

Hoy los jueces correccionales son poquísimos, y siguen ocupándose (como antes) de instrucción y de sentencia, pero deben tramitar los juicios orales, de tal manera que no pueden dedicar a estos más de un día por semana, o excepcionalmente dos, y, por eso, no pueden trami-

(11) Ya vimos que Von LISZT menciona el viejo adagio "Minima non curat praetur".

(12) Lo mismo podría suceder si se admitiera pacíficamente que robar poco a los ricos no es delito.

(13) Ayer escuché por televisión que en Miami, es decir en Florida, la tenencia ilegal de armas de fuego está castigada con 20 años de prisión, y a eso se le llamó tolerancia cero. Esa pena es un despropósito.

tar más de 50 juicios por año, entre los miles que tienen en mano. Y en tales condiciones no hay posibilidad de hacer justicia (14).

15. La situación es tal que, cuando uno de estos juzgados entra de turno recibe tamaño número de causas que, nada más que para leer de qué se trata y escribir las carátulas, se toma un tiempo que termina cuando el juzgado entra en un nuevo turno. Deben disponer de dos empleados para ocuparse exclusivamente de esa tarea.

16. *¿Y la acusación y su respuesta?*

El Código Procesal Penal tiene, por otra parte, una grave falla de concepto, cual es que el juicio oral no comienza con un acto de acusación y uno de defensa, que, según decía la Corte y enseñaba la doctrina, es lo básico. En cambio, empieza con la lectura del requerimiento fiscal (que no es una acusación, aunque se parece), no hay espacio para ninguna manifestación de la defensa contra tal requerimiento, y se tramitan luego las pruebas, para terminar el juicio con la acusación y la defensa.

17. *La necesidad de más jueces*

Por otra parte el hecho del cambio del juicio plenario escrito por el oral reclamó un crecido número de jueces, cosa que necesariamente implica una disminución de su nivel por la simple razón de que una sociedad con el número de habitantes como es Buenos Aires y sus alrededores no puede contar con tantos jueces buenos. Sin perjuicio de esto ha terciado el sistema de designación con intervención del Consejo de la Magistratura, y esto originó un poco explicable número de vacantes.

18. *Las facultades policiales*

El nuevo Código Procesal recortó grandemente las facultades policiales, y no lo ha hecho con acierto.

La idea de que la policía es corrupta ha presidido la legislación procesal, y como para convalidar la mayoría de las actuaciones se exige la presen-

(14) El esquema original del viejo Código de Procedimientos consistía en un juicio correccional oral que se celebraba en tres audiencias: una de prueba de instrucción; otra de plenario (acusación, defensa y prueba); la última para alegar. Considero que el sistema era mejor que el actual, pero la práctica lo desvirtuó.

cia de jueces, llegamos a que las diligencias no se realizan en tiempo propio y falta la actuación que en todas partes lleva a cabo la policía. Pero esa actuación no puede substituirse por la judicial, porque los jueces no son ubicuos ni se les debe exigir que no descansen. No pueden siempre estar presentes en todos los lugares y momentos que las cosas lo requieran. En cambio, para eso está estructurada la policía (15).

Cuando la policía es sospechada de corrupción, pero concretamente no se sabe quién es el corrupto, lo que puede hacerse es controlarla mejor, y no quitarle atribuciones o funciones que nadie cumplirá en su lugar. Hoy la policía se resiste a recibir denuncias y no investiga las que recibe.

Data de ese tiempo la pérdida de muchas facultades policiales, exigir demasiados requisitos para dar validez a actos judiciales, establecer la obligación de informar qué pruebas hay contra el imputado, lo que acarrea nulidades, y la ley llamada del dos por uno, que disminuye penas a la mitad. Ese tipo de cuestiones ha sido denominado pintorescamente por Alfredo Iribarren, muy conocido abogado penalista, "tolerancia cien", por oposición a "tolerancia cero".

Pero ya estamos viendo que las leyes de la provincia de Buenos Aires han modificado las facultades policiales, y que el Congreso Nacional ha dictado hace una semana una ley en igual sentido, que unida a la supresión del cómputo llamado dos por uno, muestran claramente que las mismas personas que hasta hace poco pensaban de una manera, hoy piensan lo contrario.

19. *Errores comunes*

Recuerdo haber leído hace 60 años, cuando estudiaba las reglas del método sociológico, de Emilio Durkheim, que una de ellas consistía en que los hechos sociales nunca tienen una sola causa. Y quizás la razón por la que con más intensidad recuerdo esta regla y no otras es que la

(15) Es elemental que los jueces penales han de investigar hechos concretos que aparentemente ya ocurrieron, mientras que otros funcionarios han de procurar que no se produzcan delitos y pueden pesquisar en general si algo sucedió o está sucediendo. La simple presencia del "vigilante de la esquina" conocido por todos los vecinos, es importante para que disminuya el delito y para que se efectúen denuncias.

vida me ha mostrado repetidamente que, por no obedecerla, se cometen gravísimos errores de apreciación.

Me temo que debido a esto son muchos los errores que en la actualidad se cometen en materia de política criminal.

20. Empezaré por los más comunes, dentro del campo legislativo.

a) Creer que si se aumentan las escalas penales disminuye la comisión de delitos es un error garrafal y no se necesita explicarlo. Las únicas personas que no cometerán un delito porque se aumentó la escala, tampoco lo hubieran cometido con la escala anterior. Esta es la más burda forma de lo que últimamente han dado en llamar derecho penal simbólico.

El derecho penal simbólico consiste, en el fondo, en dictar leyes o tomar medidas para tranquilizar un rato las mentes (que son los votantes) haciéndoles creer que estamos operando. Pero sabiendo (o debiendo saber) que las medidas no producirán el menor efecto.

b) Otro error es fiarse de los proyectos preparados por las reparticiones públicas que tienen un papel importante en cuanto a la materia tratada (vg. aduana y contrabando; dirección impositiva y delitos tributarios; y lo mismo en materia de estupefacientes, deportes, etc.). Estas instituciones deben ser consultadas acerca de los problemas, pero si se cree necesario tipificar alguna conducta y fijar escala penal, no han de ser ellas quienes lo hagan.

c) Legislar emotivamente. Es decir, no hay que redactar leyes penales durante el período de gran convulsión que sigue a un grave hecho.

Estas leyes siempre son un desastre, cualquiera que sea el gobierno e inclinaciones políticas de los gobernantes. A título de ejemplo mostraré dos de diferente signo: una de gobierno peronista de la primera época, y otra de gobierno antiperonista de la primera época.

La primera es la ley que se dictó cuando Perón y sus seguidores no pudieron aguantar las críticas constantes a su gobierno. Fue la ley 13.569 de 1949 (Adla, IX-A, 242), que modificó la estructura del desacato en su art. 4° para castigar a la prensa, y la ley 13.985 (Adla, X-A, 185), que en su

art. 8° castigaba con 1 a 6 años de prisión deprimir o alarmar el espíritu público. Lógicamente, el alcance de los verbos era tal que permitía convertir cualquier crítica política en este delito.

La segunda es el dec.ley 1414, de 1956, dictado con motivo de una marcha de cadetes navales perturbada por un cántico peronista entonado por un grupo de obreros cerca de La Plata. Fue así que se dispusieron sanciones para el tráfico, portación y exhibición de símbolos de afirmación peronista.

21. Ejemplo de Mendoza

Probablemente el mejor tratamiento actual de la política criminal haya ocurrido recientemente en Mendoza. Y esto ocurrió así porque la reforma se encomendó a gente muy capaz, y a la vez conocedora de la situación en esa provincia, y no se planteó el tema como política de partido, sino que se obtuvo el acuerdo generalizado.

En Mendoza se ha incorporado, por ejemplo, la segunda instancia unipersonal, que acelera grandemente los trámites. Esa segunda instancia no es obligatoria, pero tiene lugar si el apelante no opta por un tribunal colegiado y si quien forma la Cámara no cree del caso que haya tres camaristas.

22. La aprobación de normas internacionales que se refieren a crímenes y delincuentes produce problemas en los países que tienen un sistema de gobierno federal. Porque si hay una distribución de materias a legislar entre la Nación y las provincias, y la Nación aprueba un tratado sobre materia que concierne a las provincias ¿qué debemos hacer?

En el caso de los tratados enumerados por la Constitución no creo que el tema pueda discutirse, porque es la propia Constitución la que aprobó tal vigencia, pero cambios futuros pueden producir, en algún caso, fricciones.

24. Clases de penas

Un importante aspecto del problema se refiere a cómo conviene castigar o qué tipo de penas son adecuadas.

Hay que tener presente que en una sociedad dada se imponen como penas las privaciones de bienes que la sociedad en cuestión considera valiosos. Dejando de lado la pena de muerte, que durante muchos siglos cumplió su papel, a su lado existieron otras penas. La del *status libertatis* (esclavitud), la expulsión de la ciudad (deportación), algunas marcas sobre el cuerpo, ciertas amputaciones, que en general eran bastante temidas (y se llaman penas corporales). Durante un largo período en que el honor se tenía por importante factor (principalmente en las monarquías), hubo una serie de penas que lo afectaban y fueron muy aplicadas. Se denominaban penas infamantes porque precisamente perjudicaban el honor. Cuando el mundo pasó a valorar más la libertad aparecieron las penas de penitenciaría, reclusión, prisión y otras variedades, que terminaron ocupando casi todo el campo de penas.

25. Después, cuando imperó casi exclusivamente este tipo de pena, se vieron inconvenientes en los aprisionamientos cortos, y empezó a pensarse cómo substituirlos. Tal vez la ocurrencia inicial fue que una primera pena corta podía suspenderse bajo la condición de no cometer nuevos delitos (u otras condiciones más, que variaban según las legislaciones). Esto se llamó condena condicional o también condena de ejecución condicional (en inglés *probation*). Con el tiempo esta institución ha ido extendiendo las hipótesis en que puede empleársela así como el tipo de requisitos que es posible exigir. También se utilizó abreviar el plazo de cumplimiento de las penas prisión, generalmente por buen comportamiento. Esto, que se llama libertad condicional (en inglés *parole*) también tiene una evolución paralela con la condena condicional.

Hasta esos momentos, que son los 10 años anteriores a 1900 y los veinte siguientes, no puede hablarse de substitución de las penas de prisión, sino de casos en que éstas no se cumplían.

26. Pero entonces algunos notaron que el amor al dinero había cobrado mucha importancia, de donde se pensó que las penas, por lo menos hasta un nivel intermedio (hasta 4 ó 6 años de prisión) deberían substituirse por multas, o por lo menos colocarse como alternativa. Ese fue el criterio de Radbruch allá por 1920 y de Sebastián Soler, expresamente a partir de 1960. Hoy se empieza a marchar por esa vía en el Proyecto Alternativo Alemán (Contraproyecto), y luego en aquel Código.

Sin perjuicio de este mayor papel de la pena de multa, evidentemente existe una fuerte tendencia a substituir las prisiones cortas por el cumplimiento de una serie de requisitos (como trabajos comunitarios). O por cuotas de prisión, como la llamada prisión de fin de semana.

Yo creo que, además de substituir el cumplimiento de una prisión corta por esos requisitos, habría que crear una o dos penas que consistieran precisamente en cumplir dichos requisitos, que el Contraproyecto llama reglas de conducta.

El nuevo Código alemán, por ejemplo, habla de la obligación de presentarse ante el tribunal o ante quien éste disponga (con cierta periodicidad), requisito que en nuestra legislación existe, con otros, a partir de 1968. Habla de comunicar cambios de domicilio o de lugares de trabajo. También de abstenerse de relaciones con determinadas personas o grupos que puedan dar motivo u ocasión de delinquir, abstenerse de tener ciertos objetos, evitar concurrir a ciertos lugares o zonas, adoptar un trabajo regular. Encarar un programa educativo, cumplir indicaciones sobre relaciones económicas o deberes de alimentos.

Y agrega, con autorización del condenado: someterse a un tratamiento curativo; o residir en un lugar o establecimiento adecuado.

También el contraproyecto ha dispuesto dos tipos de libertad condicional: uno se concede cuando se cumple la mitad de la pena, si es la primera y hubo buena conducta. El otro se concede al cumplir dos tercios de la pena, sin imponer mayores condiciones.

27. Otras instituciones que ha reunido el derecho alemán son la suspensión de una pena por la de libertad a prueba (puede haber asistencia social durante la prueba). La Amonestación con reserva de pena. Y hasta la que llaman abstención de pena, que consiste en no penar (hasta un año de prisión) cuando el sujeto o su familia hayan resultado perjudicados gravemente al cometer el delito (fenómeno usualmente llamado por los criminalistas *pena natural*).

También existe una pena denominada supervisión de conducta, y la privación del permiso de conducción, que naturalmente es una manera de inhabilitar.

28. Personalmente creo que de aquí en más el control electrónico de la ubicación de una persona va a cumplir un papel importantísimo, sea como una de las condiciones para no encarcelar a un procesado, sea que se lo emplee como pena.

29. *La reeducación*

Hubo también un tiempo en que se habló mucho de la reeducación por obra de las penas, y después, de la resocialización, de tal manera que hasta las constituciones imponían ese criterio. Pero ¿qué hacer cuando la resocialización no es posible? ¿qué hacer cuando no es necesaria?

Por mi parte no creo que pueda dudarse que el fundamento de las penas es complejo, y no está dado solamente por un ingrediente.

30. Después de estas indicaciones, vuelvo atrás para marcar que el andar de la historia salió del estadio del derecho penal mínimo para dar lugar a tendencias incriminadoras, según las cuales se puede pensar que es mejor exigir cierta mínima permanencia en prisión (¿para que se tenga la experiencia acerca de qué se trata?). Y como la tendencia incriminadora se manifiesta creando nuevos delitos, pero también aumentando las escalas penales, se puede apreciar que, a un mismo tiempo, se nota una legislación expansiva. En el fondo, hay sistemas en retroceso y escepticismo.

Mientras los parlamentos en todas partes aumentan penas, hay doctores empeñados en substituir el sistema penal por soluciones privadas, como pueden ser las fundadas en gran medida en sistemas de resarcimiento del daño. Por más que no parezca factible, eso vienen sosteniendo muchos autores.

Pero al mismo tiempo que se habla de abolicionismo penal, la legislación sobre drogas y terrorismo, sobre tráfico de dinero, impuestos, informática y ecología es cada día más abundante.

Hasta se ha llegado a decir que la venganza privada es mejor método que la pena impuesta por el Estado, que es más o menos lo mismo que pensar que durante dos milenios los más notables juristas han sido imbéciles. He leído en un importante autor español contemporáneo, José María Silva Sánchez, que las patrullas privadas y linchamientos

desmienten la idea de que la venganza privada tiene más límites que la pena estatal.

Y es por eso que otro de los más destacados pensadores españoles, Gimbernat Ordeig, dijo que, pese a los augurios de esas corrientes, hay derecho penal para rato.

Pero vuelvo a insistir, para terminar, en que mientras no se tomen con espíritu de mesura los temas de política criminal, seguiremos dando vueltas a los tumbos, sin avanzar. ♦

Bibliografía consultada especialmente

ANITUA, Gabriel Ignacio, "En defensa del juicio", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año IV, Núm. 8ª, Ed. Ad Hoc, 1998.

BACIGALUPO, Enrique, "Alternativas a la pena privativa de libertad en el derecho penal europeo actual". "Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal", Año III, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal - Parte General", 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BECCARIA, "De los delitos y de las penas", traducción de Francisco P. Laplaza, Ed. Depalma, Buenos Aires.

BENTHAM, Jeremías, "Tratados de Legislación civil y penal", edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981.

CAFFERATA NORES, José I., compilador, con María Susana Frasca-rolí y Maximiliano Hairabedian, "Justicia penal y seguridad ciudadana", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000.

CAVALLERO, Ricardo Juan, "Disponibilidad de la acción", en Cuadernos 8ª, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón", Ed. Trotta, Madrid, 1889.

FIERRO, Guillermo J., "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, en "Teorías actuales en el Derecho Penal", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

GARCIA, Jorge Amílcar Luciano, "La crisis o el cuestionamiento al sistema penal", "Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal", 4-5, 1997.

HASSEMER, Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", trad. por Patricia Ziffer, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

HASSEMER, Winfried, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en "Doctrina Penal".

HASSEMER, Winfried, "Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal Alemana", Alicante, 1990.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, "Introducción a la criminología y al derecho penal".

JIMENEZ DE ASUA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", t. I, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949.

LISZT, Franz von, "Tratado de Derecho Penal Alemán", traducido por Luis Jiménez de Asua, Madrid, s/f.

LOZADA, Martín, "Policías privadas". En "Cuadernos" año IV, núm. 8A, 1998.

MAIER, Julio B., "Mecanismos de simplificación en el proceso penal", en "Cuadernos" Núm. 8ª, 1998.

MONTESQUIEU, "L' esprit des lois", Garnier, Paris. También utilizó la traducción "Del espíritu de las leyes", por Mercedes Vázquez y Pedro de Vega, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

RADBRUCH, Gustav, "Filosofía del Derecho", Traducido por Medina Chavarría, Ed. De Derecho Privado, Madrid,

RUA, Jorge de la, "Alternativas a la pena y a la privación de libertad". En "Teorías Actuales en el Derecho Penal", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

SANDRO, J. "Distorsión de garantías constitucionales", ps. 125 y sigtes., en "Doctrina Penal", 1992.

SCHIFFRIN, Leopoldo, "Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina", en Cuadernos, Núm. 8ª, 1998.

SILVA SANCHEZ, Jesús María, "Aproximación al derecho penal contemporáneo", J.M.Bosch, Barcelona, 1992.

STRATENWERTH, Günter, "Desarrollos modernos del Derecho penal de Europa central", en Cuadernos, Núm. 8ª, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Derecho penal. Parte general", con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, EDIAR, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", en "Teorías actuales en el Derecho Penal", Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 1998.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dirección Nacional de Política Criminal, Perspectivas criminológicas - Políticas públicas en Seguridad en la República Argentina, Buenos Aires, 2000.

LA OBLIGACION DE INTERESES

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

SUMARIO: I. Concepto, accesoriedad y funciones de los intereses.— II. Legitimidad del pacto de intereses.— III. ¿Libertad de contratación de la tasa de interés? — IV. Los intereses a partir de la ley 23.928.— V. La tendencia jurisprudencial por la aplicación de la tasa “pasiva”.— VI. La tendencia jurisprudencial por la aplicación de la tasa “activa”.— VII. Estado actual de la jurisprudencia sobre tal cuestión.— VIII. Régimen originario de capitalización de intereses de nuestro Código Civil.— IX. Evolución en las épocas inflacionarias.— X. El texto resultante de la reforma de la ley 23.928.

I. Concepto, accesoriedad y funciones de los intereses

Según Bernardo Windscheid, los intereses constituyen la compensación dada al acreedor por la privación del uso de algo a que él tiene derecho (1); o sea que consisten, como lo establece nuestro propio Código Civil, en los “frutos civiles” o “rentas que la cosa produce” (art. 2424 “in fine”), y “que provienen del uso o del goce de la cosa que se ha concedido a otro, y también (correlativamente)... de la privación del uso de la cosa” para su dueño —art. 2330—. Dentro de esta tendencia,

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 26 de julio de 2001.

(1) WINDSCHEID, Bernardo, “Diritto delle pandette” trad. al italiano de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1904, vol. II, parte 1ª, p. 40 y sigte., § 259.

Enneccerus ha definido a los intereses como “la cantidad de cosas fungibles que pueden exigirse como rendimiento de una obligación de capital, en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización del mismo” (2); y entre nosotros Busso ha completado y mejorado dicha definición, cuando dice que los intereses son “los aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina, durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno, o como indemnización por un retardo en el cumplimiento de una obligación dineraria” (3), en la cual engloba a los intereses “compensatorios” que se deben por el goce de un capital ajeno (4), y a los “moratorios” adeudados como indemnización por el retardo del deudor en el pago de una obligación de dar dinero (5), los que por ello presuponen una conducta antijurídica, sea por violación de la ley o por incumplimiento contractual.

Ahora bien, tradicionalmente se ha considerado a la “obligación de intereses”, es decir a los “frutos civiles” o renta que produce un capital —art. 2424 “in fine” del Cód. Civil y su doctrina—, como un accesorio de este último. Lo cual por otra parte resulta de diversas disposiciones del mencionado Código de fondo, como, verbigracia, las que establecen: que los intereses adeudados de un crédito quedan comprendidos en la cesión o en el legado que de él se haga, aunque no se lo mencione expresamente —arts. 1458 y 3786, Cód. Civil—; que el pago del crédito no se considera íntegro, si no comprende además del capital a los intereses —art. 744—, pudiendo por ello el acreedor negarse a recibirlo, si no se incluye igualmente el pago de los intereses —arts. 744 y 776—; que el recibo del capital sin reserva de los intereses determina la extinción de éstos —art. 624—; que el pago de intereses interrumpe el curso de la prescripción del débito

(2) ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, “Derecho de obligaciones”, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Ed. Bosch, 1947. t. 1, p. 53, § 8.

(3) BUSSO, Eduardo B., “Código Civil anotado”, Buenos Aires, Ediar, 1951, t. IV, p. 268, N° 4.

(4) BUSSO, ob. cit., t. IV, ps. 268, N°s 7 y 10 y 272, N° 43; CAZEAUX, Pedro N. en CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, 3ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1989, t. II, p. 260, N° 743.

(5) BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 290, N° 1; CAZEAUX en CAZEAUX- TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 260, N° 744.

principal —art. 3989—, por cuanto importa en los hechos un tácito reconocimiento de la existencia de dicha obligación —art. 721—; que el amparo acordado al capital por la existencia de privilegios y otras garantías, se extiende asimismo a los intereses —arts. 3925, 3936, 1997, 3111, 3152, 3229, 3239 y concordantes—; etcétera.

Sin embargo, pese a esa circunstancia de su mencionado carácter accesorio, bien se ha podido decir que la obligación de intereses ha cobrado en nuestro país, un "principal" relieve económico-jurídico (6); lo que constituye hoy en día una realidad indiscutible, que en muy buena medida ha resultado decisiva para la elección por nuestra parte de esta temática, para la presente exposición.

El interés compensatorio constituye, según se ha visto, la contraprestación o precio que se paga por gozar de un capital ajeno; pero además cumple otra trascendente función jurídica que conviene destacar, cual es la de constituir la prima que el deudor ha de pagar al acreedor por el "riesgo" que para éste haya implicado la concesión del crédito, lo cual debe ser tenido muy en cuenta para apreciar su proporcionalidad (7). Siendo obvio que en tiempos de inestabilidad económica, uno de los más grandes riesgos para el acreedor viene a ser, precisamente, el de la depreciación monetaria, que puede determinar que al tiempo de la restitución de la suma dada en mutuo sólo se reciba la misma cantidad nominal de numerario, pero disminuida en su valor intrínseco o real poder adquisitivo (8).

(6) MARICONDE, Oscar D., "El régimen jurídico de los intereses", Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1980, p. 19, N° 1.

(7) BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 272, N° 44; ENNECCERUS-LEHMANN, ob. cit., t. I, ps. 58 y sigte., § 9.

(8) MORELLO, Augusto Mario - TROCCOLI, Antonio A., "La tasa del interés" en JA, 1963-III, p. 276, N° XI y en "Derecho privado económico", La Plata, Librería Editora Platense, 1970, p. 375; DURANOVA y VEDIA, Agustín - QUINTANA TERAN, Juan Carlos, "La depreciación de la moneda y los intereses" en JA, 7-1970, ps. 332 y sigtes.; MOLINARIO, Alberto D., "Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas" en ED, 43-1155; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Obligaciones de dinero y depreciación monetaria", 2ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1978, p. 210 y sigte., N° 87-b); ídem "Las alteraciones monetarias y la tasa del interés" en el N° 805 de la "Revista Notarial", 1972, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, p. 1652; CNCiv., sala A, 12/2/74, "Fernández Reschted de Naveira c. Munic. Bs. As", ED, 54-256; ídem sala D, 20/10/67, "Munic. Cap. Federal c. Stefanelli", ED, 20-160; etcétera.

II. Legitimidad del pacto de intereses

Es sabido que no siempre se admitió la legitimidad del convenio sobre intereses, el cual era en general reprobado en la antigüedad. Así verbigracia: lo prohibía la ley mosaica entre los propios hebreos, fue descalificado por Aristóteles y también se pronunció en su contra la doctrina de los Padres de la Iglesia, habiéndose vedado el préstamo a interés a los eclesiásticos por el Concilio de Arlés del año 314, prohibición que luego se extendió a los seglares por el Papa León Magno. Habiéndose continuado dicha tendencia después durante la Edad Media (9).

Pero la Revolución Francesa permitió el pacto de intereses, siendo éste el temperamento que persiste hasta nuestros días (10); el cual también fue adoptado por nuestro Código Civil, que en su art. 621, en coincidencia con el principio de la autonomía de la voluntad en materia convencional sentado en su art. 1197, estableció la libertad de contratar intereses disponiendo que: "La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se hubiesen convenido entre deudor y acreedor".

III. ¿Libertad de contratación de la tasa del interés?

Pero ello aceptado, queda aún por resolver otra difícil cuestión, cual es la referente a la tasa del interés; ya que si se deja a las partes plena libertad para establecer su monto, éstas podrían convenir intereses muy elevados o excesivos, pudiendo llegarse a configurar lo que se conoce como "usura", cuya antijuridicidad ha sido puesta de relieve por los tribunales, en tanto aparece reñida con los principios morales y sociales que sirven de soporte a la legalidad (11).

(9) BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 280 y sigte., N^{os} 116 a 120; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", 5^a ed., Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983, t. I, p. 401 y sigtes., N^o 491; CAZEAUX en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 264 y sigte., N^o 779; LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las obligaciones", Buenos Aires, Ediar, 1950, t. II, p. 161, N^o 1057.

(10) CAZEAUX en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 264, N^o 779; LAFAILLE, Héctor, "Curso de obligaciones", Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1927, t. II, p. 153, N^o 278; REZZONICO, Luis María, "Estudio de las obligaciones", 9^a ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1961, t. I, p. 449.

(11) BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 282 y sigte., N^o 131.

Frente a este problema, en algunos países latinoamericanos como Ecuador, Bolivia (art. 414 de su Cód. Civil de 1976), Paraguay (art. 475 de su Cód. Civil de 1985) y Perú (art. 1243 de su Cód. Civil de 1984), se ha establecido legalmente una tasa máxima de interés; en tanto que en otras legislaciones aunque se admite la libertad de la fijación del tipo del interés, se lo hace pero adoptándose en cambio ciertas medidas que posibiliten reprimir los excesos en que pudiesen incurrir las partes.

En nuestro país concretamente, pese a la libertad de contratación de la tasa del interés consagrada por el art. 621 del Cód. Civil, ha sido la jurisprudencia de los tribunales la que se ha preocupado en precisar que tal libertad no es ilimitada, apoyándose en lo dispuesto en los arts. 21, 502, 953 y concs. de ese mismo Código, que sancionan la nulidad de las obligaciones con causa ilícita y de los negocios cuyo objeto es contrario a la moral y a las buenas costumbres; sin perjuicio de que además, después de la reforma del decreto-ley 17.711/68 (Adla, XXVIII-B, 1810), la represión de la usura también puede hallar sustento en lo dispuesto en los párrafos 2º y sigtes. del art. 954 de dicho Código, que posibilita demandar "la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación" (12).

En rigor, hasta aproximadamente el año 1926, predominó el punto de vista de admitir la más libre fijación de la tasa del interés, siendo recién a partir de entonces que los tribunales comenzaron a atacar los pactos que contenían tasas muy elevadas, las que fueron consideradas usurarias. Así primeramente, con el apoyo de Salvat, los tribunales se pronunciaron por la nulidad de los intereses excesivos (13); en tanto que después, especialmente bajo la influencia de lo propiciado por Busso y Galli en el sentido de que lo violatorio de la moral y buenas costumbres no era el convenio de intereses sino su exceso, se tendió a admitir la

(12) ROTMAN, Rodolfo B., "La fórmula moral y buenas costumbres y la tasa del interés" en LA LEY, 110, p. 683 y sigtes.; CApel. Dolores, 23/5/72, "Garibay c. El Arco, Soc. en Com. por Accs.", ED, 42-654.

(13) SALVAT, Raymundo M. - GALLI, Enrique V., "Obligaciones en general", 6ª ed., Buenos Aires, Ed. Tea, 1952, t. I, p. 423 y sigte., N° 483 y nota 162 bis 1, y fallos allí citados.

validez de los mismos en el límite de lo compatible con aquéllas, invalidándose sólo la proporción de los intereses que pudiese superar ese margen lícito (14).

Y con relación a esta cuestión de la tasa del interés, nuestros tribunales fueron modificando, restringiendo o aumentando el máximo admitido, al compás de las variaciones económicas y sociales. Así en 1929 se registran fallos que admiten un 18% anual entre intereses compensatorios y punitivos, porcentual que fue disminuyendo en los años subsiguientes en que nuestro país atravesara una floreciente situación económica: así entre 1935 y 1939 el interés aceptado no superaba el 12% anual, y aún bajó al 10%, que se mantuvo como tasa uniforme entre aproximadamente los años 1940 y 1951. Después la tasa del interés empezó nuevamente a subir al 12%, al 15%, al 20%, en 1966 al 24%, y de ahí en más prosiguió en constante incremento (15), que llegó en ciertas épocas a límites insospechados (16); aunque como bien se hiciera notar a veces por los propios jueces: “dentro de porcentuales aparentemente distorsionados, sólo se observa que tienden a preservar el dinero frente a la abrupta depreciación que sufre” (17), o que “el monto inaudito alcanzado por la tasa del interés a principios de este año habría constituido una clara configuración del delito de usura, si no hubiese sido nada más que el lamentable reflejo de una inflación incontrolada” (18).

(14) BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 288, Nº 168; GALLI en SALVAT-GALLI, ob. cit., t. I, p. 427, Nº 483-f); BORDA, ob. cit., t. I, p. 404 y sigtes., Nºs 493 a 493 ter; REZZONICO, ob. cit., t. I, p. 453, nota 47; jurisprudencia citada en SALAS, Acdeel E., “Código Civil anotado”, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1971, t. I, p. 319, art. 621, Nº 2, especialmente notas 19 y 21 a 24.

(15) TRIGO REPRESAS, “Obligaciones de dinero y depreciación monetaria”, cit., p. 211 y sigtes., Nº 87-b); ídem “Los intereses punitivos en las obligaciones reajustadas por depreciación monetaria”, en LA LEY, 1985-E, 87 y sigte., Nº IV.

(16) Meramente a título informativo puede recordarse, verbigracia, que se llegó a validar una tasa del 174,7 por ciento anual (CNCom., sala A, 7/10/81, “Banco Pcia. de Buenos Aires c. Crusch S.A.”, ED, 97-325), y hasta una del treinta por ciento (30%) mensual, o sea de un 360% anual, entre intereses compensatorios y punitivos (CNCiv. y Com. 8ª Córdoba, 19/3/90, “Consorcio Edificio Shell c. Sociedad de Responsabilidad Limitada”, LLC, 1990-717).

(17) Voto del doctor Louge en fallo de la C 1ª Civ. y Com., Bahía Blanca, 30/5/72, “Santagnolia c. Jaratz de Lebetz”, ED, 44-290.

(18) Voto del doctor Peña Guzmán, en fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires del 31/8/76, “Ciganda c. Ayastuy”, DJBA, 109-93.

Durante los tiempos de depreciación de nuestro signo monetario, después de algunas dudas iniciales, se aceptó pacíficamente la posibilidad de acumular "intereses" y "reajuste por depreciación", atento la distinta finalidad a cubrir por ambos rubros; puesto que la actualización apunta a rescatar el valor o poder adquisitivo perdido por el capital, mientras que los intereses están llamados a indemnizar al acreedor por la privación del uso del mismo (19). Pero a su vez la aceptación de tal criterio suscitó otro problema, cual fue el de la determinación de la tasa del interés que debía aplicarse a las obligaciones dinerarias "actualizadas".

Al principio, nuestros tribunales acumulaban directamente intereses calculados a la tasa común vigente para las operaciones de descuento (20); pero a poco se comenzó a advertir que ésta ya tenía prevista e incluida una "prima" por la depreciación del signo monetario, de suerte que su aplicación indiscriminada podía dar lugar, como lo señalara Molinario (21), a que se estuviese pagando dos veces ese mismo rubro, con el consiguiente indebido enriquecimiento para el acree-

(19) ALTERINI, Atilio Aníbal "Responsabilidad civil", Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1970, p. 202; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Deudas de dinero y deudas de valor. Alcances de la distinción y posibilidad de suprimirla", en LA LEY, 149-952; CASIELLO, Juan José, "Los intereses y la deuda de valor", en LA LEY, 151-864; DURANOÑA y VEDIA-QUINTANA TERAN, ob. cit. en JA, 7-1970, ps. 332 y sigtes.; MORELLO-TROCCOLI, "La tasa del interés" cit. en "Derecho Privado Económico" cit., ps. 380 y sigtes.; MOLINARIO "Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas" cit. en ED, t. 43, p. 1155; MOSSET ITURRASPE, Jorge "Responsabilidad por daños", Bs. As., Ediar, 1971, t. I, p. 280; ídem "Carácter de la indemnización por daño moral y tasa de interés computable en las deudas reajustadas", en JA, 26-1975, p. 18; ídem "Solicitud de reajuste por desvalorización monetaria", en JA, 21-1974, p. 116; RAY, José D. "Los intereses y la compensación por desvalorización monetaria" en LA LEY, 1975-B, 818; RODRIGUEZ MANZINI, Jorge, "Actualización de créditos laborales", en JA, Doctrina 1975, p. 182; VAZQUEZ VIALARD, Antonio "Monto de los intereses sobre las sumas reajustadas por el Tribunal del Trabajo" en JA, 28-1975, ps. 411 y sigtes.; etc.

(20) Entre otros, fallos de: CS, 18/8/71, "Gov. Nacional c. Juejati", LA LEY, 144-613, (27.653-S); CNCiv., sala B, 4/2/75, "Municip. Cap Fed. c. Capurro", LA LEY, 1976-A, 528, Jurispr. Agrup. N° 1807; id. 6/9/68, "Pérez c. Voloch", LA LEY, 136-1098 (22.305-S); ídem sala C, 4/3/74, "Nerini c. Rodríguez", ED, 65-638, sum. N° 811; ídem sala D, 18/8/72, "Merbilháá c. Instituto Médico Pirovano", ED, 45-424, en nota, sums. 1-3; etc.

(21) MOLINARIO, ob. cit. en E.D. t. 43, ps. 1155 y sigtes.

dor (22). Siendo por ello que, luego de proponerse distintas soluciones, finalmente se buscó el correctivo por la vía de establecer tasas de interés inferiores a las corrientes en plaza, llegándose así a la fijación de un interés estimado como "puro" o propio de épocas económicas de normalidad y correspondiente a una moneda vigorizada, que por lo tanto no contuviese en sí mismo la cobertura del riesgo de la depreciación monetaria (23). Evolución ésta que fuera adecuadamente sintetizada en un pronunciamiento en el que se lee: "Es valor entendido en nuestra jurisprudencia que, demandado el pago de una suma de dinero, si se la reajusta judicial o contractualmente mediante los correctivos de la depreciación monetaria, los intereses compensatorios deben reducirse a una tasa de 'interés puro', expresión ésta que se emplea para oponerla a la de 'interés bancario' cuyas elevadas tasas habituales de descuento comprenden el precio del uso del dinero más un premio de depreciación" (24).

(22) CNCiv., sala A, 22/5/74, "Castaño de Botta c. Empr. Transportes 270", ED, 57-251; ídem sala B, 28/2/75, "Buchhalter c. Carvial SA", ED, 60-526; ídem sala C, 29/5/74, "Fiumera c. Goldschmidt", E.D., 60-161; ídem sala E, 16/7/76 "Municip. Capital c. Olivera Romat", Repertorio LA LEY, XXXVII, A-1, 586, N° 261; ídem sala F, 28/6/74, "Argos Cía. de Seguros c. Irastolsa", ED, 58-661; SCBA, 14/9/76, "Gulli c. Diorio", LA LEY, 1978-A, 607 (34.448-S); íd. 22/3/77, "Piatti c. Pcia. de Bs. As.", Repert. LA LEY, XXXVII, J-Z, 1372, N° 252; íd. 26/11/74, "Gutiérrez c. Cía. Embotelladora Argentina", LA LEY, 1975-A, 537; etc.

(23) CS, 11/3/74, "Tawil c. Teisaire", JA, 23-1974-67; íd. 30/8/72, "La Razón c. Gob. Nacional", ED, 47-321 y LA LEY, 148-223; íd. 16/8/72, "Gob. Nacional c. Rodríguez de Moldes", ED, 46-502 y LA LEY, 148-191; CNCiv., sala A, 15/9/72, "Gómez c. Orfali", LA LEY, 149-431; íd. 12/2/74, "Fernández Beschted de Naveira c. Munic. de Bs. As.", ED, 54-256; ídem sala C, 5/9/74, "Atucha de Urquiza Anchorena c. Municip. de Bs. As.", ED, 58-476; íd., 30/8/74, "F. B. J. c. G., J. C.", ED, 57-248; ídem sala D, 31/7/74, "Capital Cía. Argentina de Seguros Generales SA c. Russo", ED, 57-512; íd. 10/10/68, "Torosian c. Causade de Barrere", ED, 25-676 y LA LEY, 139-763 (24.044-S); ídem sala E, 4/10/74, "Civale de Yelicie c. Rodríguez", ED, 57-499; Cám. Civ. Com. Rosario, sala II, 19/12/68, "Borras c. Pcia. Santa Fe", LA LEY, 135-1200 (21.546-S); íd. 10/6/69, "Kroster c. Vidal", LA LEY, 140-759 (24.643-S); íd. 23/9/69, "Ruddas c. Biblioteca Constancio C. Vigil", LA LEY, 138-83; ídem sala IV, 18/10/68, "Leiva de Santamaría c. Fies", LA LEY, 135-1114 (20.938-S); etc. Igualmente el voto de ocho camaristas (doctores Vocos, Escuti Pizarro, Jorge H. Alterini, Coghlan, Gnecco, Quiroga Olmos, Durañona y Vedia y Yañez), en el "plenario" de la Cámara Nacional en lo Civil del 28/7/76, "Consorcio Talcahuano 1278 c. Houbey", LA LEY, 1976-C, 175.

(24) Cám. 1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, sala I, 14/8/84, "Compañía Financiera del Sur argentino c. Bohoslavsky", LA LEY, 1985-A, 285.

IV. Los intereses a partir de la ley 23.928

La liquidación de intereses ha cobrado nueva y especial importancia desde que entrara en vigor la 23.928 (Adla, LI-B, 1752), que dispuso la convertibilidad del austral, restableció entre nosotros el principio nominalista y prohibió en sus arts. 7º y 10 cualquier forma de actualización monetaria “con posterioridad al día 1º de abril de 1991” (25). En efecto, estando absolutamente vedada la indexación de las deudas dinerarias, la prestación de intereses, cuyo régimen también fue considerablemente modificado por dicha ley” (26), puede constituir un medio útil de defensa ante un eventual recrudecimiento del proceso inflacionario; aunque para poder cumplir eficazmente dicha finalidad su tasa o monto debería ser positivo, es decir exceder cuando menos del porcentual de inflación, para que sumados el capital y sus intereses permitan obtener una cantidad de dinero que conserve intacto el poder adquisitivo histórico del monto originario (27)”.

Así, ocurriendo a los “intereses”, se procuró paliar en alguna medida el avasallamiento de la “cosa juzgada” resultante de lo dispuesto en el art. 8º de la ley 23.928 y de su igual del decreto reglamentario 529/91, (Adla, LI-B, 1816), que estableciera: “Las liquidaciones practicadas o a practicarse por aplicación de sentencias firmes o recurridas, se convertirán a australes por el régimen de la ley 23.928 en la forma resultante de la actualización que se hubiese dispuesto o se disponga en el futuro hasta el 1º de abril de 1991, en las condiciones establecidas por la ley y por la presente reglamentación”. Y en este sentido la Cámara Nacional del Trabajo de Capital Federal en pleno, decidió por res. Nº 6 del 10 de abril de 1991, que sin perjuicio de la prohibición de actualización de los cré-

(25) Sobre este tema puede verse, entre otros, nuestros trabajos: “Congelamiento y desindexación de deudas en la ley de convertibilidad del austral” en LA LEY, 1991-C, 1070; “Nominalismo, prohibición de actualizar deudas y desindexación en la ley 23.928” en “Convertibilidad del Austral. Estudios Jurídicos. Segunda Serie”, Coordinación de Luis Moisset de Espanés, Bs. As., Ed. Zavallía, 1991, ps. 22 y sigtes.; y “La ley de convertibilidad a un año y medio de su vigencia” en LA LEY, 1992-D, 1081.

(26) TRIGO REPRESAS en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. III, “Addenda al tomo II”, p. XXIII, Nº 795 bis.

(27) ALTERINI, Atilio Anibal, “El reajuste de las deudas dinerarias mediante los intereses” en el Nº 4 de “La Revista del Foro de Cuyo”, 1992, ps. 37 y sigtes., Nº 6.

ditos nacidos de sentencias firmes, los mismos debían ser sometidos a la tasa de interés resultante del promedio mensual de la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales.

Empero, más adelante el art. 10 del dec. 941 del 15 de mayo de 1991 (Adla, LI-B, 1940), dispuso un agregado al art. 8º del decreto reglamentario 529/91, que reza: "En oportunidad de determinar el monto de la condena en australes convertibles, el juez podrá indicar la tasa de interés que regirá a partir del 1º de abril de 1991, de modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia". Y dicha tasa debería ser en rigor la "activa", tal como lo resolviera el prealudido plenario de la Cámara Nacional del Trabajo, o sea la que cobra el Banco a los tomadores de crédito, que siempre es superior a la "pasiva" que el Banco paga a los ahorristas o depositantes. Además ello es lo que corresponde, conforme lo ha entendido nuestra doctrina y jurisprudencia, con ajuste a lo establecido en el art. 565 del Cód. de Comercio, que expresa que siempre que en la ley o en la convención se hable de intereses de plaza o corrientes, deben tenerse en cuenta los que cobra el Banco de la Nación; siendo por otra parte lo lógico y razonable, dado que será a dicha tasa a la que deberá recurrir y pagar el acreedor, si por no haber contado con su dinero en tiempo propio por el retardo en el cumplimiento del deudor, debe a su turno recurrir a tomar un préstamo bancario (28). Y esto, precisamente, fue lo resuelto en algunos pronunciamientos de nuestros tribunales, tales como sendos fallos de las salas C (29) y M de la Cámara Nacional en lo Civil (30), respectivamente; uno de la sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial (31); y otro de la sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro (32). Asimismo, en las "Primeras

(28) PEREZ CROCCO, Carlos A., "La tasa del interés y la ley 23.928" en "Convertibilidad del austral. Estudios Jurídicos. Segunda serie", cit., ps. 152 y sigtes., Nº 3.4, y ps. 157 y sigtes., Nº 5.3.

(29) 2/12/91, "Giménez c. Madroñal", LA LEY, 1992-B, 407.

(30) Del 17/10/91, citado por POCLAVA LAFUENTE, Juan C., en "Convertibilidad e intereses", LA LEY Actualidad, diario del 16/7/92, p. 2, Nº 1.

(31) 8/5/92, "Citibank N.A. c. Bellovard Uriburu", LA LEY, 1992-C, 139.

(32) 2/9/91, "Banco de la Pcia. de Buenos Aires c. Acosta", citado por POCLAVA LAFUENTE, ob. cit. en LA LEY Actualidad, diario del 16/7/92, p. 2, Nº 1.

Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial” de Bahía Blanca, celebradas del 19 al 21 de setiembre de 1991, se concluyó en este sentido que el juzgador debía fijar una tasa positiva para mantener incólume el contenido económico de las sentencias —Despacho de la Comisión 2, punto III, número 1— (33).

V. La tendencia jurisprudencial por la aplicación de la tasa “pasiva”

Sin embargo, como el último párrafo también agregado al art. 8° del dec. 529/91 por el dec. 941/91, habla de que: “El Banco Central de la República Argentina deberá publicar mensualmente la tasa de interés pasiva promedio que los jueces podrán disponer que se aplique a los fines del art. 622 del Cód. Civil”; otra tendencia jurisprudencial decidió que es la tasa de interés pasiva promedio la que debe tenerse en cuenta, solución ésta adoptada entre otros por: la Suprema Corte de Buenos Aires en dos pronunciamientos del 21 de mayo de 1991 (34), la sala G de la Cámara Nacional en lo Civil el 23 de agosto de 1991 (35); y la Cámara en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Bell Ville del 16 de octubre de 1991 (36).

Esta última fue también la solución adoptada por la Corte Suprema Nacional, a partir de su fallo del 3 de marzo de 1992 en los autos “Y.P.F. c. Provincia de Corrientes”, en el cual, además de hacerse eco de lo establecido en el último párrafo agregado al art. 8° del dec. 529/91, reglamentario de la ley 23.928, por el art. 10 del dec. 941/91, se sienta como doctrina que: “la desindexación perseguida por la ley de convertibilidad mediante la supresión, en general, de los procedimien-

(33) “Conclusiones” de las “Primeras Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial en homenaje al doctor Adolfo Pliner”, Bahía Blanca, Ed. de la Universidad Nacional del Sur y la Universidad Notarial Argentina, p. 8.

(34) Autos: “Cuadern c. Sagedico SA” y “Zgonc c. Asoc. Atlético Villa Gessell”, Acuerdos y Sentencias 1991-I, 773 y 789 respectivamente; criterio luego reiterado entre otros en fallos del 14/11/95, “Campos c. Municip. de La Matanza”, DJBA, 150-604 y 23/11/93, “Gómez c. Curatitoli”, DJBA, 146-505 y DJ, 1994-1-830.

(35) Autos “Alcalde de Ferrante c. La Nueva Metrópol SA de Transporte Automotor”, JA, 1992-I, p. 178.

(36) Autos “Cooperativa Agrícola Ganadera Limitada de Inrville c. Del Blanco”, LLC, 1992-436.

tos de actualización sustentados en la utilización de indicadores, quedaría desvirtuada por la aplicación de la tasa de interés activa, ya que ésta, especialmente a partir de la vigencia de la nueva ley, ha superado sustancialmente a los índices de precios..., por lo que no mantiene incólume el contenido económico sino que genera en el patrimonio del acreedor un enriquecimiento incausado”, y que: “El daño debe liquidarse mediante la aplicación de la tasa bancaria pasiva, que es la que constituye la consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento de la obligación, dado que tal tasa pasiva es la que el accipiens habría obtenido aplicando el capital en una inversión generadora de renta, de haberle sido restituído aquél en tiempo oportuno” (37). Habiendo sido luego reiterado dicho pronunciamiento en otros fallos ulteriores del mismo año (38).

Ahora bien, después de los prealudidos fallos de la Corte Suprema del año 1992, la Cámara Nacional del Trabajo, por Acta N° 2100 del 24 de junio de 1992, adaptó el art. 6° de su res. 6/91 a ese criterio del Superior Tribunal, modificando el mismo de la siguiente manera: “a partir del 1/4/91 se aplicará la tasa pasiva de interés mensual promedio publicada por el Banco Central de la República Argentina en cumplimiento del art. 10 del dec. 941/91” (39).

Y a su turno, la Cámara Nacional en lo Civil en pleno resolvió el 2 de agosto de 1993, que en virtud de la aplicación de la ley 23.928, los intereses moratorios deben liquidarse, en ausencia de convención o de leyes especiales, según la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina, de acuerdo a lo previsto por el art. 8° del dec. 529/91, modif. por el dec. 941/91 (40).

(37) LA LEY, 1992-B, 216 y ED, 146-337.

(38) 19/5/92, “Entidad Binacional Yaciretá c. Provincia de Misiones”, LA LEY, 1993-E, 167 y 10/6/92, “López c. Explotación Pesquera de la Patagonia SA”, LA LEY, 1992-E, 48 y ED, 148-391.

(39) POCLAVA LAFUENTE, ob. cit. en LA LEY Actualidad, diario del 16/7/92, p. 2, N° VII.

(40) Autos “Vázquez c. Bilbao”, LA LEY, 1993-E, 126.

VI. La tendencia jurisprudencial por la aplicación de la tasa "activa"

En cambio distintas Salas de la Cámara Nacional en lo Comercial insistieron siempre en la aplicación de la tasa activa siempre que se tratara de operaciones bancarias y financieras (41). Hasta que finalmente ese mismo tribunal en su fallo plenario del 27 de octubre de 1994, en autos "La Razón S.A. s/ quiebra" (42), resolvió que: al margen de los créditos propios de entidades financieras, en ausencia de convención o de leyes especiales, no procede por aplicación de la ley 23.928 fijar a partir del 1º de abril de 1991 el interés a tasa pasiva; el art. 10 del dec. 941/91 sólo menciona una posibilidad y no un deber para los jueces. Habiéndose expedido más recientemente en similar sentido, la Cámara 1ª Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I (43), al decidir que: "la desmesurada extensión de la facultad revisora de los intereses, limitándola a la tasa pasiva en todos los casos, llevaría a su aplicación a toda deuda, lo que incluiría las obligaciones comerciales maguer lo dispuesto en el art. 565 del Cód. de Comercio, las civiles pese a lo previsto en los arts. 621 y 622 del Cód. Civil, las fiscales contra lo dispuesto en las leyes particulares y ordenanzas vigentes, y hasta la nueva ley de cheques, posterior a la de convertibilidad, lo que no es admisible que pueda ocurrir".

Pero a su turno, aquel precitado fallo de nuestro Superior Tribunal propiciando la aplicación de la tasa pasiva, estuvo muy lejos de constituir un precedente jurisprudencial de acatamiento obligatorio para los tribunales inferiores, atento que de sus nueve miembros componentes, fue solamente en el voto conjunto de cuatro de ellos —Levene, Fayt, Barra y Nazareno—, en donde se efectuaran tales consideracio-

(41) CNCom., sala A, 30/12/93, "Banco del Buen Ayre SA c. Pellegrino", LA LEY, 1994-C, 277; íd. 11/11/93, "Banco de la Pcia. de Bs. As. C. Rabino", ED, 160-535; ídem sala B, 29/12/93, "Banco de la Pcia. de Bs. As. c. Corgo", LA LEY, 1995-C, 674, J. Agrup. 10.289; ídem sala D, 31/5/94, "Banco de la Ciudad de Bs. As. c. Garbuglia", JA, 1994-IV-731; íd. 29/5/92, "Banco de Galicia y Bs. As. c. Herrera Vega", LA LEY, 1993-A, 15; íd. 4/3/92, "Banco Pcia. de Bs. As. c. Rodríguez Rey", ED, 146-136; ídem sala E, 1/7/94, "Banco Ciudad de Bs. As. c. Botey", LA LEY, 1995-C, 674, J. Agrup. 10.291; íd. 28/10/93, "Victoria Cía. Seguros SA c. Annecchini", LA LEY, 1994-C, 674, J. Agrup. 10.288; etc. Y en igual sentido, entre otros: CCiv. y Com. Junín, 5/8/93, "Meza c. Scarinche", ED, 157-112; CCiv. y Com. Rosario, sala IV, 16/2/98, "Banco Comercial Israelita c. Parasol soc. de hecho", LLLitoral, 1998-2-1119.

(42) ED, 160-205 y LA LEY, 1994-E, 412.

(43) 15/9/98, autos "Capitán c. Latina", LLBA, 1999-704.

nes; en tanto que en los votos en disidencia parcial de Cavagna Martínez y Boggiano se optó por la imposición de la tasa pasiva, simplemente en ejercicio de la atribución conferida por el art. 622 del Cód. Civil sin entrar en ningún tipo de fundamentación, y en el minoritario conjunto de Petracchi, Belluscio y Moliné O'Connor, se prefirió la tasa activa "que percibe el Banco de la Nación argentina en sus operaciones ordinarias de descuento". Y a mayor abundamiento, como bien lo señalara Casiello, no se puede pretender, como lo hiciera la Corte Suprema en el fallo que nos ocupa, que la tasa pasiva de interés constituye una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento del deudor y que en cambio la tasa activa sería sólo una consecuencia mediata; ya que en rigor, el "lucro cesante" de que se ve privado el acreedor a quien no se le paga en tiempo propio, "no puede ser medido por la 'tasa' que él hubiera obtenido de los bancos, desde que los Bancos son intermediarios del crédito y entonces han de pagar a los depositantes un menor interés del que ellos cobrarán luego a sus clientes prestatarios. Y este interés, el que cobran los bancos, puede ser obtenido fácilmente por el titular del dinero en función de oferente directo en el mercado de capitales. Por lo demás, no se puede pretender restringir las ventajas de la tenencia de un capital al solo interés que se conseguiría por darlo en mutuo oneroso, puesto que es obvio que en una economía capitalista el dinero siempre es fructuoso, y puede volcarse directamente, en empresa propia, a la producción de bienes; con lo cual se podría conseguir, seguramente, una mayor ganancia. O sea en suma que en nuestro entender, lo dispuesto en el último párrafo del art. 8º del decreto reglamentario de la ley 23.928, 529/91, según agregado del art. 10 del dec. 941/91, al establecer que el Banco Central debe "publicar mensualmente la tasa de interés pasiva promedio que los jueces podrán disponer que se aplique...", sólo "ha consagrado una posibilidad y no un deber para los jueces, tal como lo resolviera el premencionado fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial del 27 de octubre de 1994 (44); razón por la cual éstos se encuentran autorizados para optar, según los casos y sus circunstancias fácticas, por la aplicación de la tasa 'activa' o la 'pasiva', no estando obligados, ni muchos menos, a aplicar siempre esta última". Es más, la aplicación de tal tasa "pasiva" puede, quizá, resultar razonable en los supuestos de conducta procesal maliciosa y para la determinación del interés "sancionatorio" o "penal" previsto en

(44) Ver supra nota 42.

el último párrafo del art. 622 del Cód. Civil, que puede llegar, sumando intereses compensatorios y moratorios, hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios; no teniendo en cambio porqué vincularse este último párrafo con el precedente del mismo art. 8º del decreto reglamentario 529/91, que se limita a facultar a los jueces para "incluir la tasa del interés que regirá a partir del 1º de abril de 1991, de modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia", y máxime si la tasa pasiva resulta ser inferior al incremento de la inflación, ya que entonces mal podría mantenerse incólume dicho contenido económico. En este sentido, en las "Primeras Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial", celebradas en Bahía Blanca del 19 al 21 de setiembre de 1991, se concluyó que el juzgador debía fijar una tasa positiva para mantener incólume el contenido económico de las sentencias, añadiéndose que las "tasas efectivas" (es decir, las que resultan del interés compuesto, o capitalización de intereses, o anatocismo), no eran incompatibles con tal solución —Despacho de la Comisión 2, punto III, N° 1—.

Además, finalmente la propia Corte Suprema resolvió el 17 de mayo de 1994 en los autos "Banco Sudameris c. Belcam S.A." (45), que: "La determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del Cód. Civil, como consecuencia del régimen establecido por la ley 23.928, queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión". Vale decir que se vino a sentar como nueva jurisprudencia del tribunal, lo que constituía la anterior posición minoritaria de cuatro de sus jueces, Petracchi, Belluscio, Moliné O'Connor y Nazareno, en el fallo recaído en los autos "Lopez c. Explotación Pesquera de la Patagonia S.A." (46), en el cual la Corte reiterara su anterior postura en el caso "Y.P.F. c. Provincia de Corrientes" (47), criterio al cual se vinieron a sumar después de su incorporación al tribunal los nuevos ministros

(45) La Ley, 1994-C, 30, con nota de POCLAVA LAFUENTE, Juan C., "Abandono de la tasa pasiva", ps. 27 y siguientes.

(46) Ver supra nota 38.

(47) Ver supra nota 37.

Bossert y López, con quienes se logró así la nueva mayoría; fundamentándose por lo demás la nueva doctrina de la Corte, mediante una simple remisión al entonces voto minoritario en disidencia en el aludido caso "López". Siendo obvio que con este nuevo entendimiento ya no resulta ineludible la aplicación de la tasa pasiva, y que ha quedado la puerta abierta para que los jueces puedan aplicar la tasa que consideren más razonable en los distintos casos que deban resolver. Por otra parte más recientemente, la Corte Suprema ha vuelto a reiterar, también por mayoría, esta última solución con fecha 15 de diciembre de 1998 (48).

VII. Estado actual de la jurisprudencia sobre tal cuestión

Empero todavía en la actualidad nuestra jurisprudencia aparece dividida. Hay tribunales que aplican la tasa activa: tales las distintas Salas de la Cámara Nacional en lo Comercial (49); inclusive tratándose de obligaciones en moneda extranjera (50). Y en igual sentido: las salas II y III de la Cámara Nacional en lo Federal, Civil y Comercial (51); la sala penal del Tribunal Superior de Córdoba (52); la Cámara 8ª Civil y Comercial de

(48) Autos: "S. M. C. c. Provincia de Buenos Aires", LA LEY, 1999-D, 534 y ED, 182-742 en los cuales a su vez se trae la cita de otro fallo de ese mismo Tribunal del 23/12/97, "in re" "Fernández Kulisek e Hijos SRL c. Pcia. de Bs. As."

(49) Sala A, 29/10/99, "Mercedes Benz SA c. Sosa", DJ, 2000-2-766; ídem sala B, 29/3/96, "Deutsche Bank Argentina SA c. Graciano", LA LEY, 1996-D, 367; ídem sala C, 2/4/92, "Méndez c. Línea 126", LA LEY, 1993-A, 575, J. Agrup. 8662/63; ídem sala D, 22/6/95, "Coplinco SA s/ quiebra", JA, 1997-II-100 y LA LEY, 1997-B, 826, J. Agrup. 11.375; íd. 7/8/96, "Haines c. Inzeo", LA LEY, 1997-B, 350 y ED, 173-23; etc.

(50) Sala A, 10/9/96, "Automotores Haedo SA c. Raies", LA LEY, 1997-B, 827, N° 25, J. Agrup. 11.388; ídem sala E, 29/10/96, "Lamberti c. Mangione", DJ, 1997-1-1075 y LA LEY, 1997-B, 802 (39.409-S); íd. 8/9/95, "Ferry Líneas Argentinas SA c. Fasce SA", LA LEY, 1996-C, 802, J. Agrup. 10.960; íd. 24/2/95, "Aguilera c. Caja Nac. Ahorro y Seguro", LA LEY, 1996-C, 802, J. Agrup. 10.958; íd., 14/12/94, "La Meridional Cía. Seguros c. Aerolíneas Argentinas", JA, 1995-II-476.

(52) 4/4/2000, "Bosio, Silder C.R.", LLC, 2000-795.

Córdoba (53); la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, sala II (54); la sala I de la Cámara Civil y Comercial de Rosario(55); la sala III de la Cámara de Apelaciones de Concordia (56); la Cámara Civil y Comercial N° 2 de Corrientes (57); la Cámara de Apelación de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial (58); la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Posadas, sala II (59); la Cámara Civil y Comercial de Curuzú Cuatiá (60); la sala II de la Cámara del Trabajo de Resistencia (61); la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Rafaela (62); la Cámara 1ª Civil y Comercial de Santiago del Estero (63); la Cámara 1ª Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I (64); la Cámara Civil y Comercial de Quilmes, sala IIa. (65); la

(53) 15/3/93, "Francisco c. Madrial", JA, 1994-I-343.

(54) 19/3/92, "Balbi c. Mauro", Juris 89-561.

(55) 4/8/2000, "Coop. Agropecuaria de Pujato Ltda. C. Capaldi", LLLitoral, 2000-1383, [tribunal que poco antes se había expedido por la tasa pasiva, en fallo del 10/3/99, in re "S., J.A. c. Ruedas Simetal SA" (LLLitoral, 1999-938 y en LA LEY, 2000-B, 858 (42.534-S))]; ídem 26/12/97, "Atuel Fideicomisos SA c. Gronda", LLLitoral, 1999-237; íd. 16/8/94, "Banco Mayo Coop. Ltda. c. Uberti", DJ, 1995-1-739; íd. 2/8/94, "Banco Mayo Coop. Ltda. c. Kischitzky", DJ, 1995-1-248; íd. 1/7/94, "Banco Aliancoop Coop. Ltda. C. Santi", DJ, 1995-1-171; íd. 2/8/94, "Banco Mayo Coop. Ltda. c. Taraborrelli", DJ, 1995-1-475; íd. 10/6/94, "Sauan e Hijos SA c. The Chase Manhattan Bank", LA LEY, 1995-C, 610.

(56) 26-2-99, "Rossi de Galárraga c. Pcia. Entre Ríos", LLLitoral, 2000-503.

(57) 30/4/99, "Municip. de Corrientes c. Pori", LLLitoral, 2000-712.

(58) 24/4/97, "Angelini c. Banco de Entre Ríos", JA, 1998-I-6 y LA LEY, 2000-B, 844 (42.488-S); ídem 22/8/96, "Farabello c. Gaona de Fernández", LLLitoral, 1997-957.

(59) 3/4/97, "García Brisky y Santamaría SA c. Karabyn de Mazur", LLLitoral, 1998-2-278.

(60) 15/10/97, "López c. Guglielmone Fernández", LLLitoral, 1998-2-250.

(61) 13/5/96, "Niveyro c. Municip. de Barranqueras", LLLitoral, 1997-232.

(62) 27/12/96, "Villalba c. Ferreira", LLLitoral 1997-1017.

(63) 15/5/96, "Banco Platense c. Hache", LA LEY, 1997-C, 109.

(64) 21/4/93, "La Victoria Coop. Agrícola Ltda. C. Dipar SA", ED, 158-232 y J.A., 1994-III-269.

(65) 25/10/96, "Banco Río de la Plata SA c. Suárez", ED, 175-428 y LLBA, 1998-409; ídem, 23/11/94, "Banco Credicoop Coop. Ltda. c. Alia", LLBA, 1995-216.

Cámara Civil y Comercial de San Martín, sala 1ª (66); la Cámara Federal de San Martín, sala 1ª —siempre que el actor invoque y pruebe que a causa de la conducta del deudor, debió recurrir al crédito para suplir el incumplimiento, ya que de lo contrario correspondería la tasa pasiva— (67); la Cámara Civil y Comercial de Junín (68); la Cámara Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal de Zárate (69); la Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Caleta Olivia (70). E inclusive también la sala I de la Cámara Nacional en lo Civil, tratándose de una multa o cláusula penal, entendiéndose que no vulnera la moral y buenas costumbres, fijar como interés punitivo la tasa activa del Banco Nación (71).

Otros en cambio se inclinan por la tasa pasiva: en general las distintas salas de la Cámara Nacional en lo Civil (72); en su momento la sala C de la Cámara Nacional Comercial (73); la Cámara Nacional Federal Civil y

(66) 25/10/94, "Banco Cooperativo de Caseros Ltda. c. Juárez", LLBA, 1995-233.

(67) 20/9/96, "Dir. Nac. Vialidad c. Vertone", LA LEY, 1997-A, 263.

(68) 23/12/94, "Cisnero c. Petrella", por mayoría, LLBA, 1995-1063; íd. 28/4/94, "Lapuente c. Agrotécnica Rojas SRL", LLBA, 1994-79; íd. 5/8/93, "Meza c. Scarinche", ED, 157-112.

(69) 22/12/98, "Arteza SA c. Dfáz", LLBA, 1999-745.

(70) 13/8/92, "Barría c. Empr. Geomater", ED, 143-179 y DJ, 1993-1-341.

(71) 13/2/97, en autos "Ure c. Ruiz", LA LEY, 1997-E, 1069, J. Agrup. 12.038.

(72) Sala A, 10/11/99, "B. de P. M. B. C. Bagley SA", RC y S, 2000-527; Rep. LA LEY, 2000-A, 1438, sint. N° 89; íd., 30/5/95, "Consorcio Propietarios Santo Tomé 3049/51 c. Centro Suboficiales retirados de Ejército y Aeronáutica", LA LEY, 1997-D, 886, J. Agrup. 11.832; ídem sala B, 17/2/94, "D., M. M. c. R., H. A.", LA LEY, 1994-C, 275; ídem sala C, 20/9/99, "Sánchez c. Transp. Saavedra SA", RC y S, 2000-867; Rep. LA LEY, 2000-A, 1438, N° 91; íd., 5/10/93, "Eslejer c. Minissale de Moranchele", LA LEY, 1994-B, 397; íd., 18/3/97, "Guntín c. Ortíz", LA LEY, 1997-E, 1070, J. Agrup. 12.040; ídem sala E, 3/3/97, "Censori c. Jiménez", LA LEY, 1997-D, 886, J. Agrup. 11.827; íd. 5/9/96, "Urquiola Serrano c. Nuñez", DJ, 1997-1-926; ídem sala F, 25/4/96, "Torres c. Ciudad de San Fernando SA", LA LEY, 1997-E, 1069, J. Agrup. 12.031; íd. 14/10/96, "Davor SRL c. Sadover", LA LEY, 1997-C, 241; ídem, sala I, 29/8/96, "García de Del Canto c. Beloni", LA LEY, 1997-E, 1070, J. Agrup. 12.032; íd. 15/10/96, "Sosa c. Torres", LA LEY, 1997-E, 1071, J. Agrup. 12.044; ídem sala K, 16/9/99, "Quinteros c. Línea 159 Microómnibus Quilmes SA", RC y S, 2000-866; Rep. LA LEY, 2000-B, 1439, N° 94; íd. 25/8/99, "Toranzos c. Empr. Ciudad de San Fernando Línea 371 SA", LA LEY, 2000-D, 900 (42.978-S); ídem sala M, 18/5/94, "Prenova c. Asociación de la Escuela Primaria Nro. 3", LA LEY, 1995-A, 376.

(73) 26/5/94, "La Holando Sudamericana Cía Seg. C. Estévez", LA LEY, 1994-D, 79; íd., 26/8/93, "Cosecha Coop. Seg. C. Paredes", LA LEY, 1994-B, 528; íd. 6/4/93, "Frontelli c. La Austral Cía. Seg.", LA LEY, 1993-C, 208.

Comercial (74); la Cámara Nacional del Trabajo, sala I (75); el Superior Tribunal de Corrientes (76); la Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala I (77); la Suprema Corte de Buenos Aires reiterando su inicial postura sobre la cuestión (78); la Cámara Civil y Comercial de Junín (79); la Cámara 1ª Civil y Comercial de Mar del Plata en pleno (80); la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II (81); la Corte Suprema de Santa Fe (82); la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto (83); la sala laboral del Tribunal Superior de Córdoba (84); la Cámara 7ª Civil y Comercial de Córdoba (85); la Cámara 2ª Civil, Comercial, de Minas y Trabajo de Catamarca (86); etcétera.

En fin otros han resuelto, como la sala IIa. de la Cámara del Trabajo de Resistencia, que por ser en su entender lo más equitativo, la tasa del interés habría de ser una intermedia resultante de promediar la tasa activa y la pasiva aplicadas por el Banco Nación (87); o bien, como la sala civil y

(74) Sala II, 29/4/94, "Radiodifusora Buenos Aires SA c. Aerolíneas Argentinas", LA LEY, 1994-C, 515; íd. 11/11/94, "Boras c. Segba", LA LEY, 1995-C, 189 y en igual fecha "Centro Nefrológico Zárate SRL c. Osecac", DJ, 1995-2-530; ídem sala III, 6/5/94, "Cabral c. CNAS", LA LEY, 1995-C, 673, J. Agrup. 10.278.

(75) 8/9/92, "Almirón c. Cía. Argentina de Estibajes Industrial y Comercial SA", JA, 1994-I-701.

(76) 8/6/98, "M., E. c. C., E. e Intemec SA", LLLitoral, 1998-2-1044.

(77) 10/3/99, "S., J.A. c. Ruedas Simetal SA", -tratándose de una indemniz. de daños-, LLLitoral, 1999-938; ídem 20/3/97, "Banco Crédito Argentino c. Zapata", LLLitoral, 1997-1032.

(78) Fallos del 14/11/95, "Campos c. Municip. de La Matanza", DJBA, 150-604; íd. 23/11/93, "Gómez c. Curatitoli", DJBA, 146-505 y DJ, 1994-1-830.

(79) 18/8/94, "Ochoa c. Alonso", J.A., 1995-IV-169.

(80) 18/4/96, "Banco Quilmes c. Ojea", LLBA, 1996-508 y DJBA, 150-2775.

(81) 2/8/94, "Sanchez c. Micro Omnibus Mitre - Línea 518-", LLBA, 1994-694.

(82) 29/7/92, "Piccioni c. Municip. de Santa Fe", Juris 89-8.

(83) 30/7/92, "Boyle c. Regidor", Juris 89-205.

(84) 24/11/92, "Luna c. Taibi", LLC, 1993-90; íd. 30/3/93, "Díaz c. Direcc. Pcial. de Arquitectura de Córdoba", LLC, 1993-811.

(85) 29/3/93, "Etam SA c. Pcia. de Córdoba", LLC, 1993-743.

(86) 30/11/98, "Ortega c. Carrizo", LLNOA, 1999-401.

(87) 12/6/97, "Echavarría c. Micillo", LLLitoral, 1997-893.

comercial del Tribunal Superior de Córdoba, que constituye un justo punto de equilibrio incrementar en un uno por ciento (1%) la tasa pasiva en concepto de multa, siempre que esta sumada al interés compensatorio no supere el monto de la tasa activa, lo cual sería así en razón de que la pasiva en realidad no alcanza a brindar adecuada compensación al dueño del capital y a su turno la activa está integrada por otros ingredientes del sistema financiero que la descalifican en la realidad económica del momento (88); habiéndose resuelto asimismo por la sala C de la Cámara Nacional en lo Civil en materia de expensas comunes, que la tasa pasiva importa un beneficio indebido para el deudor, habiéndose fijado en consecuencia una tasa del 20% anual en concepto de mora (89); etcétera.

VIII. Régimen originario de capitalización de intereses de nuestro Código Civil

Es sabido que el anatocismo, interés compuesto o capitalización de intereses, es el que consiste en sumar a una deuda de dinero intereses ya devengados por la misma, para que juntos ambos vuelvan a su vez a producir nuevos intereses.

El anatocismo, prohibido en el derecho romano desde los tiempos de la República, estaba también vedado en principio en el primigenio texto del art. 623 de nuestro Código Civil, que rezaba: "No se deben intereses de los intereses". Y como fundamento de tal prohibición se mencionaba la circunstancia de que mediante tal acumulación de capital e intereses, la suma adeudada se podía llegar a incrementar exageradamente en muy poco tiempo, posibilitando llevar a la ruina al deudor así obligado al pago de un monto excesivo; todo lo cual explica el disfavor con que fuera tratada esa figura, que importaba en realidad uno de los medios más refinados de usura (90). Consecuentemente, también se había entendido en general, que el aludido principio del art. 623 del

(88) 19/4/94, "Ferrari c. Martínez", LLC, 1994-693.

(89) 14/3/96, "Consortio de Propietarios Los Cardales Country Club c. Fernández Durán", LA LEY, 1997-A, 369, J. Agrup. 11.208.

(90) AMEAL, Oscar José, en el "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Bs. As., Astrea, 1981, t. 3, art. 623, p. 132, § 2; BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones" cit., t. I, p. 408, N° 494; CAZEAUX en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 296, N° 794; LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las obligaciones" cit., t. II, p. 166, N° 1062.

Cód. Civil era de orden público; por lo que salvo las excepciones autorizadas, cualquier pacto de capitalización de intereses futuros no devengados era considerado nulo de nulidad absoluta (91).

No obstante, acto seguido aquella norma contemplaba igualmente dos excepciones a tal prohibición, en las que aceptaba la capitalización de intereses. La primera correspondía cuando mediaba una "obligación posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos (los intereses ya devengados) al capital"; lo cual aludía a una convención no sólo posterior a la obligación primitiva, sino ulterior asimismo al vencimiento de los intereses (92), explicándose por la circunstancia de que si el deudor no tuviese el dinero para poder pagarle a su acreedor el capital e interesases adeudados, de no llegar a un nuevo acuerdo con él se vería en la necesidad de obtener un préstamo de algún tercero a quien le debería a su vez los correspondientes intereses, de manera que se encontraría en una situación muy parecida a la contemplada y permitida en la ley.

La segunda versa sobre, "cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo"; supuesto que, se ha dicho, exige la concurrencia de tres requisitos: que medie una liquidación aprobada judicialmente, que se haya intimado su pago y que el deudor hubiese sido moroso en verificarlo (93); amén de que además sólo puede funcionar por una única vez, es decir que los intereses que se devengan de una suma

(91) BORDA, ob. cit. t. I, p. 408, N° 494; BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 325, N° 15 y p. 326, N° 18; CAZEAUX en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 298, N° 797; LAFAILLE, "Tratado de las obligaciones" cit., t. II, p. 168, N° 1062 "in fine"; REZZONICO, ob. cit., t. I, ps. 461 y sigtes.; SALVAT-GALLI, ob. cit., t. I, p. 445, N° 502; CNCiv., sala A, 27/3/92, "Martínez c. Papelera San Luis SRL", LA LEY, 1993-A, 76; fd. 17/10/89, "Pla de Ferrer Cajigal c. Consorcio Propietarios Arroyo 889/97", LA LEY, 1990-C, 61 y ED, 136-422; etc.

(92) AMEAL en el "Cód. Civil..." cit. de Belluscio-Zannoni, t. 3, p. 133, § 3-a); BORDA, ob. cit., t. I, ps. 498 y sigtes., N° 495; BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 331, n° 58; CAZEAUX en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS ob. cit., t. II, p. 297, N° 797; COLMO, Alfredo, "De las obligaciones en general", 3ª ed., Bs. As., Gmo. Kraft Ltda., 1944, p. 300, N° 437; DE GASPERI, Luis - MORELLO, Augusto Mario, "Tratado de derecho civil", Bs. As., Ed. Tea, 1964, t. II, p. 663, N° 1089; LAFAILLE, "Tratado de las obligaciones" cit., t. II, p. 167, N° 1062; REZZONICO, ob. cit., t. I, p. 462; SALVAT-GALLI ob. cit., t. I, p. 444, N° 58.

(93) Ver fallos citados en SALAS-TRIGO REPRESAS, "Código Civil anotado" cit., t. I, p. 328, art. 623, N° 5, nota 3, y t. 3, p. 818, "Actualización de jurisprudencia" art. 623, N° 5, nota 3 adde.

resultante de una liquidación judicial comprensiva de capital e intereses, no pueden volver a ser objeto, nuevamente, de ninguna otra ulterior capitalización (94).

Fuera de ello, tradicionalmente se aceptó entre nosotros que para que existiese anatocismo, la capitalización debía ser directa; atento que de haber sido un tercero quien hubiese pagado la deuda de capital e intereses, se venía a configurar una situación jurídica distinta, en la cual aquél pasaba a ser el nuevo acreedor del primitivo obligado y por el total de lo que hubiese realmente desembolsado, suma ésta que por lo tanto bien podía volver a producir intereses (95). Siendo esta precisamente la situación que se da en los casos del mandatario, el gestor de negocios o el fiador, que pagan con dinero propio una deuda de capital con más sus intereses, de su mandante o del dueño del negocio o del deudor principal, y tienen por ello entonces derecho a ser reembolsados de todo lo gastado y con más sus intereses retributivos que pudieran corresponder, desde el mismo momento de haber llevado a cabo su desembolso (arts. 1950, 2298 y 2030, Cód. Civil).

Y por otra parte es asimismo sabido, que en las cuentas corrientes bancaria y mercantil está permitida la capitalización trimestral de los intereses; la que se produce automáticamente en el primer caso (art. 795, Cód. de Comercio), requiriendo el segundo que exista entre las partes convención sobre el respecto (art. 788 del mismo Código). Aparte de que el art. 569 del mencionado Código mercantil, también prevé que: "Los intereses vencidos, pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial", como así que: "Producen igualmente intereses los saldos líquidos de las negociaciones concluidas al fin de cada año"; aunque con arreglo a esta preceptiva, la ausencia de un expreso convenio de capitalización de intereses derivados de la mora, permitiría impugnar cualquier capitalización que pudiera pretenderse (96).

(94) CNCiv., sala C, 21/6/90, "Consortio Bogotá 21 c. Romero", LA LEY, 1993-A, 578, J. Agrup. 8690.

(95) BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 324, N° 2 y 327, N°s 26 a 28; BORDA ob. cit., t. I, p. 410, N° 496; AMEAL en el "Cód. Civil..." cit. de Belluscio-Zannoni, t. 3, p. 131, art. 623, § 1.

(96) CNCom., sala A, 28/3/95, "Diners Club Argentina SA c. Maurandi", LA LEY, 1996-C, 804, J. Agrup. 10.979.

IX. Evolución en las épocas inflacionarias

Sin embargo, en los pasados tiempos de inflación y de pérdida del poder adquisitivo de nuestro signo monetario, se elevaron algunas voces reclamando la autorización del anatocismo (97). Y así se dijo que en rigor la prohibición del art. 623 del Cód. Civil tiene sólo un carácter relativo, atento que como admite en ciertos casos la capitalización de intereses, ello evidencia que la "ratio legis" no ha sido la de considerar a la misma como intrínsecamente disvaliosa y de vedarla por ley (98); y por sobre todo y muy especialmente, que en economías inflacionarias como lo fuera la de nuestro país, "no puede admitirse... que el anatocismo 'viole' el orden público, cuando la realidad es que su aplicación, en muchos casos, apenas cubre la integridad del capital", ni que sea injusto "toda vez que, al colisionar con una norma de jerarquía superior como es el art. 17 de la Constitución Nacional, lo que corresponde es declarar su inconstitucionalidad" (99). O sea en suma, que la prohibición del anatocismo vendría a implicar en los hechos una expoliación al acreedor, para quien así se tornaría no fructífera la cantidad acumulada de intereses impagos, y a la vez un insólito premio para el deudor moroso, quién como mínimo hubiera debido ser condenado al pago de los intereses que su acreedor tuvo que abonar o hubiese debido hacerlo a terceros, para obtener el capital del que se viera privado por dicha situación de mora (100).

Siendo por todo ello, que se había venido resolviendo por algunos de nuestros tribunales judiciales que: tratándose de mora en el pago sumas de dinero correspondientes a intereses devengados por un capital ya

(97) LOPEZ CABANA, Roberto M., en el "Código Civil..." cit. de Belluscio-Zannoni, 1995, t. 7, p. 911, "Ley 23.928", § 12; ESTEVEZ BRASA, Teresa M., "Los riesgos del anatocismo", LA LEY, 1976-D, 899 y sigtes.; MACIEL, Hugo D., "Capitalización de intereses", LA LEY, 1988-C, 156 y siguientes.

(98) CS, 2/3/82, "Viannini c. Obras Sanitarias Nación", LA LEY, 1982-C, 82.

(99) PALACIO, Lino E., "Hacia el fin del anatocismo", LA LEY, 1989-B, 788.

(100) CS, Santa Fe, 11/2/98, "Buyatti Saica c. Sampayo", LLLitoral, 1998-1-831; Cám. Federal Córdoba, sala B, 27/7/89, "Federación Médico Gremial de Córdoba c. Instituto Servicios Sociales Bancarios", LLC, 1990-144; Cám. Nac. Comercial, sala E, 14/12/88, "Bevilaqua c. Cavellas", LA LEY, 1989-C, 649, J. Agrup. 6321; íd., 29/6/88, "Metal Industrial SA c. Establecimientos Industriales Valerio González SA", LA LEY, 1989-A, 64; íd., 30/5/88, "Zani c. Reston", LA LEY, 1988-D, 506; íd., 22/2/88, "Virulana SA s/ Concurso preventivo, incidente revisión por Crédito Victoria SA", LA LEY, 1988-D, 347; íd., 15/4/87, "Banco Nueva Era Coop. Ltda. c. Parques Interama SA", LA LEY, 1988-C, 156; etc.

cancelado con anterioridad, las mismas también podían producir a su vez nuevos intereses capitalizables al tiempo de interposición de la demanda; en razón de que tales réditos devengados e independizados de su fuente dineraria, se transformaban a su turno en fuentes dinerarias autónomas, que bien podían devengar nuevas rentas sin contradecir lo dispuesto en el art. 623 del Cód. Civil, atento que estas últimas vienen a constituir la contraprestación por el uso de un capital ajeno (101); o que la referencia del art. 565 del Cód. de Comercio a las tasas que emplea el Banco Nación, no se limita al monto de las mismas, sino que comprende también la modalidad (capitalización de intereses) con que el cálculo se realiza, ya que de lo contrario quedaría desvirtuada la sustancia del sistema (102); o, en fin, que no existe anatocismo si se convino que en caso de mora del deudor, éste debería oblar intereses punitorios calculados sobre los servicios adeudados, ya que ello no implica capitalización sino añadir un nuevo tipo de interés a los otros ya adeudados, pero sin modificarse para nada el monto del capital productor de tales réditos (103).

Como igualmente se llegó a aceptar, ya con relación a lo dispuesto en la última parte del art. 623 del Cód. Civil, que la notificación de la sentencia constituye suficiente fundamento para autorizar la capitalización de intereses, en los términos de ese párrafo final, sin necesidad de una previa expresa constitución en mora del deudor (104).

(101) CS, 2/3/82, "Viannini c. Obras Sanitarias Nación", LA LEY, 1982-C, 82; CFed. en pleno, 29/7/78, "M., B. M. c. Dir. Parques Nacionales", LA LEY, 1978-C, 556; CNCiv., sala C, 12/3/93, "Rodríguez c. Diners Club Argentina SA", ED, 157-320; CNCom., sala A, 24/5/85, "Cía. Importadora de Aceros S.A. c. Ingeniería Auténtica S.R.L.", ED, 115-367 y LA LEY, 1986-A, 634 (37.133-S); ídem sala B, 24/9/98, "Campanario c. Plan Ovalo SA", LA LEY, 1998-F, 262 y ED, 180-540; íd. 31/10/97, "Manucat SA c. Vaca Olmos", ED, 180-503; ídem sala D, 30/8/83, "Establecimiento Klockner S.A. c. Felipe Nicolase e hijos" en "Obligaciones. Jurisprudencia comercial" de Ricardo Augusto Nissen en LA LEY, 1985-C, 670, N° 12; ídem sala E, 24/5/84, "Siam SA c. Aiolimax SRL", LA LEY, 1985-A, 263; íd. 10/3/87, "Código SA c. Gráfica Marconi SA", LA LEY, 1987-D, 138; CNCiv. y Com. Rosario, sala I, 27/9/94, "Ciribe c. Pcia. de Santa Fe", DJ, 1995-1-385; etc.

(102) CNCom., sala B, 15/4/93, "O., B.P.S. c. Optar S.A.", LA LEY, 1993-E, 65; íd. 6/3/92, "La Delicia Felipe Fort S.A. c. Mimmermann", LA LEY, 1993-A, 578, J. Agrup. 8692.

(103) CNFed. Civ. y Com., sala III, 24/8/94, "Arasa S.A. c. Y.P.F.", LA LEY, 1995-A, 361 y JA, 1995-1-345.

(104) CNCom., sala B, 19/4/88, "Tea SA c. Texan SA", LA LEY, 1989-C, 649, J. Agrup. 6319; ídem sala E, 29/6/88, "Metal Industrial SA c. Establecimientos Industriales Valerio González SA", LA LEY, 1989-E, 64; íd. 15/4/87, "Banco Nueva Era Coop. Ltda. c. Parques Integram SA", LA LEY, 1988-C, 156; etc.

Coincidentemente, en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, luego convertido en la ley 24.032 a su vez vetada integralmente por el Poder Ejecutivo Nacional, se propiciaba para el nuevo texto del art. 623 del Cód. Civil una inversión del principio actualmente en vigor: "Se deben intereses sobre intereses..."; aunque en definitiva la diferencia no resultaba ser tan sustancial, dado que tampoco era amplia e irrestricta la aceptación del anatocismo, sino limitada a los supuestos que a continuación se contemplaban expresamente en el nuevo texto proyectado, es decir: sólo "...si: 1) Se ha convenido la acumulación de los intereses al capital. 2) Se ha demandado judicialmente el cobro de capital. La acumulación de los intereses al capital ocurrirá en la fecha de interposición de la demanda. 3) En los demás casos previstos por este Código".

X. El texto resultante de la reforma de la ley 23.928

Al entrar en vigor en el año 1991 la ley 23.928, llamada de "convertibilidad" de nuestra moneda (que entonces lo era el "Austral"), la misma incluyó también la modificación de algunos artículos de nuestro Código Civil, y entre ellos precisamente el 623 que nos ocupa. Y el mismo vino entonces a quedar redactado de la siguiente manera: "No se deben intereses de los intereses sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de las tasas de interés de plaza". Habiéndose señalado con relación a este nuevo texto, que en rigor lo establecido en el mismo, es la descripción de lo que ya era práctica habitual en la materia al entrar en vigencia la ley 23.928 (105); como igualmente que: "Sería absurdo pensar que el legislador ha sancionado una norma que atenta contra la moral, las buenas costumbres, etc. Lo que ha hecho es adaptar el derecho a los usos y costumbres diarios y estos hoy nada nos reprochan en cuanto a la percepción de los intereses de los intereses" (106).

Ahora bien, pese a que el nuevo texto del art. 623 del Cód. Civil mantiene "ab initio" la primitiva redacción en modo negativo: "no se deben intereses

(105) YOUNG, Federico A., "Reflexiones sobre la ley de convertibilidad, nominalismo, desagio y anatocismo" en LA LEY, 1991-C, 1047, Nº XII.

(106) BORDA, Guillermo Julio, "Anatocismo (hasta la palabra es vieja)", en LA LEY, 1992-B, 1023.

de los intereses"; lo cierto es que ahora se ha permitido el convenio anticipado de capitalización de intereses, pues no otra cosa puede significar que: por "convención expresa" sea factible autorizar la "acumulación (de los intereses) al capital con la periodicidad que acuerden las partes", como así también que inclusive sean válidos, "los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de las tasas de interés de plaza", según resulta del párrafo final de dicha norma (107).

Por lo que bien ha podido resolver nuestra jurisprudencia: que a partir del 1º de abril de 1991 la capitalización de intereses resulta razonable para lograr un adecuado resarcimiento de daños, en una época en que rigen prohibiciones de reajuste económico, por lo que si se dispuso la aplicación de tasas de interés promedio de las cajas de ahorro común publicadas por el Banco Central, y si los mismos se capitalizan mensualmente según operatorias reguladas por el propio Banco Central, corresponde aceptar también judicialmente tal capitalización en los casos ocurientes (108); o como lo resolviera el plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial en el caso "Uzal S.A. c/ Moreno", que no hay razón que impida calcular intereses sobre el total adeudado a la tasa activa promedio de los bancos oficiales y con capitalización mensual, ya que lo contrario importaría sancionar al acreedor (109).

Aunque también se ha decidido que la capitalización de intereses sólo es posible, si existe una convención expresa entre las partes que la autorice (110); lo cual significa que aunque la misma se encuentra autorizada con carácter más amplio que con anterioridad, sigue igualmente circunscripta a los supuestos contemplados en la norma, la que por ser de excepción no puede ser interpretada extensivamente (111), es decir que

(107) TRIGO REPRESAS, Félix A. en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., 1991, t. III, "Addenda al tomo II", p. XXIII, N° 795 bis.

(108) CNCiv. sala C, 18/10/94, "Casella c. Motta", ED, 161-160; íd. 4/3/93, "Bartolotta c. Ventrice", LA LEY, 1993-D, 385.

(109) Cámara Nacional en lo Comercial del 2/10/91, en autos "Uzal S.A. c. Moreno", ED, 144-142 y JA, 1991-IV-478, CNCom., Sala B, 24/9/98, "Campanario c. Plan Ovalo S.A.", LA LEY, 1998-E, 362 y ED, 180-540; íd. 31/10/97, "Manucat S.A. c. Vaca Olmos", ED, 180-503; Confr.: CURA, José María, "Capitalización de intereses" en LA LEY, 1989-E, 63; MENDEZ SIERRA, Eduardo, "Los intereses moratorios según la Corte Suprema de Justicia" en LA LEY, 1992-C, 839, N° III-1 "in fine".

(110) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 30/6/92, "Finsa S.A. c. Paredes Piermattei S.A.", DJ, 1992-2-554.

(111) CS, 6/2/96, "Obra Social Aceros Paraná S.A. c. Pcia. de La Rioja", LA LEY, 1996-E-104.

fuera de los casos previstos el anatocismo sigue estando prohibido (112). Y a mayor abundamiento, la propia Corte Suprema, que ya había venido descalificando diversas decisiones fundadas en el prealudido plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial en los autos "Uzal S. A. c. Moreno", teniendo en cuenta especialmente la "realidad económica" en la que en cada caso se efectuaba la aplicación de tal criterio (112 bis), terminó decidiendo con carácter amplio la arbitrariedad de toda sentencia que, invocando tal jurisprudencia plenaria, dispusiese la capitalización mensual de intereses, por violar el art. 623 del Código Civil, menoscabando la garantía de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (112 ter). En este sentido también se ha resuelto la improcedencia de la capitalización de intereses en una demanda en dólares estadounidenses, pues su aplicación daría lugar a consecuencias patrimoniales que excederían largamente el crédito actualizado con sus intereses, lo que lesionaría a la moral y buenas costumbres (113); aunque sin advertirse que desde que nuestra moneda quedara ligada al dólar de los EE. UU., en la paridad de uno a uno, en virtud de los dispuesto en la ley 23.928 y demás medidas complementarias, ese mismo criterio también debería serle aplicable a las demandas en pesos moneda nacional, solución que sin embargo chocaría con lo establecido en el art. 11 de es misma ley, que precisamente modificó el art. 623 del Cód. Civil, estableciendo la validez del pacto expreso entre partes de capitalización de intereses.

Nosotros pensamos que quizá lo más acertado sea una suerte de posición intermedia: dar por aceptado que el actual art. 623 del Cód. Civil autoriza a pactar la capitalización de intereses; lo cual no obsta a que este convenio también se encuentre sujeto a las facultades morigeradoras del juez, si advierte que de esa manera se puede producir una transgresión a la moral y las buenas costumbres y dar lugar a un enriquecimiento ilícito del acreedor (114). Puesto que, como reiteradamente lo

(112) CNCiv., sala A, 18/8/94, "Juárez de Dalton c. López", LA LEY, 1995-C, 675, J. Agrup. 10.294.

(112 bis) CS, 4/5/95, "Ojea Quintana c. Matesil S.A.", Fallos 318-912; id. 8/2/94, "Caja de Crédito Flores Sud Soc. Coop. Ltda. c. Coehlo", Fallos 317-53; id., 16/12/93, "Fabiani c. Pierrestegui", LA LEY, 1994-B, 670 y JA, 1994-IV-405; CNFed. Civ. y Com., sala I, 9/3/99, "Galvano c. Instituto Servicios Sociales Bancarios", LA LEY, 2000-B, 509; etc.

(112 ter) CS, 15/7/97, "Okretich c. Editorial Atlántida S.A.", JA, 1999-IV-602, con disidencia de los doctores Nazareno, Fayt y Boggiano.

(113) CNCom., sala A, 28/3/96, "Jupiter Cía. de Seguros c. G. P. Investigaciones Privadas y Seguridad", DJ, 1996-2-28.

(114) CNCiv., sala K, 2/10/97, "Anticresis Once S.A. c. Cangallo Catering S.A.", LA LEY, 1998-B, 271. Conf.: YOUNG, ob. cit. en LA LEY, 1991-C, 1047, N° XII.

tiene resuelto la sala Ia. de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, tal capitalización de intereses puede conformar "en los tiempos de economía estabilizada que corren, una vía de generar recursos indebidos al acreedor, desbalanceando injustamente en su favor (en consecuente perjuicio del obligado) la razonable contraprestación que los intereses implican como renta del capital adeudado" (115). O sea que en la actualidad si bien no es ilegítimo el método en sí de capitalización de intereses, el mismo puede sin embargo llegar a serlo, si conduce a un resultado abusivo; por lo que para determinar si existe un caso de anatocismo reprochable, habrá que demostrar que se ha generado un enriquecimiento excesivo del acreedor (116), prueba que, obviamente, le habrá de corresponder realizar a quién así lo pretenda (117).

Por último, en lo que atañe a la liquidación de deudas en los procesos judiciales, la circunstancia de que en el reformado art. 623 del Cód. Civil se haya conservado inalterada la parte pertinente del texto primitivo, ha permitido una hermenéutica restrictiva de nuestra Corte Suprema; la que considera que por ello no corresponde efectuar una interpretación distinta a la prevaleciente con anterioridad a su modificación (118), y mantiene así la necesidad de concurrencia de los tres recaudos antes ya exigidos, de: liquidación aprobada judicialmente, intimación de su pago al deudor y que éste hubiese sido moroso en el cumplimiento (119). ♦

(115) CCiv. y Com. Santa Fe, sala I, 8/9/98, "Pavia c. Rajilet", con voto del doctor Saux, LLLitoral, 1992-2-143, en donde se mencionan como antecedentes en igual sentido, los siguientes fallos de esa misma sala: 21/5/97, "Banco de Santa Fe S.A.P.E.M. c. Pérez"; 18/9/97, "Banco de Santa Fe S.A.P.E.M. c. Rosenfeld de Sverdloff"; 19/6/98, "Banco de Santa Fe c. Baldini"; y 1/6/98, "Banco de Santa Fe S.A.P.E.M. c. Musuruana".

(116) CCiv. y Com. Rosario, sala IV, 19/10/92, "Banco Comercial Israelita SA c. Marentes e Hijos SA", LA LEY, 1992-E, 284.

(117) CNCiv., sala A, 18/3/99, "Belgrano Soc. Coop. Seguros c. Campana SA", LA LEY, 1999-E-524; ídem sala C, 24/6/96, "Ginversa Cía. Financiera c. Jogi SA", LA LEY, 1996-E, 37; ídem sala D, 11/7/96, "Tacchi c. Peters Hnos.", LA LEY, 1996-E, 345.

(118) CS, 24/3/92, "Juncalan Forestal Agropecuaria S.A. c. Pcia. de Buenos Aires", LA LEY, 1992-D, 252.

(119) CS, 2/2/93, "Pcia. Santa Cruz c. Y.P.F.", LA LEY, 1993-D, 177 y ED, 153-613; íd., 24/3/92, "Juncalan Forestal Agropecuaria S.A. c. Pcia. de Buenos Aires", LA LEY, 1992-D, 252; CNCiv., sala A, 16/4/96, "Alegre c. Santamaría", LA LEY, 1996-C, 804, J. Agrup. 10.978; íd., 28/11/95, "Neleco S.A. c. Hotel Sheraton de Argentina SA", LA LEY, 1996-C, 599; ídem sala H, 9/6/93, "Torres c. Campos", ED, 155-269; CApel. Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 16/5/94, "Munic. Rosario del Tala c. Humoble", DJ, 1995-1-989; C 1ª. Civ. y Com. San Nicolás, 3/5/94, "Heredia c. Silva", DJ, 1994-2, 1096; etc.

LA REFORMA SOCIETARIA

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (*)

I. Introducción. — II. El decreto delegado y la anónima abierta. — III. El proyecto de 1998 y la anónima afiliada. — IV. El proyecto de 1998 y la anónima asociada. — V. La sociedad común. — VI. Conclusiones.

I. Introducción

Sobre el ordenamiento vigente confluyen dos corrientes reformistas.

Una de fuente externa y otra de origen local.

La corriente de fuente externa está impulsada por la globalización y atiende a los problemas de grandes inversores institucionales (fondos comunes, bancos y aseguradoras) que colocan dinero recibido de terceros en acciones.

La corriente de origen local está consustanciada con la tendencia unificadora del derecho privado, tendencia que ha brindado importantes aportes al acervo jurídico del país tales como el lejano y celeberrimo Primer Congreso de Derecho Comercial de 1940 y los cercanos y valiosos Proyectos de Código único de 1987, 1993 y 1998; tendencia auspiciada por prestigiosos juristas de ayer y de hoy entre ellos actuales miembros de esta Academia; tendencia prevaleciente en los países del Mercosur, así el Código Civil paraguayo de 1985, el reciente Código Civil brasileño y el citado proyecto de 1998.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 9 de agosto de 2001.

Va lo dicho sin perjuicio de tener en cuenta que existen autorizadas opiniones discrepantes, que Francia acaba de sancionar un nuevo Código de Comercio y que inclusive se afirma que ésta es la hora de la descodificación.

La Academia en su informe del 09/09/99 reiterado el 14/08/00 sobre el Proyecto de 1998 puntualizó que la unidad sustancial sólo será operativa por excepción generalizando ciertas reglas del derecho obligacional y contractual pero que en lo demás no podrá exceder de lo formal estando marginados importantes regímenes legales, quedando de lado los proveedores y consumidores e invertebrados todos los derechos relativos a los elementos integrantes del patrimonio de la empresa.

La corriente globalizadora y la corriente unificadora concurren sobre el tipo societario de mayor utilización en nuestro país o sea la sociedad anónima.

La corriente globalizadora atenta como ya dije a la situación de los grandes inversores institucionales se inspira en los Principios de Gobierno Corporativo (Principles of corporate governance) de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) aprobados en 1999, principios que son las síntesis de todo un movimiento de opinión generado en la década del 90 con motivo de la globalización.

Esta tendencia se ha plasmado en nuestro medio con el decreto delegado 677/01 sobre régimen de transparencia de la oferta pública (DD) fundado en la ley 25.414 art. 1°-II-e (Adla, LXI-B, 1516).

El decreto delegado se ocupa:

1) De las normas reglamentarias vigentes de la Comisión Nacional de Valores (CNV) sobre oferta pública relativas a los deberes de información, lealtad y reserva y a los ilícitos de fraude y de manipulación de mercado, normas reglamentarias a las que confiere en general el carácter de normas legislativas.

2) De la estructura de la sociedad anónima de oferta pública para mejor garantía de los accionistas inversores institucionales estableciendo un ordenamiento especial para la misma. Vale decir que de aquí en más hay dos subtipos de anónima. Uno el de la anónima abierta regulada por el DD y otro por la ley de sociedades 19.550 (LS) (Adla, XXXII-B, 1760).

Esto es naturalmente sin perjuicio en ambos casos de la normativa especial de ciertas actividades como la financiera y la aseguradora. Interesa aquí la anónima abierta.

Por su parte el Proyecto del Código Civil de 1998 al que se referirá la comunicación, contempla:

1) El fenómeno de la descentralización empresarial mediante la filial plena o sea al 100% admitiendo la sociedad capitalista unimembre.

Tal solución no es exclusiva de la descentralización empresarial porque cabe también para organizar una empresa unipersonal de responsabilidad limitada, pues el constituyente de la capitalista unimembre puede ser una persona jurídica o humana.

Tampoco es privativa de la anónima porque tanto la filial como la empresa unipersonal pueden constituirse como anónima o como SRL.

Empero la solución proyectada tiene particular incidencia respecto de la anónima por la gran difusión de este tipo en general y en particular por su empleo para organizar empresas. Interesa aquí principalmente la anónima afiliada.

2) Los negocios interempresariales regulando un sistema de contratos asociativos no societarios.

Los contratos asociativos no societarios no conciernen solamente a la anónima pero tienen particular relevancia respecto de la misma por la difusión del tipo y además porque mientras bajo el régimen de la LS la anónima socia está ceñida a ser socia accionista bajo duras sanciones conforme al sistema de contratos asociativos no societarios la anónima no tiene restricción alguna. Importa aquí sobre todo la anónima asociada.

El Proyecto además, dentro de esta línea de facilitar la realización de negocios, incide también en otra sociedad de gran utilización en nuestro medio como lo es la sociedad informal entendiendo por tal a la sociedad de hecho, la sociedad irregular y la sociedad atípica. Así el Proyecto elimina las reglas que pesan actualmente sobre la sociedad infor-

mal por su incumplimiento del régimen de publicidad societario e introduce una sociedad informal valedera que en el texto reformado de la LS llama "sociedad" sin aditamento alguno y en los fundamentos denomina "sociedad común".

Esta "sociedad común" reproduce con algunas modificaciones el régimen de la actual sociedad civil.

En síntesis el panorama de la reforma societaria nos trae las siguientes novedades: (i) la vigente anónima abierta; (ii) las proyectadas S.A. y S.R.L. unimembres siendo aquí relevante la anónima afiliada; (iii) los proyectados contratos asociativos siendo aquí importante la anónima asociada y (iv) la proyectada sociedad común que reemplaza a las actuales sociedades atípica, no constituida regularmente y civil.

II. El decreto delegado y la anónima abierta

Como ya se dijo el decreto delegado 677/01 recoge los principios sobre anónimas o principios de gobierno corporativo de la OCDE tendientes a resguardar los derechos de los accionistas inversores institucionales (fondos de inversión y de pensión, aseguradoras y bancos).

Tales principios postulan: I) la protección de los derechos de los accionistas; II) el tratamiento equitativo de los accionistas; III) el reconocimiento de los derechos de los grupos de interés y la cooperación activa con los mismos para crear riqueza, empleo y lograr solidez financiera para la empresa; IV) la comunicación y transparencia informativas; V) la responsabilidad del consejo o directorio hacia la anónima y sus accionistas por la política empresarial y el control de su ejecución.

Dichos principios de la OCDE no son novedosos en nuestro derecho ya estaban contemplados en la LS, las resoluciones de la Comisión Nacional de Valores (CNV), el régimen de la propiedad participada (ley 23.696 art. 21 —Adla, XLIX-C, 2444—) e inclusive la participación de los acreedores en la empresa de mediar falencia (LCQ art. 43 —Adla, LV-D, 4381—).

Empero son novedosas ciertas soluciones concretas provenientes de la práctica norteamericana relativa a la *corporation* cuyo régimen de administración difiere del nuestro.

Ello lleva —como ya se dijo— a un régimen particular para las anónimas abiertas (DD art.1º; LS art. 299 inc. 1) distinto del correspondiente a las anónimas cerradas públicas (LS art. 299 incs. 2/5) y privadas (LS art. 301).

Esto no es una innovación pues hoy hay diferencias entre el régimen de la anónima abierta y la cerrada prescriptas en la LS (vg. LS arts. 188, 237, 244 “supuestos especiales”, 245).

Lo que es novedoso es que se modifique la regulación de la anónima abierta prescripta en la LS integrante del Código de Comercio (LS art. 384) mediante un decreto delegado apto para modificar o derogar normas de rango legislativo pero con ciertas excepciones y entre ellas el Código de Comercio (ley 25.414 art.1º II “e”).

A esto se suma que el decreto delegado modificatorio del Cód. de Comercio debe ser reglamentado por la Comisión Nacional de Valores (DD art. 49).

Aparte de lo antedicho sobre la normativa particular de la anónima abierta, cabe recordar que el decreto introduce el concepto de “valores negociables” en sustitución del clásico de “título valor” dada la desmaterialización vigente y reafirma el principio de libertad de creación de los mismos (DD arts.1º, 2º) ya previsto para los títulos valores en la ley 23.697 de 1989 de emergencia económica art. 40 —Adla, XLIX-C, 2458—.

Cabe recordar que nuestra doctrina había sostenido la existencia de la libertad de creación de títulos valores causales aunque no de títulos abstractos (Gualtieri G. -Winitzky I. “Títulos circulatorios”, p. 143, Eudeba, 1962; Gómez Leo O., “Instituciones de derecho cambiario”, t. I, “Títulos de crédito”, p.182, Depalma, 1982) teniendo ello sustento en el C. de Comercio arts. 744 y 745.

Respecto a las reglas del régimen de la anónima abierta para resguardo de los accionistas inversores cabe señalar: (i) al comité de auditoría; (ii) al contrato de administración o gerenciamiento; (iii) a la auditoría externa; (iv) a la toma del control; (v) a la compra del control; (vi) al retiro de la oferta pública; y (vii) al arbitraje en caso de conflicto con la anónima.

A esto se añade un régimen sobre participaciones residuales no estrictamente vinculado a los intereses de los accionistas inversores institucionales.

1. *El comité de auditoría*

El comité de auditoría proviene del sistema corporativo norteamericano.

Según dicho sistema incumbe (Conard Alfred F. "Corporations in perspective", ps. 319, 186, 330; Mineola N.Y. The Foundation Press Inc., 1976):

1) A los accionistas elegir a los *directors* o directores anualmente y removerlos; aprobar o desaprobar cambios fundamentales y aprobar o desaprobar las decisiones tomadas por los directores en conflicto de intereses.

2) A los *directors* administrar el negocio y proponer cambios fundamentales a los accionistas.

Entre las atribuciones de los directores caben la declaración de los dividendos, la modificación de los *by-laws* y la elección de los *officers* que no son forzosamente *directors* aunque pueden serlo excepto los que integren el *audit committee*.

Como se ve el directorio de la *corporation* tiene mayores atribuciones que el directorio de nuestra anónima.

3) A los *officers* seguir las instrucciones de los *directors*.

Tradicionalmente los *officers* son el *president*, *vice-president*, *secretary*, and *treasurer*; frecuentemente el presidente u otro *officer* reciben un poder general de gestión conforme a un *by-law* o una resolución de la mesa (*board*) integrada por los *directors* (Lattin Norman D., "Lattin on corporatios", p. 256, Mineola, N.Y., The Foundation Press Inc., 1971).

Si bien originariamente la administración de los negocios sociales competía exclusivamente a la mesa o *board* o directorio, la *Model Act* fue modificada en 1974 prescribiendo que los negocios sociales "*shall be*

managed by or under the direction of the board of directors" (Conard A., ob. cit. p. 331) o sea que el directorio puede delegar sus incumbencias.

Conforme a lo expuesto el *board* equivalente a nuestro directorio aunque con mayores incumbencias y al que compete la administración de los negocios sociales, delega los negocios ordinarios en *el president o chief executive officer* u otros *officers* que componen un *executive committee*, no son forzosamente *directors* y que por lo tanto no han sido elegidos por los accionistas.

Los *directors* son responsables por la elección de los *executive officers* y de establecer su retribución y compensación al retiro.

Pueden delegar sus atribuciones a los ejecutivos que han elegido y los estatutos usualmente otorgan al comité ejecutivo las atribuciones de los directores durante los intervalos corrientes entre las reuniones de directorio (Lattin Norman D., ob. cit., p. 243).

En síntesis bajo la práctica actual la mayoría de las atribuciones supuestamente correspondientes al directorio son ejercidas por los ejecutivos (Eisenberg Melvin Aron, "The structure of the corporation - A legal analysis" p. 141, Little, Brown and Company, Boston and Toronto 1976).

A esto se suma que:

1) Los directores son frecuentemente considerados como "*agents of the corporations*" (Knepper William L., "Liability of corporate officers and directors", p. 13, The Allen Smith Company, Indianapolis, 1978). Es decir en líneas generales una situación similar a la de nuestro "mandatario", recordando que antes de la LS el Código de Comercio calificaba de "mandato" a la relación del director con la sociedad (C. Com. ex-art. 37) siendo los directores "mandatarios" (Fernández R.L., "C. de Comercio Comentado", t.I, p. 486, Cía Impresora Argentina 1943).

2) No se impone a los *directors* una responsabilidad solidaria entre sí por lo que cada uno responde exclusivamente por su obrar y cuando son varios los dañantes cada uno soporta el daño a prorrata o según su parte proporcional (Knepper W.L., ob.cit. p. 588). En el derecho norte-

americano la corporación debe probar el fundamento de su demanda respecto de cada uno de los administradores contra los que acciona por responsabilidad aunque no tiene que determinar la parte de cada uno en los actos impropios (Ommeslaghe Pierre van, "Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé", p. 516, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1960). Es una solución semejante a la de nuestros "mandatarios" conjuntos cuando no se ha previsto la solidaridad (C. Civil, arts. 1920, 1922).

3) Un director puede confiar en un officer o en un empleado "*only if the director "reasonable believies" "the officer of the employee to be realible and competent in the matters presented"* (Knepper W.L. ob. cit. p. 34). Como ya se vio la mesa o *board* puede delegar la gestión de los negocios ordinarios en el comité ejecutivo cuyos miembros elige y conforme a lo antedicho los directores no responden por la gestión de los ejecutivos cuando éstos han sido prudentemente nombrados.

Se trata también de una solución análoga a la de nuestro Código Civil art. 1924 según él que el mandatario responde por el mandatario sustituto cuando habiendo recibido poder para delegar sin designación de la persona en la que podía sustituir, hubiese elegido un individuo notoriamente incapaz o insolvente.

Es de notar que hay supuestos en los que el *president* de una corporación que sea a la vez *director*, puede ser responsabilizado por su gestión como *president* aunque no pueda ser responsabilizado por su gestión como director (Knepper W.L. ob. cit. p. 23). En la LS tal delegación está vedada porque el cargo de director es personal e indelegable (LS art. 266).

Sólo se admite la delegación de la gestión de los negocios ordinarios en un comité ejecutivo compuesto por directores (LS art. 269), la asignación de funciones en forma personal a un director (LS art. 274) y la delegación de las funciones ejecutivas de la administración a los gerentes (LS art. 270) pero no de la gestión de los negocios ordinarios sólo delegable en el comité ejecutivo.

Cabe resaltar que el decreto delegado permite la celebración de contratos de administración o gerenciamiento de la sociedad, ello sujeto a la decisión de la asamblea ordinaria (DD art. 39-LOP art. 72 inc. b).

La aplicación del sistema resultó insatisfactoria en la práctica norteamericana tanto en anónimas cerradas administradas por sus dueños como en anónimas abiertas con accionistas inversores pues "*in the typical large publicly held corporation the board does not "manage" the corporation business in the ordinary meaning of that term. Rather that function is invested in the executives*" (Eisenberg M.A., ob. cit. p. 140).

Una de las soluciones propuestas fue "*the establishment of a committee of overseers outside directors*" which "*would be responsible for supervising company operations on a broad scale and made periodic reports to the board*". This committee would be authorized to hire a small staff of experts "*would be responsible only to the board and would be totally independent of management control*" and to engage highly skilled consultants..." (Eisenberg M.A., ob. cit. p. 155).

Esta es la solución de *two-tier system* en el que las funciones del board se distribuyen "*between two corporate organs, one entrusted with management and the other with supervision*" sistema originado en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX (Eisenberg M.A., ob. cit. p. 177) y en el que hay un "*board of directors with outside members and audit committee when appropriate...*" (Knepper W.L., ob. cit. p. 6).

Esta es precisamente la solución adoptada por el decreto delegado que dispone la constitución en el directorio de un comité de auditoría integrado por directores con un mínimo de 3 miembros y una mayoría de directores necesariamente independientes de la sociedad, de los accionistas de control y que no deberán desempeñar funciones ejecutivas en la sociedad (DD art. 15).

Un director será considerado independiente conforme a los criterios que determine la Comisión Nacional de Valores (DD art. 15) la que ya ha reglamentado la condición de director independiente o no independiente (actualmente res. gen. 368/01 Libro 6, Cap. XXI, art.4°, Libro 1 Cap. X art.3°) y reglamentará el decreto delegado (DD art. 49).

El comité de auditoría: 1) elaborará un plan anual de actuación; 2) supervisará el funcionamiento de los sistemas de control interno y de sistema administrativo contable, la política de información; 3) opinará sobre la designación de auditores externos, de honorarios y opciones

de acciones para directores y administradores, la emisión de acciones u obligaciones convertibles en casos de aumentos de capital con suspensión o limitación del derecho de suscripción preferente de operaciones con partes relacionadas y 5) verificará el cumplimiento de las normas de conducta.

En suma es una suerte de consejo de vigilancia fiscalizador de la gestión del directorio (LS art.281 inc. a) con la particularidad que no está compuesto por accionistas sino por directores mayoritariamente independientes o sea *los out side directors* de la corporación norteamericana.

El régimen descrito plantea dos cuestiones.

Una es la forma de elección de los directores independientes no regulada en el decreto delegado, que podrá resultar de la reglamentación a dictar por la Comisión Nacional de Valores (DD art. 49) y que deberá concordarse con los vigentes sistemas de elección por categoría (LS art. 262) y por voto acumulativo (LS art. 263).

La segunda cuestión concierne a la responsabilidad de los directores pues habrá distintas clases de directores a saber: 1) con funciones ejecutivas o directores ejecutivos a cargo de los negocios ordinarios de la sociedad (LS art. 268); 2) sin funciones ejecutivas o directores auditores mayoritariamente independientes necesarios según la ley (DD art. 15) a cargo de la supervisión de los directores ejecutivos; 3) directores con funciones asignadas en forma personal o directores delegados (LS art. 274) optativos según disponga el estatuto, el reglamento o la asamblea y 4) directores no ejecutivos ni auditores y que pueden ser tanto independientes como dependientes (LS art. 255).

Según la LS los directores responden solidariamente salvo protesta (LS art. 274) o extinción de responsabilidad (LS art. 275) y la organización del comité ejecutivo no modifica tal responsabilidad (LS art. 269).

Tampoco modifica tal responsabilidad la delegación en gerentes de las funciones ejecutivas de la administración (LS art. 270).

En el caso del director delegado dispone la LS art. 274 párrafo 2do. que sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior "la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual".

En el DD art.42-LOP art.76 se prescribe: "Responsabilidad de los directores. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones a los efectos del segundo párrafo del art. 274 de la ley 19.550 y sus modificaciones la inscripción de la asignación de funciones en forma personal se tendrá por cumplida con la información suministrada a la Comisión Nacional de Valores y a la entidad autorregulada en la que coticen las acciones, conforme a los requisitos que establezca la autoridad de aplicación, sin perjuicio de su inscripción en el Registro Público de Comercio".

En el considerando respectivo del decreto delegado se dice:

Que, además, el cumplimiento de los requisitos de publicidad que establezca la Comisión Nacional de Valores respecto de la "asignación de funciones" de los directores, debe permitir atender a la actuación individual de cada director como factor principal en la determinación de su responsabilidad, aspecto éste esencial para posibilitar la modernización del funcionamiento de los directorios conforme a las prácticas internacionales.

Que ello no significa en modo alguno una atenuación de la responsabilidad del órgano de administración sino que permitirá una más adecuada atribución de responsabilidad ante faltas al deber de diligencia.

Se entremezclan así tanto en la LS art. 274 como en el DD art.42-LOP art. 76 reiterativo de la LS art. 274, dos pautas contradictorias una la imputación colectiva y solidaria de responsabilidad de los directores por su actuación colegiada y otra la imputación de responsabilidad según la actuación individual en los casos de la LS art. 274 y LOP art. 76.

Claro es que esto puede armonizarse considerando que la imputación colectiva y solidaria juega frente a terceros y la imputación individual entre los directores para las acciones de regreso cuando uno pagó por varios (C. Civil art. 717).

En este último supuesto la división de la deuda entre los directores deberá hacerse atendiendo a las circunstancias de cada uno de los casos (C. Civil art. 689).

2. El contrato de administración o gerenciamiento.

Como ya se dijo el decreto delegado atribuye a la asamblea ordinaria resolver sobre la celebración de contratos de administración o gerenciamiento (DD art. 49-LOP art. 72 inc. b).

Respecto del contrato de administración, esta es una inequívoca excepción a las reglas de la administración de la sociedad por el directorio (LS art. 255) y de la indelegabilidad del cargo de director (LS art. 266), reglas que se mantienen en la LS para las sociedades cerradas.

Respecto del contrato de gerenciamiento la respuesta puede ser distinta si sólo se delegaran las funciones ejecutivas de la administración pues ello tendría apoyo en el régimen de gerentes (LS art. 270).

Empero la práctica del sistema suele implicar la delegación de la administración por el directorio.

El requerimiento de contratos de administración o gerenciamiento se aplicó a concesiones otorgadas con motivo del régimen de privatizaciones prescrito por la ley 23.696 que declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos (ley 23.696, art. 1°).

El modelo proviene del derecho norteamericano en el que como ya se dijo los *directors* pueden delegar sus funciones en *los officers* y confiar en los mismos liberándose de responsabilidad aunque con algunos límites a lo que se suma que fijan la retribución de tales *officers* (Knepper W.E., ob. cit. p. 33, p. 3).

Dentro de tal estructura el contrato de administración es viable.

En doctrina norteamericana el problema de la delegación amplia de facultades a una persona natural o a otra corporación es análogo al de la delegación a un ejecutivo o a otro comité o a un administrador general.

Empero advierte dicha doctrina que hay una diferencia esencial porque un contrato de gerenciamiento transfiere el negocio a externos mientras que la delegación al comité del directorio o a los ejecutivos de la corporación mantiene la autoridad en familia y da al directorio la

oportunidad de supervisar y controlar las actividades del comité y de los ejecutivos.

Sostiene la doctrina citada que la duración de las atribuciones a ejercer por los extraños es importante como lo es el mantenimiento de la supervisión y la atribución para rescindir el contrato de gerenciamiento cuando los directores juzgan que la administración externa debe terminar (Lattin N.D., ob. cit. ps. 255/256).

El decreto delegado no regula tales cuestiones aunque pudiera ser que resultaran de la reglamentación a cargo de la CNV (DD art. 49).

3. *La auditoría externa*

La auditoría externa es una necesidad del régimen corporativo norteamericano pues no tiene un órgano de fiscalización privada como sucede en nuestro derecho con la sindicatura (LS art. 284) y el consejo de vigilancia (LS art. 284).

"U.S. corporation codes are completely silent on the audit of books. Judges might have inferred a duty to audit as a phase of due care, but have not done so except in a few bank cases. An indirect requirement of audit is imposed on publicly held corporation by the federal securities laws..." (Conard Alfred, "Corporations in perspective", p. 335 nro. 201, Mineola N.Y. The Foundation Press Inc., 1976).

El mantenimiento del control externo entendido como fiscalización externa en las sociedades abiertas y la supresión del control interno entendido como fiscalización interna tanto en las sociedades abiertas como en las cerradas, han sido propiciados doctrinariamente (Piaggi, Ana Isabel, "La sindicatura como órgano intrasocietario de control. Nuevas técnicas de control", LA LEY, 1981-B, 1086).

En nuestro medio el requerimiento de auditoría de los estados contables fue impuesta desde hace tiempo para las anónimas por resoluciones reglamentarias inicialmente de la Federación Argentina de Colegios de Graduados en Ciencias Económicas y posteriormente de la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas, de la CNV para las anónimas abiertas (actualmente res. gral. 368/01,

Libro 7, Cap. XXIII.8, art. 11) y de la Inspección General de Justicia para las cerradas (actualmente res. gral. 6/80, art. 76).

En una primera impresión podría decirse que en nuestro ordenamiento la auditoría es superflua cuando hay sindicatura pues es un órgano de fiscalización integrado por profesionales (LS art. 285).

A esto se suma que se admite que el síndico contador actúe también como auditor lo que ha motivado decisiones jurisprudenciales y opiniones doctrinarias adversas (Juzgado de Minas y de Registro Público de Comercio de Salta, 24/11/89 "Lufa S.A." ED, 98-623 caso 35.643; CNCom. sala D, 25/04/95 "Benavent Oscar L. L. c. Benavent Hnos S.A.", LA LEY, 1996-A, 501, caso 93.986 con nota de Ricardo Nissen "Incompatibilidad entre las funciones de síndico societario y contador certificante de los balances").

En Estados Unidos se ha señalado *the failure of the accountants* advirtiéndose que la dependencia de los contadores respecto de los administradores para mantener sus cargos y la discrecionalidad de los administradores para seleccionar a los contadores, implica una presión irresistible para que el contador se aparte de los principios generalmente aceptados y siga principios marginales. "...*Many accountants appear to regard the withholding of a clean opinion under such circumstances as a quixotic gesture*" (Eisenberg Melvin Aron, "The structure of the corporation - A legal analysis" ps. 187, 197/8, Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1976).

En la década del 90 los sonados colapsos de Mawell Communications, el Bank of Credit and Commerce International y el conglomerado Polly Peck auditados por reputadas firmas (Time, 16 de marzo de 1992) corroboraron el aserto.

Para asegurar la independencia de los auditores la ley española de sociedades anónimas de 1989 art. 204 imponía una regla de rotación de auditores para evitar *una excesiva vinculación con la sociedad, no conveniente a los efectos del desarrollo de su función por los auditores* (Curto, J.M., Isla, P. "Comentarios a la nueva regulación de la sociedad anónima" p. 296, ESIC Editorial Madrid 1990).

Esta regla fue reformada en 1995 admitiéndose la posibilidad de reelecciones indefinidas, reforma atribuida a *claras presiones del poderoso lobby de las grandes firmas de auditoría* (Velasco San Pedro L.A., "El gobierno de las sociedades cotizadas ("corporate governance") en España; el "Informe Olivencia", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, enero/diciembre 2000, p. 425).

En el "Informe Olivencia" elaborado por una Comisión nombrada por el Gobierno español en 1997 para considerar la cuestión del gobierno corporativo, a fin de evitar desviaciones en las auditorías se postuló la diversificación de las firmas auditoras no pudiendo una sociedad contratar con un estudio al que pagara honorarios significativos respecto del total de honorarios del estudio (Velasco San Pedro L.A., ob. cit. p. 423).

El decreto delegado dispone la designación por la asamblea de auditores externos para el nuevo ejercicio al aprobarse los estados contables, pudiendo el directorio proponerlos con la previa opinión del comité de auditoría (DD art. 13).

Dichos auditores deberán ser contadores públicos independientes según los criterios que establezca la Comisión Nacional de Valores y podrán ser revocados de mediar una causal justificada por la asamblea pudiendo el directorio proponer la revocación con opinión del comité de auditoría (DD art. 13).

Diversamente la revocación de los síndicos puede ser resuelta sin causa por la asamblea siempre que no medie oposición del 5% del capital siendo nula cualquier cláusula en contrario (LS art. 287).

Según el decreto delegado, a pedido fundado de accionistas que representen un porcentaje no inferior al 5% del capital social "la Comisión Nacional de Valores podrá, previa opinión del órgano de fiscalización y del comité de auditoría de la sociedad, solicitar a la sociedad la designación de un auditor externo propuesto por éstos..." (DD art.14 inc. e).

De la letra del artículo resulta que el auditor externo, de proceder, será propuesto por el órgano de fiscalización y el comité de auditoría de la

sociedad o sea por quienes verán su labor fiscalizada por dicho auditor externo.

Se opina que donde dice "éstos" debe leerse "aquéllos" y con este enfoque el auditor externo sería propuesto por los accionistas agraviados.

Es de notar que:

1) El decreto delegado no prevé pautas para evitar la desviación de las auditorías o la fidelización de las firmas auditoras, como pueden ser las de rotación o diversificación aunque el problema no es ignorado en nuestro país (Martorell, Ernesto Eduardo, "La responsabilidad de los estudios de auditores hoy", LA LEY, 1998-D, 953), salvo que dichas pautas se prescriban en la reglamentación de la Comisión Nacional de Valores (DD art. 49).

2) Incumbiendo la fiscalización de la administración social tanto a auditores externos como a síndicos hay discordancias:

2.1) Entre el requerimiento de causal justificada para la revocación de los auditores (DD art. 13) y la revocación sin causa de los síndicos siempre que no medie oposición del 5% del capital social (LS art. 287).

2.2) Entre la complejidad del trámite para lograr un auditor externo (DL art. 14 inc.e) y la simplicidad del procedimiento para suplir la inconducta del síndico (C. Proc. art. 781 ex-art. 808; CNCom. sala C, 16/08/78, "Sánchez Herreros, J. c. Márquez Apeles", ED, 81-637 caso 31.681; CNCom. Sala B, 14/09/81, "Massa, Hugo c. Bellaplast Argentina S.A.", ED, 98-211 caso 35.466, Mariano Gagliardo, "El derecho de información del accionista y una adecuada solución", ED, 98-211).

4. La toma del control

Otra cuestión que afecta a los accionistas inversores institucionales es la transferencia del control de la anónima participada lo que implica el cambio de los administradores.

Téngase en cuenta que la finalidad de dichos inversores es participar en sociedades en cuya administración confían.

La transferencia de control puede producirse en reglas generales bajo dos supuestos.

Uno cuando un tercero interesado en administrar la anónima llamado *raider* o incursor hace una oferta pública de adquisición (OPA) a los accionistas inversores para comprar sus acciones y lograr la mayoría removiendo a los administradores dado que los accionistas administradores son minoritarios dentro de la estructura de la gran anónima abierta.

Este primer supuesto es el *del take over bid o tender offer* u oferta de toma de control mediante una OPA.

Un segundo caso se da cuando el tercero hace una oferta privada a los accionistas administradores para comprar sus acciones y prevalecer en la asamblea designando a nuevos administradores contando en la gran anónima abierta con la pasividad de los accionistas inversores.

Este es el caso de la compra de control.

Veamos el supuesto de la toma de control.

La toma se posibilita cuando una anónima está mal administrada y por lo tanto sus acciones se hallan depreciadas respecto de su valor potencial.

En este caso ofrecer a los accionistas comprar sus acciones en cantidad suficiente para conseguir el control y ello logrado instalar una administración eficiente, puede brindar al comprador una valorización del paquete accionario adquirido.

Las tomas o *take overs* basadas en tales consideraciones son consideradas beneficiosas para la comunidad porque hacen que los recursos económicos sean utilizados del modo más eficiente (Eisenberg Melvin Aron, ob. cit p. 66).

Frente a una toma los administradores atacados pueden defenderse mediante procedimientos "antiabsorción" o "antitoma".

Respecto de los procedimientos conocidos como *poison pills* o *shark repellents* que pueden tanto basarse en disposiciones estatutarias como

en resoluciones del directorio (Postiglione, Carlos J., "La mecánica del 'take-over' y la toma del control de sociedades en Argentina", LA LEY, 1992-A, 728), cabe recordar la atribución que tienen los *directors* de delegar la administración de los negocios ordinarios en ejecutivos que eligen y cuyas retribuciones fijan o en terceros mediante contratos de administración o gerenciamiento cuyas condiciones pactan, todo ello con la obvia consecuencia de desalentar al incursor.

A su respecto la OCDE en su Principio I-E-2 establece que los mecanismos "antiabsorción" no se deben emplear para eximir a la dirección de sus responsabilidades y en el comentario respectivo se dice:

"En algunos países las compañías emplean mecanismos "antiabsorción". Sin embargo, tanto los inversores, como las bolsas de valores, han expresado su preocupación por la posibilidad de que un uso generalizado de mecanismos "antiabsorción" resulte ser un serio impedimento para el funcionamiento del mercado de control corporativo. Los métodos "antiabsorción" son sencillamente, en algunos casos, mecanismos empleados por la dirección para protegerse de la acción del accionariado"

Es un tema controvertido si es conveniente que los administradores obstaculicen una OPA sin el consentimiento de los accionistas o si deben requerir la aprobación de los mismos.

Sucede que si bien la OPA es considerada en general beneficiosa pueden darse situaciones en que resulte perjudicial vg. sea porque el incursor carece de antecedentes adecuados, sea porque pretende incorporar a la anónima a un grupo competidor para eliminarla del mercado.

En los EE.UU. los administradores pueden resistir las tomas sin intervención de los accionistas, pero corren el riesgo de consecuencias legales por la fuerte presión de los accionistas inversores lo que es un factor de disuasión para tal resistencia (Bragantini Salvatore, "Le regole di Strasburgo", Corriere de la Sera (La Nación) del 3 de julio de 2001, ps. 1, 5).

En Europa la Comisión y el Consejo de Ministros de la Unión propusieron al Parlamento de Estrasburgo una directiva disponiendo que la oposición a una OPA debe decidirse por la asamblea de accionistas de la sociedad atacada.

Las opiniones se dividieron.

Apoyando la propuesta hubo quienes entendieron que en definitiva importa brindar a los accionistas la oportunidad de pronunciarse sobre si están conformes o disconformes con la administración existente.

En sentido adverso hubo quienes consideraron que ello dejaría indefensas a las sociedades europeas ante incursores extranjeros dificultando la defensa de las mismas ante una OPA.

Finalmente en el Parlamento de Estrasburgo la directiva fue rechazada porque por un voto en un total de 568 no se formó la mayoría.

Hubo 273 votos negativos y entre ellos los de diputados alemanes país que tiene una legislación proteccionista de los administradores, 273 votos favorables y entre ellos los de los diputados ingleses, franceses, holandeses y nórdicos y 22 abstenciones votando divergentemente entre sí tanto los diputados españoles como los italianos (Bonnani, Andrea, "Stop a la riforma en discussione da 12 anni. Norme sulle scalate. L'Europa sceglie la prudenza alla tedesca", Corriere della Sera (La Nación), 05/06/01).

Ello da una idea de lo disputado de la cuestión.

Por su parte el decreto sigue al Principio I-E-2 de la OCDE y dispone que el procedimiento que establezca la CNV para la OPA deberá asegurar y prever:

"La vigencia del principio de que al órgano de administración de la sociedad le está vedado obstaculizar el normal desarrollo de la oferta, a menos que se trate de la búsqueda de ofertas alternativas o haya recibido una autorización previa a tal efecto de la asamblea de accionistas durante el plazo de vigencia de la oferta" (DD art.22 inc. K).

5. La compra del control

Como antes se dijo la otra variante de la transferencia de control es la adquisición (*acquisition*) de las acciones de los controlantes mediante una oferta privada dirigida a los mismos y no a los accionistas inversores.

Los oferentes proceden así porque tienen interés en controlar la sociedad para ocupar los cargos ejecutivos cuyas remuneraciones son atractivas.

Esta variante plantea el problema que los controlantes vendedores perciben un sobreprecio por sus acciones de él que no participan los accionistas inversores.

Tal discriminación es considerada injusta en el derecho norteamericano tanto para anónimas abiertas como cerradas y aunque hay algunas normas legales al respecto la principal responsabilidad para sancionar los abusos finca en los tribunales (Conard, A.F. ob. cit. p. 201) siendo un caso resonante "Perlman v. Feldman" de 1955 (Baker R.J. Cary W.L., ob. cit. p. 396; Lattin N.D. ob. cit. p. 302).

Así judicialmente se resolvió sin mediar reglas especiales sobre la cuestión que el sobreprecio corresponde a todos los accionistas lo que se sustentó en diversas doctrinas, a saber:

1) La *Corporate asset* fundada en que el sobreprecio es "asset" o activo de la anónima y por lo tanto es de todos los accionistas (Conard, A.F., ob. cit. p. 204).

2) La *Equal opportunity* sustentada en que todos los accionistas deben gozar de igual oportunidad para vender sus acciones (Conard, A. F., ob. cit. p. 205), teoría que presenta matices según los casos (Baker, R.J. Cary, W.L., ob. cit. p. 590).

Esta segunda teoría de la igual oportunidad es la seguida por la O.C.D.E. cuyo principio I "E" señala que la adquisición de control corporativo debe realizarse con precios transparentes y en condiciones justas y equitativas a fin de proteger los derechos de todos los accionistas según su categoría.

Esta línea de igual oportunidad para todos los accionistas al transferirse el control, es la que genera la regulación de la OPA.

Singularmente mientras que los Estados Unidos son reacios a imponerla, Inglaterra —apartándose de la tradicional coincidencia anglo-

sajona— estableció un sistema de OPA obligatoria de facto y este criterio aunque obligatorio de jure es el adoptado en Europa continental, según expuso en ésta el profesor español Alberto Alonso Ureba en la Universidad Católica Argentina el 14/03/01.

En nuestro país la CNV impuso la OPA previa obligatoria para la adquisición de control mediante res. 61/1980 pero la misma fue recurrida por la Bolsa de Comercio, el Mercado de Valores y la Cámara de Sociedades Anónimas sosteniendo que la CNV al imponer la OPA obligatoria vedaba la posibilidad de adquirir el control en la bolsa sin mediar oferta pública y que para ello era incompetente pues su campo era el de la oferta pública y no el de la oferta privada (Bomchil, Máximo (h.) "Breve Comentario a la resolución 61 de la Comisión Nacional de Valores sobre oferta pública para adquisición de control", R.C.D.O. 1980, Año 13, p. 607).

La CNV sostuvo entre otros argumentos que la OPA obligatoria era ventajosa para los inversores pues convertía a todas las acciones dispersas en parte del "paquete de control" pero la derogó reemplazándola por una OPA voluntaria pues los recursos interpuestos creaban incertidumbre en cuanto a la eficacia y vigencia de la resolución "Comentario a la resolución 6/81 de la Comisión Nacional de Valores", R.D.C.O. 1981, Año 14, p. 867).

Se trataba pues de un procedimiento optativo de adquisición de control pero no imperativo o sea no excluyente de la oferta privada a los accionistas controlantes que la CNV mantuvo (res. gen. 110/87, 290/97, 368/01).

En diciembre de 2000 el Ministerio de Economía preparó un anteproyecto de ley de transparencia y de mejores prácticas para el gobierno de las sociedades.

Dicho anteproyecto art. 22 disponía que quien pretendiera adquirir el control participacional de una sociedad abierta no podría hacerlo sin promover previamente una oferta pública obligatoria de adquisición.

La Cámara Argentina de Sociedades Anónimas con relación a las reglas de buen gobierno corporativo dijo "apoyamos su adopción voluntaria por aquellas empresas que deseen incorporarlas a sus estatutos

para mejorar su perfil competitivo, siguiendo la línea del recientemente creado Novo Mercado en el seno de BOVESPA" (Memorando sobre el anteproyecto de ley, 1.Comentario General).

Es de notar que una de las reglas de buen gobierno corporativo cuya adopción voluntaria apoyó la Cámara de Sociedades Anónimas es "el compromiso de promover ofertas públicas de adquisición en caso de cambio de control" (Cámara Argentina de Sociedades Anónimas, Memorando sobre el Anteproyecto 1.Comentario General).

El decreto establece un Régimen Estatutario Optativo de Oferta Pública de Adquisición Obligatoria que abarcará a las sociedades abiertas que adhieran sea expresamente mediante una resolución asamblearia sea tácitamente de no pronunciarse en contrario en la primer asamblea celebrada luego de transcurridos 12 meses de la vigencia de la reglamentación que sobre la OPA debe dictar la CNV (DD art. 24).

En cuanto a los deberes de los participantes e intervinientes en la oferta pública el decreto reitera en líneas generales las reglas sobre información, reserva, lealtad y diligencia ya impuestas por la Comisión Nacional de Valores en la res. gral 290/97 (actualmente t.o. res. gral. 369/01) sobre "Transparencia en el ámbito de la oferta pública" tal como lo había hecho el Anteproyecto del Ministerio de Economía.

La Cámara de Sociedades Anónimas al pronunciarse sobre el Anteproyecto del Ministerio de Economía apoyó "la elevación a la categoría de ley de las normas sobre transparencia dictadas por la Comisión Nacional de Valores sobre la base de que tal jerarquización traiga también consigo la adopción de normas sobre el debido proceso legal que aporten el necesario equilibrio entre la potestad inquisitoria y disciplinaria de la CNV y el respeto del principio constitucional de presunción de inocencia" (CAS, Memorando 1. Comentario General).

En este aspecto cabe resaltar que el decreto otorga efecto suspensivo a los recursos concedidos contra las multas impuestas por la CNV (DD art. 39-LOP art. 14) a diferencia del Anteproyecto del Ministerio de Economía que no otorgaba tal efecto (APME art. 44) siguiendo en ello a la LOP art. 14 texto original.

En suma el decreto da rango legal a las normas reglamentarias de la CNV sobre oferta pública y adopta un régimen voluntario de OPA aproxi-

mándose al sistema norteamericano y no al europeo aunque la anónima abierta no adherente debe decidirlo expresamente y exteriorizarlo.

6. *El retiro de la oferta pública*

El valor de reembolso acordado por la LS art. 245 al accionista recedente con motivo del retiro o cese de la oferta pública, fijado en el valor resultante del último balance aprobado o que deba realizarse en virtud de normas legales o reglamentarias, fue objetado por no corresponder al valor real de las acciones (Nissen, Ricardo A., "Ley de Sociedades Comerciales", t. 2, p. 596, Abaco, 1983, t. 4, p. 39, Abaco, 1998; Cámara, Héctor, "Derecho societario", p. 275, Depalma, 1985; Zunino, Jorge O., "Sociedades comerciales-Disolución y liquidación", t. 1 p. 311, nro. 110, Astrea, 1984; Verón, A., "Sociedades comerciales", t. 3, p. 852, Astrea, 1986; Gagliardo, Mariano, "Hacia un adecuado valor de reembolso en el receso", LA LEY, 1989-E, 424; Vázquez Guijo Gualdo, "Derecho de receso", LA LEY, 1990-E, 826; Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, "Derecho societario-Parte General", t. 5, p. 255).

El decreto delegado atiende a la observación conforme al Principio II de la OCDE que propugna el tratamiento equitativo de los accionistas, señalando en sus considerandos que el régimen tiene por objeto garantizar a los inversores un precio equitativo valuado a pautas de mercado.

El sistema (DD arts. 31, 32) consiste en que la anónima abierta retirada voluntariamente de la oferta pública deberá hacer una OPA a los accionistas disconformes ofreciendo un precio equitativo según criterios aceptables algunos de los cuales indica, siempre que ello no afecte su liquidez y solvencia aunque en este caso y de ser una sociedad controlada la OPA estará a cargo del controlante.

Tal oferta deberá contar con la opinión de los órganos de administración, de fiscalización y del comité de auditoría pudiendo la CNV objetar el precio.

Para la determinación del precio equitativo pueden ponderarse entre otros criterios los siguientes: el valor de un balance especial o de liquidación, o el flujo de fondos o indicadores aplicados a compañías y negocios comparables, o la cotización media del semestre anterior o el ofrecido en una OPA durante el último año.

El accionista podrá impugnar el precio aunque la CNV no lo objete, conforme al procedimiento del art. 30 previsto para las participaciones residuales, recurriendo al tribunal arbitral o al juez competente sin que ello altere la transmisión de las acciones.

Si la CNV objeta el precio, la anónima oferente o en el caso su controlante podrán recurrir al tribunal arbitral o al juez competente y de fijarse un precio superior al ofrecido tendrán que pagar la diferencia cargando de haber mora desde intereses punitivos hasta la caducidad de la venta.

Cabe agregar que:

1) De conformidad a la LS art. 245 en caso de retiro voluntario de la cotización el reembolso debe pagarse dentro de los 60 días del acuerdo de retiro, lo que pudiera convenir en ciertos casos.

Por este motivo hubiera sido preferible dejar a opción del accionista la sujeción al régimen del decreto delegado o de la LS.

2) No está contemplada la continuación de la sociedad en caso de retiro impuesto por cancelación de la oferta pública o cotización (LS arts. 94 inc. 9, 245 "fijación del valor") aunque la situación del recedente respecto al derecho a un reembolso equitativo es la misma que la del recedente en el retiro voluntario.

7. Las participaciones residuales

El decreto asimismo adopta reglas concernientes a sociedades en las que hay un sector de accionistas controlantes titulares del 95% o más del capital social y otro sector de accionistas ultraminoritarios o accionistas residuales titulares del 5% o menos del capital social o sea de las llamadas "participaciones residuales" (DD arts. 25/30).

A su respecto en los considerandos del decreto se dice: "Que se instaure el instituto de las adquisiciones de participaciones residuales, que tiene por principal objetivo hacer más eficiente la estructura societaria y defender a los accionistas minoritarios que queden en situación de ser inversores en sociedades que, "de hecho" han pasado a ser cerradas,

dándole tanto a los controladores como a los accionistas minoritarios el derecho de comprar, o ser comprados, a un precio equitativo cuya determinación es similar a la que se establece para el retiro de la oferta pública”.

Para ello el decreto brinda a los controlantes cuasiabsolutos el derecho de adquirir las acciones de los accionistas ultraminoritarios y a éstos el derecho de separación.

Se trata de una cuestión más concerniente al tema de la concentración societaria que al de los inversores institucionales.

El derecho de apropiación se generó con motivo de procedimientos destinados a simplificar la fusión entre una sociedad matriz y su subsidiaria integral mediante “short-form merger provisions” o sea cláusulas estatutarias de fusión breve que facultaban al directorio de la matriz para decidir la fusión, facultándose a la matriz a adquirir las acciones ultraminoritarias mediante un pago en efectivo sujeto a revisión judicial respecto de la razonabilidad del precio.

Esta apertura se fundó en que:

“Where the objet of the bid is to take over the company as a wholly-owned subsidiary, the failure by a few shareholders to accept the offer could frustrate the scheme, for an outstanding minority may be a grave embarrassment to the parent company wishing to operate the subsidiary for the benefit of the group as a whole and not just of its own members” (Gower L.C.B., “The principles of modern company law” Third edition, p. 629, London Stevens & Sons, 1969).

En Inglaterra la Companies Act de 1929 admitió el derecho de la matriz titular del 90% del capital de la subsidiaria a adquirir las acciones de los accionistas residuales.

La antedicha regla inglesa fue criticada por poner en desigual situación a la matriz y a los accionistas residuales y por ello en la Companies Act de 1948 se dispuso que cuando la matriz podía imponer a los minoritarios la venta de sus acciones éstos recíprocamente podían compelir a la matriz a comprar sus acciones (Eisenberg M.A., ob. cit. p. 241).

Mientras que en Inglaterra el t3pico de las participaciones residuales se gest3 en t3cnicas de fusi3n abreviada que llevaron a la filial unimembre, en Alemania la cuesti3n apareci3 con motivo de la ley de sociedades por acciones de 1965.

Esta ley regul3 al derecho de grupos que es una manifestaci3n de la concentraci3n societaria.

La Aktiengesellschaft introdujo el instituto de la incorporaci3n (Eingliederung) que es una cuasifusi3n (Manovil Rafael, "Grupos de sociedades en el derecho comparado", p. 495, Abeledo-Perrot, 1998).

La traducci3n literal de Eingliederung es incorporaci3n pero en el caso la traducci3n conceptual es "afiliaci3n" pues tiene lugar en los siguientes casos:

1) Cuando todas las propias acciones de una sociedad (la futura afiliada) se encuentran en poder de otra sociedad (la futura afiliante) y la asamblea de 3sta aprueba la afiliaci3n (AktG art. 319).

2) Cuando el 90% de las propias acciones de la futura afiliada se encuentran en poder de la futura afiliante y la asamblea de aqu3lla tambi3n aprueba la afiliaci3n. (AktG art. 320-1).

En este caso los accionistas disidentes de la afiliada tienen derecho a una indemnizaci3n equitativa.

La indemnizaci3n puede consistir en propias acciones de la afiliante. Si la afiliante es una sociedad dependiente el accionista disidente puede elegir entre dichas acciones o una compensaci3n equitativa en efectivo (AktG art. 320-5).

Con relaci3n a las participaciones residuales el decreto:

1) Da a los accionistas controlantes el derecho de adquirirlas por un precio equitativo con la correlativa obligaci3n de los accionistas residuales de enajenarlas (DD art. 28).

Este es un derecho de apropiaci3n para lograr el control totalitario de la sociedad.

El derecho de apropiación no es una cuestión vinculada a los intereses de los inversores institucionales porque la finalidad de los mismos no es administrar las anónimas abiertas sino participar de las ganancias de una anónima bien administrada.

El derecho de apropiación es un tema vinculado al fenómeno de concentración societaria vía adquisición de una filial cuya personalidad jurídica se mantiene formalmente independiente de la de la matriz o sea es un asunto concerniente al derecho de grupos.

Cabe agregar que los actuales accionistas podrían tildar de inconstitucional la apropiación de sus acciones por el controlante conforme a la Constitución Nacional art. 17.

Diversa sería por cierto la situación de quienes adquirieran acciones estando vigente el decreto delegado.

Este tema de las participaciones residuales tuvo con todo un antecedente en nuestro medio con la controvertida cuestión concerniente a la prescripción del derecho al canje de acciones (Bacqué, Jorge A. y Jelonche, Edgar I., "Prescripción del derecho al canje de acciones", R.D.C.O. 1980, Año 13, p. 479).

2) Da a los accionistas residuales el derecho de enajenarlas por un precio equitativo con la correlativa obligación de los accionistas controlantes de adquirirlas mediante una OPA (DD art. 27). Este es un derecho de separación para excluirse de una sociedad en la que se es accionista ultraminoritario lo que implica incluir una causal más de receso.

Tampoco esto interesa a los accionistas institucionales porque éstos invierten en anónimas abiertas a la usanza norteamericana en las que los accionistas inversores son mayoritarios. El derecho de separación es un tema vinculado a los intereses del accionista externo ultraminoritario o sea que es una materia atinente al derecho de grupos.

En suma el decreto destinado en principio al tema de la transparencia de la oferta pública modifica la estructura de la anónima abierta introduciendo el régimen de las participaciones registrales cuestión

que no es ajena a la toma de control pero sí a las necesidades de los inversores institucionales.

8. El arbitraje

En los Principios de la OCDE ya mencionados se incluye el del tratamiento equitativo de los accionistas indicando que todo accionista debe contar con la posibilidad de obtener una reparación efectiva por la violación de sus derechos (OCDE Principio II Tratamiento equitativo de los accionistas) fundándose en que:

“Muchos países han descubierto que unos procesos de adjudicación alternativos, como las audiencias administrativas o los procesos de arbitraje organizados por los organismos reguladores de los mercados de valores y otras entidades, son métodos eficaces para alcanzar acuerdos, al menos en instancias inferiores” (OCDE, Anotaciones sobre los Principios, Principio II, Tratamiento equitativo de los accionistas).

El arbitraje para solucionar los conflictos entre las anónimas abiertas y los accionistas es una práctica norteamericana admitida por la Securities and Exchange Commission en 1987 aunque había quienes opinaban que las emisoras forzaban a los accionistas a recurrir al arbitraje.

Por ello se cuestionó el sistema afirmándose que sus resultados fueron desventajosos para los accionistas pues la SEC no ejerció una supervisión adecuada sobre el mismo (Jacobs Margaret, redactora de “The Wall Street Journal”, diario “La Nación”, del 16/11/95, Sec. 2da. p. 7).

En general respecto del arbitraje en EE.UU. se ha afirmado que no obstante sus ventajas “ha generado cierta desconfianza en los medios empresarios y entre los abogados de empresas, que desean que las disputas se resuelvan en forma predecible”. (Lerer Silvio, “Cómo se resuelven los conflictos legales interempresarios en los EE.UU.-Una experiencia comparada que merece ser conocida en la Argentina”, La Ley Suplemento de Derecho de la Empresa, 21/06/94 Nro. 1 junio/julio 1994).

Es de notar que una de las posibles causas a las que se atribuye el desuso del arbitraje en el país, es también la impredecibilidad de los laudos (Lynch, Horacio M., “Arbitraje en la Argentina. Causas de su poca utilización y sugerencias de cambios”, LA LEY, 1995-E, 1197).

Respecto al arbitraje en nuestro medio cabe recordar que el Código de Comercio de 1862 art. 511 imponía la intervención de jueces arbitradores para todas las cuestiones sociales tal como las Ordenanzas de Bilbao (Anaya, Jaime L. "El arbitraje en los conflictos societarios", Cap. II, LA Ley, 1995-E, 853).

Tal criterio fue cuestionado por no respetar la libertad de quien quiere ser juzgado por los tribunales por lo que en la reforma de 1889 se mantuvo la jurisdicción arbitral salvo convención en contrario de los socios (C. de Com., ley 2637, art.448) en lo que se siguió al Código de Comercio español de 1829 (Obarrio, Manuel, "Curso de Derecho Comercial", t. I, p.451, nro. 460, J. Lajouane y Cía, 1907).

No obstante dejar abierta la posibilidad de la vía judicial, esta nueva regla mereció objeciones de quienes sostuvieron que el arbitraje era en su práctica perjudicial (Obarrio, M., ob. cit. t.1, p.452, nro. 462; Segovia, Lisandro, "Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina", t. I, p. 264, nota 816, Félix Lajoune 1892; Siburu, Juan B., "Comentario del Código de Comercio argentino", t. 5, p. 328, nro. 1608, Felix Lajouane, 1908; Castillo, Ramón, "Curso de Derecho Comercial", t. 3, p. 368, nro. 529, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935) aunque también mereció el apoyo de quienes consideraron tal censura sin fundamento (Malagarriga, Carlos, "Código de Comercio Comentado", t. II, p. 440, nro. 587, J.Lajouane y Cía Editores, 1927; Fernández, R.L., "C. de Comercio Comentado", t.I, p. 712, Cía. Impresora Argentina S.A., 1943).

En una posición intermedia se afirmó que era ineficaz el arbitraje cuando había que lograr la constitución del tribunal lo que podía requerir un previo juicio ordinario resultando un engranaje más pesado y más caro aún que el de la justicia salvo en los supuestos de arbitraje en bolsas o mercados o instituciones similares (Zavala Rodríguez, Carlos J., "Código de Comercio Comentado", t.I, p. 559, nro. 1074, Roque Depalma, 1959).

Es decir que para este último enfoque el arbitraje institucional estaba exento de reproche, criterio éste compartido por Isaac Halperín (Anaya, J.L., loc. cit. Cap. VI).

Como es sabido la LS suprimió el régimen relativo al modo de dirimir las diferencias entre los socios que el C. de Comercio legislaba median-

te el art. 448 ya citado y siguiente, pero tal silencio no obsta a la inclusión de la cláusula compromisoria en el estatuto o contrato social (Anaya, J.L., loc. cit. Cap. VII).

Concordando con esta orientación la Inspección General de Justicia mediante la res. gral. 4/01 admitió la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de las sociedades de responsabilidad limitada, en los estatutos de las sociedades por acciones sometidas a su contralor y en los contratos de colaboración empresaria regulados por la ley 19.550.

El Anteproyecto del Ministerio de Economía de diciembre de 2000 sobre "Ley de transparencia y mejores prácticas para el gobierno de las sociedades" establecía el arbitraje obligatorio para la sociedad pero voluntario para los inversores que podrían recurrir a la vía judicial.

La Cámara de Sociedades Anónimas consideró que la introducción de la instancia arbitral era un acierto, pero sostuvo que debía ser obligatoria "tanto para la sociedad como para los accionistas, ya que de lo contrario las emisoras quedan siempre expuestas a las demandas judiciales con fines extorsivos, dado que usualmente el demandante especula con la lentitud y la inseguridad que genera la tramitación ante los estrados judiciales" (Memorando sobre el Anteproyecto referido).

El decreto mantiene la solución del anteproyecto prescribiendo que las entidades autorreguladas deberán crear sendos Tribunales de Arbitraje Permanente al cual quedarán sometidas en forma obligatoria las entidades emisoras de oferta pública, pero no los accionistas e inversores que pueden optar por recurrir a los tribunales competentes (DD art. 38).

El decreto comprende en la jurisdicción arbitral a todas las acciones derivadas de la ley 19.550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de estatutos o reglamentos (DD art. 38).

La solución de brindar al accionista inversor la vía arbitral o judicial a su elección, es congruente con la finalidad del decreto que procura la atracción de accionistas inversores institucionales.

Cabe agregar que la CNV mediante res. gen. 371/2001 interpretó al referido art. 38 del DD, en el sentido que: (i) el ámbito de aplicación del mismo no comprende a las cuestiones vinculadas con la existencia y forma de una sociedad comercial constituida en el extranjero, las que deben regularse de acuerdo con el art. 118 de la LS; (ii) en particular no están comprendidas bajo la jurisdicción del tribunal arbitral todas las acciones derivadas de la ley aplicable al lugar de constitución del emisor extranjero, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de nulidad de cláusula de los estatutos de reglamentos societarios.

9. Otras modificaciones a la LS

Entre otras modificaciones a la LS que diferencian a la anónima abierta de la cerrada cabe señalar:

1) La admisión de reuniones de directorio a distancia (DD art. 42-LOP art. 65).

2) El régimen de adquisición de las acciones propias (DD art. 42-LOP art. 68).

3) El régimen de acciones destinadas al personal (DD art. 42-LOP art. 69).

4) Las ofertas de canje de acciones (DD art. 42-LOP art. 70).

5) El régimen asambleario en cuanto a convocatoria e información previa y al derecho de accionistas representativos del 2% del capital de entregar en la sede social comentarios o propuestas relativas a la marcha de los negocios sociales lo que el directorio deberá informar a los restantes accionistas (DD art. 42-LOP art. 71).

6) La ampliación de la competencia de la asamblea ordinaria (DD art. 42-LOP art. 72).

7) La acción social de responsabilidad en beneficio individual (LOP art. 42 art. 75).

III. El proyecto de 1998 y la anónima afiliada

En nuestro derecho es una vieja cuestión con ilustres antagonistas, la viabilidad de una anónima unimembre.

El tema se centró en la anónima pues ésta es la responsable exclusiva de sus obligaciones estando liberados los socios, planteo extensible a la SRL por idéntica razón.

Fueron opiniones favorables a la constitución de una anónima unimembre mediante la vía del negocio jurídico indirecto entre otras las de Mauricio Yadarola ("El negocio jurídico indirecto y la sociedad anónima de un solo accionista", Revista Jurídica de Córdoba, 1947, p. 381) y Marcos Satanowsky ("Tratado de D. Comercial", t. 3, p. 323, nro. 114, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1957).

Fueron opiniones adversas las de Raymundo L. Fernández ("C. de Comercio Comentado", t. I, p. 458, Cía. Impresora Argentina, 1945), Isaac Halperín ("Manual de Sociedades Anónimas", p. 377, Roque Depalma Editor, 1958; "Curso de Derecho Comercial", vol. I, p. 217, Ediciones Depalma, 1971; "Sociedades Anónimas", p. 72, n. 29, Ediciones Depalma, 1974; "Sociedades Anónimas", p. 86 nro. 15, n. 27/31, 2da. edición actualizada y ampliada por este articulista, Ediciones Depalma, 1998; "Curso de Derecho Comercial", vol. I, p. 273, 4ta. edición actualizada y ampliada por Enrique M. Butty, Ediciones Depalma, 2000) y Carlos J. Zavala Rodríguez ("Código de Comercio y Leyes Complementarias", t. I, p. 382, nro. 728, Roque Depalma Editor, 1959) sin ser por cierto las únicas.

En una variante partiendo de la constitución pluripersonal de la anónima, se controversió la licitud de su perduración al convertirse en unipersonal.

Fernández con citas de Siburú, Segovia y Castillo sostuvo que en tal caso la sociedad se extinguiría aunque reconociendo que el Código guardaba silencio al respecto (Fernández, ob. cit. p. 459).

Diversamente Carlos Malagarriga postuló la licitud de la perduración de una anónima inicialmente pluripersonal pero devenida uniperso-

nal ("Tratado Elemental de Derecho Comercial", t. I, Primera Parte, Capítulo 9, nro. 11, p. 421, Tipográfica Editora Argentina, 1957).

Este último enfoque quedó descartado por la LS art. 94 inc. 8 que incluyó entre las causales de disolución de una sociedad la reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres meses siendo en ese lapso el socio único responsable por las obligaciones sociales contraídas.

El debate por cierto que también se suscitó en el derecho comparado (vg. Alonso Ureba, Alberto "La sociedad unipersonal" en "La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital", p. 217, Colegios Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Notarial de Madrid en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1987).

El tema revivió entre nosotros con motivo del Proyecto de 1987 sobre unificación de la legislación civil y comercial sancionado por el Congreso como ley 24.032 vetada por el PE (Adla, LII-A, 3) (dec. 2719/91) y con motivo el Proyecto de 1993 sobre uniformación del derecho de sociedades.

En la ley vetada se modificaba el art. 1° de la LS admitiendo la constitución de sociedad por una o más personas.

En el Proyecto del 93 sobre uniformación del derecho de sociedades, se modificaba el art. 1° de la LS admitiendo la constitución de una sociedad por una sola persona física o jurídica pero ello limitado a la SRL y a la anónima.

Juristas intervinientes en los proyectos abundaron sobre las razones de la solución (Fargosi, Horacio P., "Anotaciones sobre la sociedad unipersonal", LA LEY, 1989-E, 1028; Piaggi, Ana I., "Apuntes sobre la sociedad unipersonal", LA LEY, 1989-E, 1194, "Estudios sobre la sociedad unipersonal", Ediciones Depalma, 1997) principalmente con sustento en el derecho comparado y en la realidad empresaria.

Mas también se reiteró con autoridad la postura adversa postulando la necesidad de la constitución contractual de la sociedad aunque ad-

mitiendo la viabilidad de su perduración unipersonal y resaltando la conveniencia de regular la empresa unipersonal de responsabilidad limitada (García Belsunce, Horacio A., "La sociedad de un sólo socio", ED,146-925).

Desde otro enfoque se resaltaron las dos caras de la cuestión: una la empresa unipersonal de responsabilidad limitada atinente al empresario individual y otra la filial concerniente al grupo societario realidad ésta insoslayable.

En esta vía se propició la adopción de soluciones especiales para la sociedad unipersonal (Anaya, Jaime L., "Sociedades inicialmente unipersonales", ED,124- 724; Suárez Anzorena, Carlos y Veiga, Juan Carlos, "El Proyecto de Unificación y el universo jurídico societario", LA LEY, 1987- E, 993).

Tras la ley vetada y el proyecto sobre uniformación del derecho de sociedades de 1993 siguieron la misma senda aunque con diferentes matices los 2 Proyectos de 1993 y el actual Proyecto de 1998.

El actual Proyecto del PE de 1998 sigue la solución del Proyecto de 1991 y del Proyecto de Diputados de 1993 aunque en vez de referirse a la persona física menciona a la persona humana.

En los Fundamentos del Proyecto del 98 entre otras consideraciones se arguye:

"Finalmente deberá señalarse que esta categorización permite que una sociedad anónima y de responsabilidad limitada nazcan con un solo socio e incorporen después a otros; y a la inversa, sin modificar su tipo ni exigir transformación. La sencillez de la solución no puede encontrar reparo sólo en un concepto teórico que obligue a la pluralidad personal incluso allí donde realmente no existe. Extremando el análisis, podría decirse que las sociedades de un solo socio (real), tienen ya tipicidad social, cuyo reconocimiento no debe detenerse sólo por pruritos técnicos, los que hallan soluciones adecuadas con una inteligente adaptación" ("Proyecto de Código Civil de la República Argentina con Nota de Elevación, Fundamentos y Legislación complementaria, nro. 333-2, p. 144, Ministerio de Justicia de la Nación, 1999).

En el tema confluyen tres vertientes diversas.

Una primer vertiente es el histórico origen contractual de la sociedad en su evolución desde el derecho romano en la que un socio actuaba ante terceros exclusivamente en su nombre y sin obligar a los demás hasta el derecho intermedio en la que el socio actuante ante terceros lo hacía en su nombre y en nombre de los demás socios y de allí la sociedad en nombre colectivo o sociedad colectiva.

Desde este enfoque es inadmisibile la sociedad unipersonal.

Una segunda vertiente es la corporatista que nació cuando el Código de Comercio francés de 1807 incluyó genialmente entre las sociedades comerciales a una persona jurídica, la sociedad anónima descendiente de las corporaciones medievales y de las compañías coloniales, nombres que perduran en la *corporation* norteamericana y en la *company* inglesa.

Los franceses la llamaron sociedad anónima porque mediante la misma no se comerciaba en nombre de los socios.

Esta inmersión de la anónima en las sociedades comerciales contractualizó a la anónima y personificó a las sociedades clásicas.

La contractualización de la anónima en el derecho continental tuvo su expresión notoria en la ley francesa de 1867 que implantó el sistema normativo de constitución privada sin el clásico recaudo de la intervención pública propio de las corporaciones.

En nuestro derecho tras el inicial Código de Comercio de 1862 para el que precisaban autorización sólo las anónimas titulares de alguna concesión gubernativa (C. Comercio, ley 15, art. 405; Malagarriga, Carlos, "Código de Comercio Comentado", t.II, p. 121, nro. 117, Lajouane, 1929) tal como el Código español de 1829, siguió el Código de Comercio de 1890, ley 2637 art. 318 que concordando con el C. Civil, ley 340 art. 33 exigió la autorización del Poder Ejecutivo para todas las anónimas por ser personas jurídicas y finalmente se arribó a la LS de 1972 que eliminó tal autorización aplicando el sistema normativo.

La personificación de las sociedades clásicas se elaboró en nuestro derecho sobre diversas doctrinas y culminó con la personificación de todas las sociedades (C. Civil, art. 33 texto ley 17.711 —Adla, XXVIII-B, 1810— LS, art. 2°) salvo la sociedad accidental o en participación (LS, art. 361).

Con la personificación de las sociedades clásicas y la contractualización de la anónima al no requerir autorización estatal, se introdujo un cambio importante en el negocio societario.

El mismo dejó de ser estrictamente un contrato porque una de los principios del contrato estriba en que no puede perjudicar a terceros (C. Civil, art. 1197) o para decirlo en un lenguaje actual no es oponible a terceros.

Hoy el negocio societario salvo la excepción de la sociedad accidental o en participación es oponible a terceros porque implica la creación de una persona jurídica (C. Civil, art. 33) o sujeto de derecho (LS, art. 2°) diferente de las personas de los socios siendo esto especialmente significativo respecto de la anónima por la irresponsabilidad de los accionistas ante terceros (LS, art. 163) lo que también vale para la SRL (LS, art.146).

Esta irresponsabilidad de los accionistas deriva del origen corporatista de la anónima por ser una nota de la corporación la separación entre ella y sus miembros (Código Civil, art. 39).

Es de notar que si bien la corporación es una *universitas personarum* siendo la pluralidad de miembros un elemento natural de la misma no se trata de un elemento esencial pues la reducción a uno de ellos no comporta la disolución de la corporación.

En suma la pluralidad de miembros no es necesaria en las personas jurídicas corporativas (la anónima y la asociación) siendo de notar que hay personas jurídicas sin miembros partícipes la *universitas bonorum* o fundación (ley 19.836 —Adla, XXXII-D, 4986—).

Esta es la solución hoy en pie para otra descendiente de la corporación clásica como es la asociación (Código Civil, art. 49, art. 50 y su

nota; Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil argentino, Parte General", I, p. 656, Nro. 716-F, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1991).

Vale decir que la sociedad unipersonal inadmisibles desde el enfoque de la sociedad contrato, es posible desde el ángulo de la sociedad persona o corporación.

A esto se añadió una tercer vertiente originada en la irrupción de la empresa como protagonista del tráfico allende el papel de un acto de comercio mas asignado en el Código de Comercio francés de 1807 y sus seguidores entre ellos el nuestro.

A su vez la empresa y particularmente la gran empresa tuvo su expresión jurídica en la anónima por las ventajas de limitación de responsabilidad y de captación de fondos.

La legislación atendió a la conservación de la empresa, a su reorganización y a su concentración.

Esto repercutió en el ordenamiento societario y así en materia de conservación hay normas sobre la regularización de la sociedad informal (LS, art. 22) y sobre la subsanación de determinadas causales de disolución (LS, arts. 94 inc. 8, 95, 96), en cuanto a reorganización está prevista la transformación (LS, art.74) y respecto de la concentración se contemplan la cooperación mediante la agrupación de colaboración (LS, art.367), la coparticipación accidental mediante la añeja sociedad accidental o en participación (LS, art. 361) y la moderna UTE (LS, art. 377), el grupo societario (LS, arts. 33, 63-1-b, 63-2-1-a, 64-I-b-8, 65-1-g, 66 inc. 6, 286 inc. 2, 299 inc. 6), la unificación mediante la fusión (LS, art.82) y la descentralización mediante la escisión (LS, art.88).

Falta en el cuadro la viabilidad de la filial unimembre necesaria para la descentralización de la gran empresa, admitida en el derecho comparado pero proscripta literalmente en el nuestro por el carácter contractual asignado al acto social constitutivo (LS, arts. 4°, 5°, 167) y la disolución impuesta para el caso del socio único (LS, art. 94 inc. 8).

Sin embargo de hecho se admite la filial unimembre constituida entre la matriz y un socio de cómodo porque es lícita la participación de

socios aparentes (LS, art.34) y cabe la utilización de la sociedad como negocio jurídico indirecto como es el caso de la asociación (LS, art. 3°) y de la sociedad de inversión (LS, art. 38) que no brinda bienes ni servicios al mercado.

Además no siempre el acto social constitutivo es un contrato pues se dan los casos de la escisión (LS, art. 88), de la indivisión hereditaria (LS, art. 28) y de la sociedad concordataria (ley de concursos y quiebras 24.522, art. 43).

En síntesis la anónima unimembre es imposible en cuanto contrato en sentido estricto pero es admisible en cuanto oponible a terceros y persona jurídica e imprescindible en cuanto gran empresa una de cuyas necesidades es la descentralización.

La admisión de la anónima y su correlativa la SRL como filial unimembre es plausible.

Con todo la adopción de la sociedad capitalista unimembre plantea otra cuestión.

Es evidente que la constitución de una filial puede perjudicar los derechos de los accionistas externos de la matriz o sea de aquellos accionistas ajenos al sector controlante de la matriz.

Es también evidente que las relaciones entre la matriz y la filial y entre las cofiliales pueden permitir maniobras en detrimento de los acreedores.

Por cierto que tales maniobras pueden producirse en grupos no compuestos por filiales integrales y que tales maniobras tienen ya su remedio en las soluciones de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (LS, art. 54), de la extensión de la quiebra (LCQ, arts. 160, 161) y en las acciones de responsabilidad societaria (LS, art. 274) y falencial (LCQ, art. 173).

Empero también es verdad que tales maniobras se facilitan respecto de la filial integral.

Ante este planteo se abren dos caminos.

Uno consiste en admitir lisa y llanamente la constitución de una anónima o de una SRL unimembre destinadas a funcionar conforme al

régimen de tales tipos societarios y ésta es la vía adoptada por el Proyecto del 98 siguiendo a sus predecesores como se expone en los fundamentos del dicho proyecto.

Otra fincante en establecer reglas particulares para el caso como ya lo ha requerido la doctrina con motivo del Proyecto de 1987 (Anaya, Jaime L., "Sociedades inicialmente unipersonales", ED, 124-724; Suárez Anzoarena, Carlos y Veiga, Juan C., "El Proyecto de unificación y el universo jurídico societario", LA LEY, 1987-E, 993).

Este es el criterio propiciado por la Academia en el Informe del 09/09/99 reiterado el 14/08/00 relativo al Proyecto de Código Civil de 1998.

En dicho Informe se destacó que el verdadero interés en la sociedad unimembre concierne a la constitución de filiales y no a la limitación de responsabilidad personal y se resaltó la conveniencia de regular las relaciones entre la matriz y la filial o las filiales y entre las filiales.

En este sentido podría apuntarse lo siguiente.

Para tutela de los derechos de los acreedores disponer la subordinación de los créditos de la matriz en la quiebra de la filial y viceversa así como la subordinación de los créditos de las cofiliales en la quiebra de una filial.

En el derecho norteamericano la subordinación equitativa (*equitable subordination*) de créditos se aplica en caso de inconductas del controlante en la administración de la sociedad controlada siendo una medida de menor rigor que la imposición al controlante de las deudas de la controlada (Baird Douglas G., "The elements of bankruptcy", ps. 142, 160/3, Westbury New York, The Foundation Press Inc., 1993; Baker R.J. Cary W.L., "Corporations", p. 396, Brooklyn, The Foundation Press Inc., 1959).

En nuestra doctrina se ha propiciado otorgar a los jueces concursales la posibilidad de subordinar créditos ante una conducta torpe (Araya, Tomás M. "Subordinación de créditos en los negocios jurídicos" p. 221, Abaco, 1999).

La solución aquí propuesta es más severa porque subordina los créditos de la matriz y de las cofiliales por el mero hecho de ser tales ello sin perjuicio de que prevalezca la extensión de la quiebra de corresponder

conforme a la LCQ 24.522 arts.160, 161 y de la responsabilidad de terceros según la LCQ art.173.

En cuanto al concurso preventivo ya está prevista la exclusión de los accionistas controlantes del cómputo para la aprobación del acuerdo (LCQ 24.522, art.45).

Otro problema que plantea la filial es el de los accionistas externos de la matriz o sea los ajenos al sector controlante.

Una primer cuestión al respecto consiste en si la decisión de constituir una filial compete al directorio o a la asamblea de la matriz.

Es obvio que los derechos de los accionistas externos de la matriz estarán mejor guardados de ser competente la asamblea.

En derecho norteamericano se ha resuelto que: *"What was once an integrated business becomes legally separated immediately after the corporation division and, in time, economically separated. For this reason alone, stockholder vote would seem appropriate"* (Eisenberg Melvin A. "The Structure of the Corporation, A legal analysis" p. 273 nro. 17.3., Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1976).

En otra oportunidad he entendido que la constitución de una filial es un acto de administración extraordinaria de competencia del directorio ya que importa una toma de participación societaria (LS, art.31) sin perjuicio de que tal decisión pueda reservarse a la asamblea (LS, art. 234 inc.1) o al consejo de vigilancia (LS, art. 281 inc. c) (este articulista "Administración societaria", p. 117, nro. 25, Abaco, 1979).

Empero se ha sostenido con autoridad que deben excluirse de las facultades del directorio los actos que directa o indirectamente puedan modificar las condiciones de funcionamiento o existencia de la sociedad tales como la venta de un establecimiento, la venta del fondo de comercio (Halperín Isaac, "Sociedades Anónimas", p. 515, 2da. edición actualizada y ampliada por este articulista, Depalma, 1998).

La constitución de una filial modifica las condiciones de funcionamiento o existencia de la sociedad y por lo tanto al admitirse explícita-

mente la constitución de la misma, convendría analizar la conveniencia de que tal decisión incumbiera a la asamblea extraordinaria de la matriz para mejor protección de los derechos de los accionistas externos como se ha dicho.

Una segunda cuestión concierne a la información de los accionistas externos de la matriz respecto de la administración de la filial.

En la ley chilena 18.046 de 1981 sobre sociedades anónimas se brinda la solución mediante la adopción del voto acumulativo para la elección de directores (art. 66) y el derecho de los directores de la matriz asistir con voz a las reuniones de directorio de la filial y de imponerse de los libros y antecedentes de la filial (art. 92).

En la LS dada la posibilidad de representación sectorial en el directorio (LS, arts. 262, 263), en el consejo de vigilancia (LS, art. 280) y en la sindicatura (LS, arts. 288, 289), el otorgamiento a directores, consejeros y síndicos del derecho de información respecto de la filial conforme a la ley chilena resolvería la cuestión.

Otra vía sería el remedio del *voting pass-through* o voto traspasado aplicado en el derecho norteamericano consistente en que dados ciertos supuestos en la asamblea de la filial votan los accionistas de la matriz en vez de la matriz (Eisenberg Melvin Aron, "The structure of the corporation. A legal analysis", p. 285 y sigtes., Little, Brown and Company, Boston and Toronto 1976).

IV. El proyecto de 1998 y la anónima asociada

1. El escollo de la LS artículo 30

El proyecto siguiendo los lineamientos de los anteriores, postula un régimen de contratos asociativos diferente del contrato de sociedad con la posibilidad de autocalificar a un contrato societario como contrato asociativo no sujeto a la LS.

Ello fue generado por la necesidad de obviar los inconvenientes causados a la anónima por la LS art. 30 vigente desde el texto original de la misma según la ley 19.550 de 1972.

Dicho artículo impone una severa traba a las sociedades anónimas al disponer que sólo pueden formar parte de sociedades por acciones, solución extensiva a la comandita por acciones.

A esto se suma que la LS art.386 inc. h (texto reformado de 1983, ley 22.903—Adla, XLIII-D, 3673—) prescribe que las sociedades anónimas y en comandita por acciones que formen parte de sociedades que no sean por acciones deberán enajenar sus cuotas o partes de interés en el plazo de 10 años a partir de la vigencia de la misma y en caso contrario quedarán sujetas al régimen de las sociedades no constituidas regularmente aunque por vía jurisprudencial se atemperó el rigor literal de la norma (CNCom. sala A, 24/06/94, "García A. y otro c. García M. y otros", con nota de Ignacio A. Escuti (h.) "La batalla contra el artículo 30", ED, 164-990).

La motivación del art. 30 fue fundada en razones que pueden sintetizarse como sigue:

1) Los accionistas de la anónima participante no podrían controlar directa ni indirectamente a los administradores de la sociedad participada (Halperín I., "Sociedad anónima, sociedad en participación y joint venture", R.D.C.O.1973, Año 6, p. 139, I-1-1)-2)-3).

Tal observación interesa cuando la participante controla a la participada o los accionistas controlantes de la participante son accionistas controlantes de la participada y en la participante hay accionistas que no son accionistas de la participada. Este es uno de los problemas que plantea el grupo societario en lo que respecta a los accionistas externos o extragrupales de la sociedad participante y también a los acreedores tanto de la participante como de la participada por el cruzamiento y desvío de negocios. Cuando la participante no integra un grupo societario con la participada la cuestión es irrelevante (i) para los accionistas no controlantes de la participante porque tanto ellos como los controlantes corren la misma suerte en los negocios de la participada y también (ii) para los acreedores porque cuando la participante y la participada no están agrupadas las operaciones con las mismas tienen los riesgos propios de las operaciones de plaza.

En suma el problema se plantea cuando la participante y la participada conforman un grupo societario y es en la regulación del grupo donde debe atenderse la cuestión.

2) De ser la anónima participante socia con responsabilidad solidaria de la sociedad participada, la quiebra de ésta comportaría la de aquélla (LC 19.551, art. 164, hoy LCQ 24.522, art. 160) (Halperín I., loc. cit. I-1-4)).

El tema de la responsabilidad de las *corporations* o anónimas por su participación en *partnerships* o colectivas se había planteado en el derecho norteamericano.

Inicialmente se entendió que tal participación importaba una delegación excesiva de la gestión societaria y era por ende violatoria del *ultra vires*.

Ello impedía la participación de *corporations* en coemprendimientos transitorios lo que creó un grave problema que se resolvió jurisprudencialmente considerando que un coemprendimiento accidental no configura una *partnership* sino que está regido por las reglas de responsabilidad del *joint venture*. Más adelante se admitió estatutariamente la participación de *corporations* en *partnerships* y así lo aceptó la Partnership Uniform Act (Grane Judson A., Bromberg Alan R., "Law of partnership", p. 52, West Publishing Company St Paul Minnesota, 1968).

La diferenciación entre *partnership* y *joint venture* o más exactamente de la unincorporated *joint venture*, permitió a las *corporations* participar en empresas conjuntas transitorias mediante una estructura similar a la de nuestra sociedad accidental o en participación (LS, art. 361).

Se entendió que no había en el caso delegación de las atribuciones de la administración de la *corporation* para encarar una actividad sino que el órgano de administración de la *corporation* decidía una operación determinada como otro tanto sucede en la sociedad accidental o en participación (LS, art. 361).

Conforme a este criterio se proyectó la modificación de la LS art. 30 permitiendo a las anónimas integrar sociedades accidentales o en participación, lo que fue criticado (Halperín I., loc. cit. addenda) y no prosperó.

3) La fiscalización estatal sobre la anónima (LS, arts. 299 y sigtes.) se eludiría de participar la anónima en una sociedad no sujeta a tal fiscali-

zación (Halperín I., loc. cit. I- 1-5). Cabe anotar que la existencia de interés público es evidente en la anónima sujeta a fiscalización estatal permanente (LS, art. 299) pero no en la anónima regida por la fiscalización estatal limitada (LS, art. 300) ello sin perjuicio de que sea conveniente mantener ciertas atribuciones de la autoridad de contralor vg. la concerniente a la celebración de asambleas.

La solución de la LS art. 30 defendida por los autores del proyecto de ley (Halperín, I., loc. cit; Fargosi, Horacio P., "Estudios de derecho societario", p. 69, Editorial Abaco, 1978) fue cuestionada (Verón A., "Sociedades comerciales", t.1, p. 238, nro. 2, Astrea, 1982; Lepera, Sergio, "Joint venture y sociedad, Acuerdos de coparticipación societaria", Astrea, 1984; Nissen, Ricardo A., "Ley de sociedades comerciales", t. 1, p. 307, nros. 127, 128, Abaco, 1996). Lo cierto es que de hecho la LS art. 30 fue un obstáculo para la actuación de *unincorporated joint ventures* utilizados para grandes emprendimientos pues dichos *joint ventures* podían ser considerados sociedades accidentales o en participación vedadas para las corporations o sociedades anónimas aunque se habían señalado diferencias entre la sociedad accidental o en participación y el joint venture (Halperín, I., "Sociedad anónima, sociedad en participación y joint venture", R.D.C.O. 1973, Año 6, p. 139).

La posible equiparación del *joint venture* a las sociedades de la LS art. 361, la interpretación mayoritaria consistente en que la prohibición de la LS art. 30 alcanza a las sociedades de la LS art. 361 y la posible sanción de irregularidad impuesta por la LS art. 386, tornaba imprudente el empleo del "*joint venture*".

Todo llevó a buscar soluciones para sortear la veda de la LS art. 30 (Escuti, Ignacio A. (h.), "La batalla contra el artículo 30", ED, 164-990).

Mediante la ley 21.778 art. 24 se resolvió el problema para los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos exceptuándolos de lo dispuesto en la LS art. 30.

Empero no era el negocio petrolero el único realizado mediante joint ventures pues vg. se empleaban también para grandes obras públicas.

Ocurría otro tanto en Brasil y la ley de sociedades anónimas 6404 de 1976 art. 278 introdujo el instituto del consorcio destinado a compañías

o cualesquier otras sociedades, bajo el mismo control o no, para *executar determinado emprendimiento*, careciendo el consorcio de personalidad jurídica, respondiendo las consorciadas por sus propias obligaciones sin presunción de solidaridad y sin que la quiebra de una consorciada se extienda a las demás.

A su respecto la respectiva Exposicao Justificativa dice: "*Sem pretensao de inovar, apenas convalida, em termos nítidos. o que já vem ocorrendo na prática, principalmente na execucao de obras públicas e de grandes projetos de investimento*" (Martins de Andrade Andre, "Anotacoes á lei das sociedades anonimas", Editora Atlas S.A., 1977, Sao Paulo).

Es de notar que la citada ley brasileña arts. 265 y sigtes. reguló al grupo de sociedades siguiendo la orientación alemana o sea al grupo estructurado sobre el control externo de derecho o control vincular pactado.

Uno de los motivos que llevó a la tipificación del consorcio fue diferenciarlo del grupo de sociedades y por ello se afirma que: "*O grande mérito da lei é mostrar que o consorcio nao se confunde com o grupo de sociedades...*" (Martins de Andrade, loc. cit.).

En nuestro país por el distinto motivo de la prohibición de la LS art. 30 se llegó a una solución parecida mediante la reforma de 1983 por la ley 22.903 que incluyó al contrato de U.T.E. cuya función guarda gran similitud con la de la sociedad accidental o en participación.

La U.T.E. se destina al desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto (LS, art. 377) y la sociedad accidental o en participación a una o más operaciones determinadas y transitorias (LS, art. 361).

Empero mientras puede entenderse que la sociedad accidental o en participación está vedada a las anónimas, ello no sucede con la U.T.E. por prescribirse que no constituye sociedad (LS, art. 361).

La regulación de la U.T.E. resolvió en buena medida el problema planteado por la LS art. 30 pero no del todo por la gran variedad de negocios interempresarios susceptibles de quedar involucrados en la prohibición de la LS art. 30 y en la sanción de irregularidad de la LS art. 386 inc. h.

Mientras y como recurso para eludir a la LS art. 30, la utilización de la U.T.E. se exorbitó (este comentarista, "Informalidad y exorbitancia en los contratos de colaboración empresaria", ED, 152-917).

Así por ejemplo el decreto 1443/1985 (Anales de Legislación Argentina, XLV-C, 1985, p. 2080) y el decreto 623/1987 (ADLA, XVII-C, 2773) reglamentarios de la ley 17.319 de hidrocarburos requerían la formación de una U.T.E. para contratos de exploración destinados a ubicar petróleo en una zona determinada y para explotar la zona hasta un plazo de 20 años de hallarse petróleo.

La exploración es un servicio concreto abarcable en la LS art. 371 pero la explotación durante 20 años de una cuenca petrolera es una actividad empresarial excluida de la LS art. 371.

Lo más singular del caso es que dichos decretos se dictaron rigiendo la ley 21.778 que como ya se vio exceptuaba al negocio petrolero de la LS art. 30.

2. Los contratos asociativos

Dada la antedicha realidad tomó cuerpo la idea de regular expresamente a los contratos asociativos no societarios al margen del contrato de sociedad, aunque en verdad ello no era estrictamente necesario pues el Código Civil admite la libertad contractual (C. Civil, art. 1143) y convencional (C. Civil, art. 1197) pero sí era conveniente para soslayar a la prohibición de la LS art. 30.

Este fue el criterio de los Proyectos de Código Civil de 1987 y 1993 así como del Proyecto de ley uniforme societaria de 1993 de la Comisión res. MJ 465/91, criterio compartido por el Proyecto de 1998.

En los respectivos Fundamentos del Proyecto de 1998 se dice:

“El contrato asociativo es concebido como una figura muy abierta, que deja lugar a estipulaciones de lo más variadas que puedan aparecer en la vida comercial y económica de la comunidad. Podría decirse, sin embargo, que no se define exactamente el límite entre la sociedad y el contrato asociativo, dejando para la interpretación su calificación y que la solución contraria permite mejor esa delimitación. Pero esta última alternativa sólo lograría ese cometido sacrificando las ya invocadas apertura y flexibilidad, y requeriría la adopción de un régimen que puede calificarse como ajeno a nuestro derecho, pues las sociedades hasta ahora

“irregulares” y las sociedades nulas por defecto de tipo, pasarían a ser simples contratos. El proyecto recoge en lo sustancial el texto propiciado por la Comisión Federal, como se expresó. Por un lado se proponen normas generales para todos los contratos asociativos y se incluyen dentro del Código Civil el tratamiento del negocio en participación, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias. A su turno, las normas sobre la sociedad “común” se ubican como reformas a la ley de sociedades. Por tanto no existe regulación de la sociedad en el Código Civil. Esta sistemática es más acorde con la unificación de las materias civiles y comerciales pues extiende también esta unificación a la ley de sociedades” (Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Fundamentos nro. 216, p. 73, Ministerio de Justicia de la Nación, 1998).

3. El régimen de los contratos asociativos

El Código Civil art. 1333 del Proyecto del 98 (CC. art. 1333/p. 98) dispone: “Las disposiciones de este capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no sea sociedad. No son sujetos de derecho ni se les aplican las normas sobre la sociedad. A las comuniones de derechos reales y de indivisión hereditaria no se les aplican las disposiciones de los contratos asociativos ni las de la sociedad”.

En una primer lectura parece clara la diferencia entre un contrato asociativo (CC. art. 1333/P98) y un contrato de sociedad (LS, art.1°) cuya caracterización mantiene el proyecto pues el contrato asociativo no sería tal sino un contrato de sociedad si la comunidad de fines del mismo consistiera en el intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas (LS, art.1°).

Dicho de otra forma el contrato plurilateral con comunidad de fin sería asociativo sino se aplicara a una actividad empresarial lucrativa siendo en caso opuesto societario (este articulista, “La sociedad desde la ley 15 hasta el Proyecto de 1998”, en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield”, t.IV, p. 98 y sigtes., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Año 2000).

Por cierto que hay contratos con comunidad de fines que no son contratos de sociedad.

La configuración clásica de sociedad en nuestro derecho requiere los elementos especiales de fondo común, *affectio societatis* entendida como gestión común y resultado común lucrativo, notas éstas actualmente advertibles en el C. Civil art. 1648 y en la LS art. 1º.

Un contrato asociativo distinto es el de asociación que comparte con el de sociedad los elementos de fondo común, gestión común y resultado común pero con la diferencia que el resultado común en la asociación no apunta al lucro.

Es de notar que la asociación mantiene en el proyecto su normativa especial como persona jurídica (CC. arts. 165/182/P98) y que vg. la asociación mutua tiene un régimen propio (ley 20.321).

Otras suertes de contratos asociativos no societarios son los contratos de colaboración vg.:

1) La agrupación de colaboración con su régimen particular (LS, art. 367; CC. arts. 1343/P98) y que es una especie de asociación pues carece de finalidad lucrativa (LS, art. 368; P98-C. Civ., art.1344) no personificada (LS, art. 367; P98-C. Civ., art. 1333).

2) El sindicato de accionistas que procura una finalidad común no lucrativa siendo un contrato innominado de tipicidad social.

3) Los consorcios de exportación (ley 23.101, art. 1º y normativa complementaria; Highton, Federico R., "Consortios y cooperativas de exportación. Trading. Intercambio compensado", LA LEY, 1987-E, 1071).

4) Las llamadas sociedades de gestión colectiva (leyes 17.648, 20.115 y decreto 1671/74 —Adla, XXVIII-A, 196; XXXIII-A, 256; XXXIV-D, 3539—; Genovesi, Luis M., "La constitucionalidad de las sociedades de gestión de derechos autorales, de intérpretes y de productores de fonogramas", JA, 2000-III-1310).

5) Acuerdos de "pool" o conexión de servicios o negocios aeronáuticos (Código Aeronáutico, ley 17.285 art. 110—Adla, XXVII-A, 326—).

El contrato asociativo no societario de participación o contrato parciario es aquel de comunidad de fines o sea un resultado común con un

fondo común pero sin gestión común, contrato que no es plurilateral sino bilateral.

Casos de contratos parciarios pueden ser los contratos de aparcerías agraria y pecuaria (ley 13.246, arts. 21, 34 —Adla, VIII, 85—), maquila (ley 25.113 —LIX-C, 2741—), explotación tampera (ley 25.169 —LIX-E, 5244—), mediería frutihortícola (decreto 145/2001), edición (ley 11.723, art. 37 —Adla, 1920-1940, 443—), y habilitación (ley 20.744 y mod., art. 110 —XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175—).

En cuanto a los contratos plurilaterales previstos en la norma son obviamente los contratos plurilaterales de organización y no los contratos plurilaterales no asociativos como sucede en la delegación de deuda perfecta o novativa (arg. C. Civil, art. 814).

El texto del C. Civ., art. 1333/P98 produce la impresión de que su contenido es obvio pues estando referido a contratos no societarios resulta evidente que no se aplican las normas sobre sociedad sin que a mayor abundamiento quepa recurrir a la analogía frente a la norma restrictiva de la LS art. 30.

Empero como antes se transcribió en los Fundamentos del Proyecto del 98 se advierte “que no se define exactamente el límite entre la sociedad y el contrato asociativo, dejando para la interpretación su calificación”.

Como el Proyecto del 98 se mantiene la vigencia de la LS art. 30 un contrato interempresario según se interpretara que es de sociedad o no, podría ser válido o nulo conforme al CC. art. 383/P98.

El CC. art. 383/P98 dispone que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público y el Proyecto del 98 mantiene el principio de interés público en la anónima pues la LS arts. 303 inc.2 y 301 inc. 2 perduran intactos.

Por cierto que cabe sostener que en principio “orden público” no es lo mismo que “interés público” por lo que la violación de la LS art. 30 no generaría una nulidad absoluta, pero un negocio interempresario no puede depender de interpretaciones discutibles.

El Proyecto del 98 soslaya el problema mediante el art. 1335 y sobre el mismo repito lo dicho en otra oportunidad (Homenaje a Vélez Sarsfield, loc. cit).

Dicho artículo prescribe que: "La existencia de un contrato asociativo excluye la invocación de sociedad entre sus contratantes".

De aquí podría entenderse que la denominación que las partes den al contrato prevalece sobre la naturaleza del contrato, y si fuera así esto sería una excepción al CC. art. 1029/P98 y contrario al criterio del actual C. Civil art.1326 considerado de gran trascendencia (Llambías, J. J.; Alterini, A. A., "Código Civil Anotado", t. III-A, "Contratos en General Sociedad Conyugal Compraventa", p. 375, Abeledo-Perrot, 1982, Buenos Aires).

Empero entre las partes tal temperamento no sería objetable por tratarse en definitiva de derechos patrimoniales disponibles.

El problema es distinto cuando se proyecte frente a terceros pues: "También la (dicha invocación) excluye respecto de los terceros que conocían el contrato y es presunción contraria a la existencia de la sociedad respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual" (CC., 1335/P98).

Esto significa que si varias personas actuaran ante terceros en sociedad pero calificando su relación como contrato asociativo para un acreedor conocedor del contrato los bienes aplicados a su cumplimiento serían de cada colaborante.

Diversamente:

1) Para un acreedor ignorante del contrato con vínculos anteriores a la fecha cierta del vínculo contractual los bienes aplicados al cumplimiento del contrato serían de la persona jurídica societaria (LS, art. 2º/P98 inalterado).

2) Para un acreedor ignorante del contrato con vínculos posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual, el contrato sería una presunción contraria a la existencia de la sociedad.

Esta es una presunción *juris tantum* porque si fuera *juris et de jure* carecería de razón la diferencia entre acreedores conocedores del contrato y acreedores ignorantes del contrato con vínculos posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual.

Por lo tanto este acreedor podría desvirtuar la presunción y consecuentemente los bienes aplicados al cumplimiento del contrato serían para él de la persona jurídica societaria (LS art.2°/P98 inalterado).

Vale decir que podrían darse situaciones en las que para unos acreedores los bienes fueran de cada colaborante y para otros de la sociedad.

Tratándose de cosas implicaría el dominio simultáneo de dos dueños configurando una excepción al clásico carácter exclusivo del dominio (CC., art. 1884/P98).

Con todo la modificación más importante respecto del ordenamiento actual es la siguiente.

Hoy el ejercicio en sociedad de una actividad empresarial requiere publicidad (LS, art. 7°) y de no cumplirse con la misma incurren los socios en responsabilidad solidaria (LS, arts. 21, 34).

Tales reglas apuntan a la tutela del crédito a garantizar la buena fe en el tráfico mercantil (Fontanarrosa, Rodolfo O., "Derecho Comercial Argentino (Parte General)", p. 307, nro. 235, Zavalía, Buenos Aires, 1967).

Según el Proyecto del 98 será posible ejercer en sociedad una actividad empresarial (LS, art. 1°/P98) sin inscripción alguna y sin incurrir en responsabilidad solidaria.

Para ello bastará con que los otorgantes califiquen al contrato societario como contrato asociativo.

4. *El negocio en participación*

La solución antes referida se reafirma con el régimen del negocio en participación regulado en los arts. 1338 a 1352 del Proyecto de 1998.

El negocio en participación es una clase de contrato asociativo sustituyente de la sociedad accidental o en participación que se elimina (LS, art. 361).

Tal negocio guarda grandes semejanzas con la referida sociedad pues ambos (i) tienen por objeto la realización de una o más operaciones determinadas, (ii) no están sometidos a requisitos de forma ni de inscripción, (iii) sólo responde ante terceros el gestor o socio gestor actuante pero no los partícipes o socios no gestores.

Empero también presenta grandes diferencias a saber: 1) Mientras que la sociedad accidental o en participación tiene por objeto "una o más operaciones determinadas y transitorias", el negocio en participación tiene por objeto "una o más operaciones determinadas" pero no forzosamente transitorias.

Es decir que mediante un negocio en participación se puede realizar una actividad empresarial, lo que está vedado para la sociedad accidental o en participación pues de hacerlo devendría en una sociedad no constituida regularmente (LS, art. 21) con sus consecuencias.

2) Mientras la sociedad accidental o en participación es una sociedad y por lo tanto inviable para una anónima (LS, art. 30 inalterado en el Proyecto), el negocio en participación no es una sociedad y por lo tanto no está comprendido en la LS art. 30 ni prohibido para la anónima.

En suma la anónima conforme al Proyecto podrá realizar por la vía del C. Civ. art. 1336 lo que le veda el mismo Proyecto al mantener inalterada la LS art. 30.

Podrá participar en un *joint venture* sin sujetarse a las formalidades de la U.T.E., en forma ostensible u oculta y aún más podrá realizar actividades empresariales en sociedad sin sujetarse a publicidad alguna.

Esto reafirma el abandono de la regla clásica de la publicidad destinada —como antes se dijo— a garantizar la buena fe en el tráfico mercantil.

Para soslayar el escollo de la LS art. 30 sin derogarlo se propugna un cambio de mayor envergadura permitiendo a las anónimas no sólo par-

participar de negocios coparticipados transitorios sino de negocios societarios permanentes sin requisitos de forma o publicidad algunos.

Esta solución se expande a toda clase de personas pero es particularmente relevante respecto de la anónima por la gran utilización del tipo.

Importa aquí la anónima asociada.

5. La AdeC y la UTE

Respecto de las actuales Agrupación de Colaboración (LS, art. 367) y Unión Transitoria de Empresas (LS, art. 377) las modificaciones destacables son:

1) La supresión de la calidad de "sociedad comercial" y de "empresario" en los contratantes lo que elimina la necesidad de interpretar si pueden celebrar tales contratos vg. (i) una cooperativa o (ii) un empresario no comerciante (este articulista, "De los contratos de colaboración empresarial", R.D.C.O. 1983, Año 16, p. 861).

2) La ampliación del objeto de la UTE actualmente ceñido al "desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto" (LS, art. 377) mientras que el Proyecto lo refiere al "desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos" (CC, art. 1353/P98).

Es una expansión análoga a la que contiene el negocio en participación (CC, art. 1338/P98) respecto de la sociedad accidental o en participación (LS, art. 361).

3) La plena validez entre las partes de los contratos asociativos no inscriptos (CC, art. 1360/P98) lo que resuelve las cuestiones planteadas por el silencio al respecto del régimen vigente (este articulista, "Informalidad y exorbitación en los contratos de colaboración empresarial", ED, 152-917).

V. La sociedad común

El Proyecto del 98 suprime: (i) en la LS las reglas sobre la sociedad atípica (LS, art. 17) y sobre la sociedad no constituida regularmente (LS,

arts. 21-26) o sea la sociedad informal y (ii) en el Código Civil la normativa referente a la sociedad civil.

Reemplaza los ordenamientos referidos por la regulación de la "sociedad" (LS, arts. 21-26/P98) denominada "sociedad común" en los fundamentos del Proyecto (Proyecto de Código Civil de la República Argentina, p. 74, 144).

La sociedad común proyectada concierne pues a la sociedad informal y a la sociedad civil.

1. La sociedad informal

La regla de nuestro derecho consistente en que el ejercicio en sociedad de la actividad comercial requiere publicidad registral, es clásica y proviene de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y del Código de Comercio español de 1829 aplicado en algunas provincias.

Nuestro Código de Comercio de 1862 compartió este criterio que mantuvo la reforma de 1889 y así hoy el Código de Comercio prescribe que pertenece al Registro Público de Comercio la inscripción de las escrituras de sociedad mercantil, cualquiera sea su objeto, exceptuándose las sociedades en participación (C. Com., art. 36 inc. 3).

La exclusión de las sociedades en participación antes de la LS, fincaba en que las mismas tenían por objeto *una o más operaciones de comercio determinadas y transitorias* (C. Com., ex-art. 395) o sea que no implicaban el ejercicio del comercio que requiere una actividad habitual (C. Com., art. 1°) ni existían para terceros con quienes sólo se obligaba el socio gestor (C. Com., ex-art. 398) pautas mantenidas en la LS arts. 361, 362.

La importancia asignada a la inscripción era tal que en el Código de 1862 comportaba la invalidación de las acciones de la sociedad contra terceros (C. Com., ley 15, art. 399) y la reforma de 1889 siguió esos lineamientos que plantearon dificultades interpretativas respecto a los derechos de la sociedad no inscripta contra los terceros (ley 2637, arts. 41, 294, 296, 297; Segovia, Lisandro, "Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina", t. I, p. 334, nota 1063, Félix

Lajoune, 1892; Halperín, Isaac, "Curso de Derecho Comercial", p. 311, Depalma, 1971).

En la ley de sociedades de 1972 se aclaró que la sociedad no constituida regularmente podría ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados con terceros (LS, art. 26) pero se mantuvo el derecho de cualquiera de los socios a exigir la disolución (LS, ley 19.550, art.22), rigor que se atenuó en la reforma de 1983 al admitirse la regularización sin perjuicio del retiro de los socios disidentes (LS, ley 22.903, art. 22).

Otra consecuencia importante del incumplimiento de la inscripción es la responsabilidad solidaria directa de los socios por las obligaciones sociales (C. Com., ley 15, art. 398; ley 2637, art. 294; LS, art. 23).

Un tema vinculado al de la sociedad no inscripta es el de la sociedad atípica.

Bajo la vigencia del régimen societario del C. Com. de 1890 se sostuvo la licitud de la constitución de sociedades atípicas aunque ello fue controvertido (Malagarriga, Carlos, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", t. I, Primera Parte, Capítulo 3, nro. 6, p. 192, Tipográfica Editora Argentina, 1957).

La LS descartó explícitamente esta posibilidad prescribiendo la nulidad de la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley y estableciendo un régimen de subsanación para la omisión de un requisito esencial no tipificante (LS, art.17).

No reguló la LS las consecuencias de tal nulidad pero han de ser las correspondientes a la sociedad no regularmente constituida (LS, art. 21) porque una sociedad atípica no es inscribible y por la aplicación de la ley análoga (C. Com., regla I, art. 207, C., Civ., art. 16).

Sobre este cuadro irrumpieron nuevas motivaciones unas concernientes a la sociedad no regular, otras a la sociedad atípica y unas más a la sociedad civil.

Respecto de la sociedad no regular abarcadora tanto de la sociedad de hecho como de la sociedad regular no inscripta, pesó la observación de tratarse de uno de los negocios societarios más utilizados aparte de la

anónima y de considerarse excesivamente rigurosa la invalidación de tal contrato entre los socios.

Con relación a la sociedad atípica se retomó la vieja tesis ya sostenida bajo la vigencia del sistema anterior a la LS, consistente en la conveniencia de permitir la constitución de sociedades según las reglas pactadas por sus constituyentes ello sin mengua de los derechos de terceros.

En este sentido cabe recordar la experiencia de las compañías limitadas inglesas del siglo XIX que no eran entes distintos de sus miembros pero que limitaban su responsabilidad a su fondo común.

Estas compañías limitadas se crearon ante la restricción para el otorgamiento de la personalidad jurídica y perdieron su razón de ser tras la Companies Act de 1862 que simplificó el trámite de incorporación con la mera inscripción registral tal como el siguiente régimen normativo continental.

A este precedente se debe que en Inglaterra las anónimas —en su equivalente inglés— se califican de "*Limited*" y no de "*Incorporated*" como las norteamericanas (Gower L.C.B., "*The principles of modern Company Law*", p. 49, Stevens & Sons 1969, London).

En cuanto a la sociedad civil incidió el antecedente de los regímenes unificados en las legislaciones suiza e italiana que en vez de la sociedad civil regulan a una sociedad simple.

En este sentido cabe recordar en nuestro medio al Anteproyecto de Ley General de Sociedades (decreto 9311/58) redactado por los doctores Carlos C. Malagarriga y Enrique C. Aztiria.

En ese Anteproyecto se avanzó hacia la unificación del régimen legal de las sociedades sin que ello implicara la forzosa desaparición de las sociedades regidas por el Código Civil pues no se tocaron las disposiciones del mismo sobre sociedad y se incorporaron al anteproyecto los principios fundamentales del régimen civil de las sociedades lo que "habría de permitir en cualquier momento, suprimido que llegase a ser la inclusión en el Código Civil del régimen de la sociedad, la aplicación de las disposiciones que proyectamos (proyectadas) a todas las socie-

dades sin excepción" (Nota de presentación del Anteproyecto, p. 8, Ministerio de Educación y Justicia, Subsecretaría de Justicia, Buenos Aires, 1958).

Otra iniciativa tendiente a uniformar el régimen societario fue la del Proyecto de reformas a la ley de sociedades de 1993 elaborado por la Comisión designada por res. MJ 465/91.

Según el art.7° del mismo la sociedad civil (C. Civil, art. 1648) podía optar por adaptarse a las disposiciones de la anónima simplificada, o continuar regida por el C. Civil art.1648 y sigtes. y en caso de no optar por ninguna de ambas variantes en el plazo de 1 año desde la publicación de la ley pasarían a regirse por las reglas de los negocios de participación "Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales" p. 26, Ed. Astrea, 1993).

En el camino de morigerar la severidad sobre la sociedad no regular, de permitir sociedades no típicas y de aunar la regulación de las sociedades transitaron los proyectos de unificación civil y comercial de 1987, 1993 y el actual de 1998 aunque con matices diversos.

El Proyecto de 1998 recoge en lo sustancial el Proyecto de la Comisión Federal ("Proyecto de Código Civil de la República Argentina con nota de elevación, fundamentos y legislación complementaria", p. 74, Ministerio de Justicia de la Nación, 1999).

Así en el Código Civil incluye a los contratos asociativos y en la complementaria ley de sociedades Capítulo I, Sección IV, introduce normas sobre una sociedad "común" que reemplaza a las normas vigentes sobre sociedad atípica (LS, art. 17), no regular (LS, art. 21) y civil (C. Civil, art. 1648) (Proyecto Fundamentos, p. 74, 144).

Las características principales de esta sociedad común son las siguientes:

1) El contrato es válido entre los socios (P-LS, art. 22). Esto elimina la severa solución actual que faculta a cualquier socio a pedir la disolución (LS, art. 22).

2) Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados por partes iguales salvo que la solidaridad con

la sociedad o entre ellos o una distinta distribución resulten (i) de una estipulación expresa, (ii) del contrato de sociedad (iii) o de las reglas del tipo que manifestaron adoptar dejando de cumplir requisitos tipificados o formales (P-LS, art. 24).

Esto morigerará el régimen actual de responsabilidad solidaria y directa de los socios en las sociedades no regulares (LS, art.23) y en las atípicas (LS,art.17;C. Com. regla I, art. 207; C. Civil, art.16).

3) El contrato no se inscribe (P-C. Civil, art. 298 inc. c) y su registración o publicación no pueden ser invocadas por la sociedad, los socios o los administradores como prueba del conocimiento de terceros (P-LS, art. 22 in fine).

Sólo debe inscribirse la disolución, subsanación o liquidación pudiendo inscribirse la transferencia de partes sociales y la exclusión o retiro de socios (P C. Civil, art.298 inc. c, P-LS, art. 25 párr. 3ro.).

Como ha señalado la Academia en su informe del 9 de septiembre de 1999 reiterado el 14 de agosto de 2000 a la Comisión de Legislación General de la H. Cámara de Diputados de la Nación:

m) "La adopción de una sociedad atípica entre las reformas propuestas a la ley 19.550 introduce un régimen que dispensa la severidad tradicional de nuestro derecho respecto de las sociedades irregulares. La iniciativa se aproxima a la figura de la sociedad simple de los derechos suizo e italiano. Al margen de las opiniones que pueda merecer su regulación, el Proyecto no sigue a estos modelos en cuanto excluyen a estas sociedades del ejercicio de la actividad comercial".

En el Código Civil italiano el registro de empresas concierne a las empresas comerciales (C. Civil italiano, art. 2195) pues el "*Scopo essenziale, anche se non esclusivo, del registro delle imprese é quello di portare a conoscenza dei terzi gli elementi che hanno rilievo nelle trattazioni e anche nel rapporto di responsabilità*" (Ferri G., "*Manuale di Diritto Commerciale*", Quinta edizione, p. 75, nro. 30, UTET Torino, 1984).

Y de aquí deriva la carga registral para el empresario individual, la sociedad de personas y la sociedad de capitales de la que está exenta la

societa semplice porque no tiene por objeto el ejercicio de una actividad comercial (C. Civil italiano, art. 2249).

Así según el Proyecto del 98 mediante una sociedad común o informal sin publicidad y sin solidaridad se puede desarrollar una actividad consistente en la producción o intercambio de bienes o servicios (LS (P) arts. 1º, 21) sin los recaudos de publicidad (LS, arts. 5º, 7º, 10, 167) requeridos a los tipos societarios previstos en el Capítulo II de la LS debiendo tenerse en cuenta que el Proyecto suprime a la actual sociedad accidental o en participación (LS, art. 21) sustituyéndola por el contrato asociativo denominado “negocio en participación” (C. Civil (P), art. 1338).

Esto significa una variación significativa en el régimen de publicidad registral societaria que no obstante el Proyecto mantiene (P-C. Civil, art. 298 inc. b).

Recordemos que “El fin del Registro es la publicidad de los actos que deben inscribirse a fin de que tales actos sean oponibles a los terceros. El resultado del régimen de la publicidad legal es que los actos no inscriptos son inoponibles a los terceros, no pueden hacerse valer contra éstos en cuanto les perjudica (v. art.42, C. Com; art. 12 LS, etc.)” (Halperín-Butty, “Curso de Derecho Comercial”, vol. I, p. 146, Ed. Depalma, 2000).

Según la LS vigente la actuación societaria informal genera responsabilidad solidaria, según el Proyecto da lugar a responsabilidad simplemente mancomunada, sin perjuicio de ciertas excepciones.

Ello implica una modificación importante en el régimen clásico de inscripción para el ejercicio en sociedad de una actividad comercial, régimen cuya finalidad es la protección de la buena fe en el tráfico mercantil y la consiguiente protección del crédito.

2. La sociedad civil

Otro tema es el de la sociedad civil a cuyo régimen estaba sujeta toda sociedad (C. Civ., art. 1648) salvo que tuviera por objeto actos de comercio excepción hecha de la anónima comercial por su tipo con prescindencia de su objeto (C. Com., ex-art. 282).

La LS expandió la regla de la anónima a todas las sociedades constituidas conforme a uno de los tipos previstos en la misma (LS, art.1º) con lo que están sujetas a la jurisdicción y legislación comerciales (C. Com. arts. 5º, 8º inc. 11).

En cuanto a las sociedades de hecho están regidas por la LS las que tengan un objeto comercial (LS, art. 21).

Por lo tanto actualmente son sociedades civiles las que no corresponden a un tipo previsto en la LS y no tienen un objeto comercial.

Tal sociedad civil tiene de presente características que la diferencia de la comercial y que consisten:

1)En la responsabilidad viril de los socios (C. Civ., art. 1747) aunque debiendo satisfacer la cuota del consocio insolvente (C. Civ., art.1751) mientras que en la sociedad comercial personalista la responsabilidad es solidaria salvo excepción del socio comanditario y del socio industrial (LS, arts. 125, 134, 141).

Esto es así porque la sociedad civil no implica el ejercicio del comercio siendo la mancomunidad simple la regla de las obligaciones conjuntas mientras que en la sociedad comercial campea la solidaridad respecto de las obligaciones conjuntas por hacer al ejercicio del comercio aunque la naturaleza solidaria de las obligaciones comerciales ha sido controvertida (Fontanarrosa, Rodolfo O., "Derecho Comercial Argentino - Contratos Comerciales II", p. 120, nro. 43, Zavallá, Buenos Aires, 1969).

2)En la mayoría que se conforma por cabeza y no por capital (C. Civil, art. 1697) mientras que en la sociedad comercial es por capital salvo que el contrato fije un régimen distinto (LS, art. 132).

3)En la irresponsabilidad del socio no ostensible (C. Civ., art. 1669) mientras que en la sociedad comercial el socio oculto responde ilimitada y solidariamente (LS, art. 34).

Esta regla coincide con la del mandato no representativo que puede ser general cuando es civil (C.Civ., art. 1929) pero debe ser especial cuando es mercantil (C. Com., art. 222).

Esto es así porque la actividad civil no presupone una recurrencia habitual al crédito y la comercial sí.

Por ello se ha dicho que: "... la solidaridad es el alma de las sociedades colectivas ¿Por qué? ¿Qué razón especial determina este carácter? ¿Cuál es la causa para someterlas a reglas diversas de las que rigen las sociedades civiles? El comercial se encuentra en la naturaleza peculiar de sus operaciones y en las garantías de que el legislador ha querido rodearlas para impulsar su desarrollo. La mayor parte de las transacciones se hacen a término. La confianza que es la base de esas transacciones se obtiene en grado más o menos alto, en proporción a las responsabilidades que se ofrezcan para adquirirla. Las necesidades del crédito han hecho indispensable esta especialidad en las obligaciones de los socios" (Obarrio, Manuel, "Curso de Derecho Comercial", t. I, p. 279, nro. 302, J. Lajouane y Cía, 1907).

4) "La mayoría se entiende contando por personas, porque es una de las condiciones de la sociedad civil que cada socio tenga un voto, cualquiera que sea la importancia de su aporte a la sociedad" (Machado, J.O., "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino", t. IV, p. 532, Librería e Imprenta Europea de M.A. Rosas, 1917).

La unificación de la legislación civil y comercial planteó el tema de la supervivencia o eliminación del actual régimen de la sociedad civil cuya permanencia postuló autorizada doctrina (Videla Escalada, Federico, "Vigencia permanente de la sociedad civil", ED, 164-957).

Como ya se vio los Proyectos de Unificación suprimieron al actual régimen de sociedad civil (C. Civ., art. 1648) y en su lugar propusieron soluciones inspiradas en la sociedad simple residual o común de los derechos suizo e italiano.

En los Fundamentos del Proyecto de 1998 concerniente a la Sección IV del Capítulo I de la LS se señala que la Sección contiene un régimen aplicable a todos los casos en que no se ha elegido o configurado una sociedad típica y entre ellos al de la actual sociedad civil.

Respecto de la sociedad civil se expresa:

b) *Se comprende en sus previsiones el importantísimo caso de la actual sociedad civil, que se recepta expresamente y, a la que en el art. 7° del*

texto legal, se le conserva personalidad jurídica sin solución de continuidad. El régimen adoptado, que se reseñará más adelante y del que merece destacarse la regla natural de la responsabilidad simplemente mancomunada, respeta los principios de esta clase de sociedades, ampliamente diseminadas por vastas zonas del país. (Proyecto cit. p.144).

La Academia en su citado informe del 9 de septiembre de 1999 reiterado el 14 de agosto de 2000, manifestó:

En materia societaria esta Corporación considera que debe mantenerse una regulación específica para la sociedad civil, por ejemplo la que existe entre profesionales de la medicina y de la abogacía, que debe estar guiada por otros principios y no sólo por el interés económico que prevalece en la sociedad comercial.

La cuestión de las sociedades profesionales ha reclamado soluciones particulares en Francia y así:

1) La ley 66-879 del 29 de noviembre de 1966 modificada en 1972 autoriza el ejercicio en común de la profesión por sociedades civiles profesionales (Ripert Georges, Roblot René, "Traité de Droit Commercial", t. 1, 15a. édition par Michel Germain, p.137, 1248, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993).

2) La ley 90-1258 del 31 de diciembre de 1990 autoriza a los miembros de las profesiones liberales reglamentadas o protegidas a constituer bajo la denominación genérica de *société d'exercice liberal*, sociedades comerciales destinadas a facilitar el ejercicio en común de la profesión recurriendo a capitales exteriores: sociedades de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones.

Mais la nature civile de la activité résiste dans un certaine mesure a la commercialité par la forme, et d'importantes précautions sont prises pour limiter l'influence des aporteurs des fonds extérieurs, tout en offrant aux clients les bénéfices de la responsabilité personnelle des professionnels associés (Ripert - Roblot, loc. cit.).

La viabilidad de sociedades de profesionales con socios capitalistas se está controvirtiendo en Italia.

Durante la disputa se ha invocado por los sostenedores la necesidad de defenderse ante la penetración de las auditoras multinacionales y de los grandes estudios norteamericanos y por los opositores se adujo el ejemplo de Alemania como país que admite las sociedades de abogados y contadores pero con exclusión de socios capitalistas; dentro de este último criterio se considera admisible la presencia de socios capitalistas en sociedades de ingenieros y arquitectos pero no en sociedades de abogados, notarios y contadores (Corriere della Sera, ediciones del 20 de octubre 1999, 21 de julio, 3 de agosto y 11 de noviembre 2000 y 3 de junio de 2001).

En nuestro medio hasta la reforma del régimen societario en 1972 la sociedad civil era la procedente para la empresa inmobiliaria y la empresa agropecuaria por no tener por objeto el practicar actos de comercio como requería el C. Com., ex-art.282 para constituir una sociedad comercial salvo que se acogieran al tipo de la anónima (C. Com., art. 8°, inc. 6, ex-art. 313) o de la SRL (ley 11.645, art. 3°).

Con la reforma de 1972 que extendió la solución de la anónima y de la SRL a todos los tipos societarios (LS, art. 1°) la empresa inmobiliaria y la agrícola cuentan tanto con la sociedad civil como con la sociedad comercial.

El problema se sigue planteando para profesiones regladas cuyo ejercicio requiere una habilitación personal especial y en particular para profesiones liberales (Anaya, Jaime L., "La sociedad de profesionales", ED, 1987-123, p. 273; Farina, Juan M., "Las agrupaciones entre abogados para el ejercicio profesional", LA LEY, 1997-B, 1014).

Recordemos la prohibición impuesta a los corredores de contraer sociedad de ninguna clase de denominación (C. Com., art. 105, inc.1), el régimen especial de sociedades entre martilleros y de sociedades para actos de remate (ley 20.266, arts. 15, 16), la regulación de la ley 17.811, art.44 sobre sociedades entre agentes de bolsa y éstos y terceros y el reglamento del Mercado de Valores, y la solución del Código Aduanero art. 36 que sólo admite a personas de existencia visible como despachante de aduana aunque el posterior decreto 1160/96 faculta a las personas de existencia ideal para gestionar el despacho y la destinación de la mercadería por sí o a través de persona autorizada (Zolezzi, Daniel,

“Despacho aduanero, despachantes y sociedades importadoras”, ED, 1997-171, p. 1020).

En cuanto a sociedades entre profesionales universitarios se admitió jurisprudencialmente la licitud de un contrato de sociedad entre escribanos o de un contrato innominado al que se aplican subsidiariamente las reglas del contrato de sociedad (C. Civ., 1ra, 10/04/1950, “Rojas E. c. Carbone O. y otros”, LA LEY, 58-540, caso nro. 28.055).

Por su parte expresamente admite la LS para el desempeño de la sindicatura societaria a la *sociedad civil con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales* o sean abogados o contadores públicos con título habilitante (LS, art. 285 inc.1).

A su vez la ley de concursos y quiebras 24.522 art. 253 inc. 1 habilita para el desempeño de la sindicatura concursal a *estudios de contadores que cuenten entre sus miembros con mayoría de profesionales con un mínimo de 5 años de antigüedad en la matrícula.*

La procedencia de una sociedad capitalista para el ejercicio de profesiones liberales ha sido admitida en nuestro medio.

La ley 22.460 (Adla, XLI-B, 1688) sobre servicios de consultoría para la Administración Pública Nacional dispone que los mismos pueden ser prestados por firmas de consultores o consultores y que:

1) Es firma consultora *toda sociedad permanente, legalmente constituida civil o comercial, cuyo objeto exclusivo es la prestación de servicios de consultoría* (art.2°).

2) *Las dos terceras partes de los socios que integren las firmas consultoras, que representen la misma proporción de capital y de los votos sociales, serán profesionales universitarios. Los títulos de los profesionales deberán guardar relación con el objeto social. Los órganos de administración de las firmas consultoras estarán compuestos en su mayoría por profesionales universitarios* (art.6°).

En un fallo relativamente reciente la Cámara Comercial de ésta, sala E, confirmó por mayoría una resolución de la Inspección Ge-

neral de Justicia que había dispuesto la inscripción de una sociedad anónima cuyo objeto incluye la *prestación de toda especie de servicios de asesoramiento, de auditoría, de planeamiento, periciales o de consultoría en materia jurídica y fiscal disponiendo el estatuto que en la eventualidad de que el desarrollo de alguna de las actividades vinculadas al objeto social se encuentren reglamentadas como ejercicio profesional, las mismas serán llevadas a cabo por profesionales con el respectivo título habilitante y la pertinente inscripción en la matrícula correspondiente* (CNCom. sala E, 26/04/2000, "Inspección general de Justicia s/Price Waterhouse", ED,188-217, caso 50.167).

En cuanto a las modificaciones que el Proyecto de 1998 introduce respecto del régimen de la actual sociedad civil no son significativas pues: 1) El C. Civil art. 1747 hace al socio civil responsable por una porción viril salvo estipulación de solidaridad y esta solución se mantiene en el P-LS art. 22.

El Proyecto es más benévolo que el Código pues el Código responsabiliza al socio por la cuota del consocio insolvente (C. Civ. art. 1751) y el Proyecto no.

Los socios responden frente a los terceros que contrataron con la sociedad como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales salvo excepciones (P- LS, art. 24) y en la mancomunación simple cada uno de los deudores sólo debe pagar su cuota de la deuda (P- C. Civ., art. 748).

2) El C. Civil, art. 1697 dispone la formación de mayoría por cabeza y el P-LS art. 22 remite a la regla de la colectiva en la que la mayoría se forma por capital (LS, art. 132 no reformado) pero como se puede pactar una composición diferente (LS, art. 132) quienes deseen mantener la mayoría por cabeza podrán estipularlo.

3) El C. Civil, art. 1669 admite al socio no ostensible irresponsable ante terceros mientras que en la sociedad común proyectada (P-LS, art. 21) sigue rigiendo para el socio oculto la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio colectivo (LS, art. 34 inalterado).

Empero lo que no puede obtenerse mediante la sociedad común puede lograrse mediante un contrato de sociedad autocalificado como contrato asociativo como ya se vio.

VI. Conclusiones

La reforma dispuesta por el decreto delegado 677/01 sobre régimen de transparencia de la oferta pública que introduce un ordenamiento especial para la anónima abierta, no trae novedades significativas salvo lo relativo al contrato de administración o gerenciamiento y a las participaciones residuales.

Otro tanto cabe decir de la reforma propuesta por el Proyecto de Código Civil de 1998 en cuanto admite la anónima unimembre o afiliada que es una realidad empresarial de nuestro país y por lo demás está difundida en el derecho comparado.

Diversamente la reforma postulada mediante los contratos asociativos y la sociedad común, implica un cambio profundo al soslayar la publicidad registral en materia societaria. ♦

PROPUESTAS PARA UN SISTEMA CONCURSAL MAS EFICIENTE

POR JULIO CÉSAR RIVERA (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Nuestro sistema legal actual. Las novedades de la ley 24.522. — III. La prospectiva. — IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La evolución permanente del derecho concursal. Su importancia actual

Dice un autor francés contemporáneo que en el derecho francés nada queda de la legislación sobre quiebras de 1807 (1).

Así, en Francia han regido sucesivos regímenes destinados a enfrentar la insolvencia; en 1838 y 1889 se reformó el Libro III del Código de Comercio de 1807 (2); en 1935 una nueva modificación del mismo libro estuvo dirigida a acelerar los procedimientos y estableció el superprivilegio de los asalariados y previó la extensión de la quiebra a toda perso-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 23 de agosto de 2001.

(1) JEANTIN, Michel, "Droit commercial", 4eme. ed., París, 1995, N° 529, p. 330.

(2) En la primera reforma se mantuvo el espíritu del Código, aunque se aceleraron los procedimientos, se redujeron los costos y se aligeraron las sanciones contra el fallido. La reforma de 1889 introduce por primera vez un procedimiento de liquidación que de todos modos autoriza que el fallido conserve la administración de sus bienes con la asistencia de un liquidador.

na que bajo el amparo de la personalidad moral hubiera actuado en interés propio o dispuesto de los bienes sociales como si fueran de ella. En 1955 el decreto del 20 de mayo de 1955 produjo la sustitución completa del Libro III, rápidamente reemplazado a su vez por la ley del 13 de julio de 1967; ésta ha sido calificada como la primera tentativa de crear un derecho de las empresas en dificultades; la ley de 1967 organizó el procedimiento de “acuerdo judicial”, cuyos principios fundamentales son los del concordato de mayoría; y la liquidación judicial, dirigida exclusivamente a la satisfacción de los acreedores mediante el producido del activo del quebrado. Si bien la ley del 13 de julio de 1967 había conservado numerosas instituciones del derecho tradicional de quiebras, una ruptura significativa se produce con la “suspensión provisoria de demandas” introducida por ordenanza del 23 de septiembre de 1967; se aplica a las empresas de cierta significación y se introduce la idea de que la solución para la empresa debe plasmarse en un plan dispuesto por el tribunal, no sometido a la aprobación de los acreedores; significó un debilitamiento significativo de los derechos de los acreedores y un acrecentamiento de los poderes del juez, cuyo rol es todavía más importante a partir de la ley del 15 de octubre de 1981 que reforma parcialmente el régimen de la ley de 1967. En 1985 se sanciona la ley del 25 de enero que nuevamente reforma integralmente el derecho de las empresas en dificultades; su art. 1º ejemplifica claramente su orientación: los procedimientos de reorganización y de liquidación tienen por finalidad: el salvataje de la empresa; el mantenimiento del empleo y la actividad; el pago del pasivo. La doctrina y la jurisprudencia entendieron que esta enumeración importaba una verdadera escala jerárquica de los objetivos del régimen. Y en 1994 la ley del 10 de junio produce “la reforma de la reforma” que como se verá intentó rescatar el papel de los acreedores, singularmente debilitado en el régimen de 1985 (3).

A lo expuesto puede sumarse la existencia de regímenes especiales que coexisten, como el de sobreendeudamiento de particulares y el acuerdo amigable para productores rurales.

Similares desenvolvimientos del derecho de la quiebra y de las empresas en dificultades se pueden observar en otros países.

(3) V. JEANTIN, ob. cit., a partir del N° 530, ps. 331 y sigtes.

Así, en Italia es conocido el régimen de administración de grandes empresas en crisis que fue establecido por normas sucesivas en 1979 (conocida como ley Prodi). Estudios para la reforma del derecho concursal se llevaron a cabo por una comisión presidida por Pajardi.

En Alemania rige una nueva ley, sancionada en 5 de octubre de 1994.

En EE.UU. el sistema de quiebras fue reformado significativamente por la *Bankruptcy Reform Act* de 1978, lo cual coincidió con un crecimiento enorme de las quiebras de empresas industriales y comerciales, que pasaron de 36,5 por cada 10.000 firmas en los diez años anteriores a la nueva ley a 87,1 por 10.000 en los diez años posteriores a ella (4). Seguramente este fenómeno no ha sido ajeno a la creación por el Congreso, en 1994, de la *National Bankruptcy Review Commission* con el propósito de evaluar el sistema concursal y proponer reformas. Pero amén de ello con motivo de algunos procesos muy conocidos y de gran repercusión —como los de Continental Airlines y Wilson Foods— cientos de propuestas de reformas fueron presentadas y en concreto se produjeron modificaciones al *US Bankruptcy Code* en 1984 y en 1994. En el año 2001 el Senado votó una reforma significativa tendiente a hacer más difícil la quiebra de las personas físicas.

En Inglaterra un nuevo régimen fue estatuido por la *Insolvency Act* de 1986.

Lo mismo puede decirse del derecho argentino, cuyo derecho de quiebras tuvo distintos regímenes integrales en 1889, 1902, 1933, 1972 (éste reformado en 1983) y 1994, existiendo actualmente un proyecto de reformas importante en el Senado de la Nación que sigue en gran medida a un anterior proyecto del Ministerio de Justicia.

Esta renovación permanente de la legislación sobre quiebras y empresas en dificultades no puede sorprender, desde que el derecho de quiebras está directamente influenciado por la evolución de las condiciones económicas; lo que explica que el legislador haya obrado en dos

(4) CARRUTHERS, Bruce G.; HALLIDAY, Terence C., "Rescuing Business. The making of Corporate Bankruptcy Law in England and the United States", Oxford, 1998, p. 3.

direcciones: reformas en profundidad que se corresponden a mutaciones fundamentales de la historia económica o del aparato productivo; y reformas puntuales que aparecen como respuestas a situaciones de crisis más coyunturales (5).

Es más, esto responde a la relevancia significativa que esta rama del Derecho ha adquirido en los últimos decenios. En una importante obra se señala que en los últimos veinte años el derecho de quiebras ha tenido un impulso fenomenal, dado que sus repercusiones financieras y humanas son enormes. En muchas economías avanzadas, inclusive Estados Unidos de América e Inglaterra, el derecho de quiebras aparece como un nuevo recurso estratégico de los dirigentes de empresas (6), tanto como una nueva frontera para los abogados y contadores altamente expertos; y como materia de nueva urgencia para los gobernantes que pretenden propiciar la asunción de riesgos empresarios preservando a la vez el empleo y las industrias locales. En este sentido, la quiebra es definitivamente característica de una economía de mercado; ella fija los límites de la extensión del crédito, confrontando riesgos, especulaciones empresarias y las decisiones de la empresa; compromete a todos los sectores de la economía; y expresa los fundamentales conflictos en el corazón de la política capitalista entre trabajo y capital, propietarios y administradores, deudores y acreedores, el Estado y el mercado (7). De otro lado la insolvencia —en cuanto esté exenta de fraude— se avizora como haciendo parte de la dinámica de una economía competitiva sana (8).

(5) JEANTIN, ob. y lug. cit. en nota 1.

(6) "Strategic bankruptcy" es una expresión que identifica procedimientos del Capítulo 11 de la ley de Estados Unidos, que —por ejemplo— han sido usadas para relativizar los derechos de los trabajadores en el caso Continental Airlines; controlar una masa de demandas por responsabilidad civil por el uso de asbestos, en el caso Manville Corporation; o frustrar a corporaciones rivales, como sucedió en el conflicto entre Texaco y Penzzoil. De allí que se diga que los procedimientos de este tipo son una nueva arena en la que se dirimen los conflictos de poder entre las corporaciones: v. CARRUTHERS-HALLIDAY, ob. y lug. cit.

(7) CARRUTHERS-HALLIDAY, ob. cit., p. 1.

(8) CLIFT, Jenny, "Colloque sur l'insolvabilité internationale", *Revue de Droit Uniforme*, 2001/1/92.

Por otra parte, el balance entre los distintos intereses en juego en las situaciones de insolvencia es difícil de obtener, y ello causa también un juego de influencias que ha sido puesto de relieve por la doctrina de los EE.UU.(9).

Al compás de estas mutaciones y del mayor o menor poder político de los sujetos concernidos por la insolvencia, distintos objetivos del sistema concursal han sido definidos como relevantes.

Buscar un sistema concursal eficiente requiere entonces, en primer lugar, identificar cuales son los distintos intereses que se cruzan en la insolvencia, y luego tratar de buscar un balance lógico entre ellos sin descartar prioridades entre unos y otros en función de intereses superiores.

2. Los intereses en tensión en las situaciones de insolvencia

En los concursos, fundados en la insolvencia del deudor, entran en juego:

—los derechos de los acreedores, lo cual puede ser visto desde dos planos: en el primero, el interés radica en obtener el mayor grado posible de satisfacción de las acreencias; en el otro, que se respete en medida razonable una cierta igualdad entre ellos.

—la dignidad de la persona del deudor.

—la protección de la empresa como entidad social y económicamente significativa (10).

(9) POSNER, Eric A., "The political economy of the bankruptcy reform act of 1978", 96 Michigan Law Review 47.

(10) También autores que examinan la cuestión desde el punto de vista del análisis económico del Derecho apuntan que por regla general cabe reconocer en las leyes de quiebras, dos objetivos iniciales: establecer un método que permita pagar ordenadamente a los múltiples acreedores; permitiendo al deudor conservar un mínimo de bienes que le permitan mantener una vida digna o por lo menos una "nonpenonrious existence": POSNER, ob. cit. El art. 1º de la actual ley alemana dice: "El procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa. A los deudores honestos les será concedida la oportunidad de exonerarse de las obligaciones residuales".

Esto sin embargo no es suficiente para encarar el problema de una legislación concursal eficiente, pues ha de tenerse en cuenta que los términos “acreedores” y “deudores” no representan categorías uniformes. Hay muchos tipos o clases de acreedores (bancos, Estado, trabajadores, proveedores; nacionales y extranjeros; en moneda nacional u otra, etc.); y muchas categorías de deudores (empresas grandes o pequeñas y medianas; productores rurales o prestadores de servicios; personas físicas cuyas obligaciones se vinculan a una actividad empresarial o al ejercicio de alguna actividad individual y personas físicas sobreendeudadas por abuso del crédito personal o de consumo, etc.).

Y en alguna medida —a veces no poco significativa— aparecen otros tipos de intereses, como ser los de abogados y síndicos; y aún de los jueces interesados en oportunidades en destacar su rol en la superación de las crisis causadas por la insolvencia (11).

En otro enfoque del tema, se dice hoy que la pretensión de tener un sistema concursal ordenado y eficaz se vincula derechamente con la solidez del sistema económico y financiero de los países; así lo señala el informe del FMI denominado “Por procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces” presentado en el año 2000.

Este informe señala como el primer objetivo de un régimen de insolvencia, la repartición previsible, equitativa y transparente de los riesgos entre los actores de una economía de mercado.

Y como segundo proteger y maximizar el valor de la empresa en el interés de todas las partes comprometidas en la economía en general.

Seguiremos nuestra exposición tratando de ver como estos distintos intereses se han desenvuelto a lo largo de la evolución del derecho concursal.

(11) Estos aspectos han sido muy claramente exteriorizados por POSNER, ob. cit., quien hace un “cast of characters”.

3. El desarrollo de cada uno de estos elementos

a) Los derechos de los acreedores

El derecho de las obligaciones, desde sus albores en el derecho romano, estuvo dirigido a identificar los medios de que dispone el acreedor para constreñir al deudor al pago —en especie o por equivalente— de la obligación asumida.

Ello se conserva en el derecho contemporáneo, como no podría ser de otra manera, ya que el efecto normal de las obligaciones es el pago; están destinadas a extinguirse como consecuencia de la satisfacción del interés del acreedor. De allí que no exista ordenamiento alguno, en ninguna familia jurídica, que no reconozca el principio "pacta sunt servanda", elevado sin duda a la categoría de principio general de derecho (12) (sea por sistematización de las soluciones de derecho positivo, sea por reconocimiento de una regla proveniente del derecho natural) (13).

Esa necesaria satisfacción del acreedor se sintetiza en las facultades que acuerda el art. 505 Cód. Civil; y en el otorgamiento de acciones judiciales (a cada derecho corresponde una acción) para agredir el patrimonio del deudor.

Cuando los bienes singulares que conforman el patrimonio del deudor son insuficientes para responder a las obligaciones, se produce el fenómeno de la quiebra, cuya finalidad es el desapoderamiento que autoriza y viabiliza la liquidación de esos bienes para con su producido satisfacer a los acreedores.

La quiebra aparece entonces como un mecanismo destinado a pagar ordenadamente a los múltiples acreedores de un deudor común (14),

(12) Conf. LARENZ, Karl, "Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica", trad. de Luis Díez Picazo, Madrid, 1985, ps. 67 y sigtes.

(13) Sobre las dos vertientes de la noción de principio general de derecho ver: GUASTAVINO, Elías P., "Los principios generales del derecho", *Anales de la Academia de Córdoba*, t. XVII y XVIII, p. 135; una síntesis en RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil - Parte General", t. I, 2da. ed., Bs. As., 1998, N° 116, p. 140.

(14) Conf. Posner, ob. cit.

orden que requiere la priorización de una regla general: la igualdad de principio entre esos mismos acreedores. En este sentido, la “*pars conditio creditorum*” aparece como una norma propia de todos los ordenamientos concursales y que encuentra su raíz en el derecho común como lo señalaba el profesor Molinario hace ya muchos años (15).

Y la mejor satisfacción de los acreedores exige proteger y maximizar el valor de la empresa, lo cual redundará en beneficio del interés de todas las partes comprometidas en la economía en general, como lo señala el informe del FMI al que ya aludimos.

b) La dignidad del deudor

En su primera versión el concepto de “*obligatio*” era un vínculo, ligamen, ligadura, una atadura con la que el acreedor sujeta al deudor (16), de donde era razonable reconocer al acreedor el derecho de actuar sobre el cuerpo del deudor incumpliente (17); cabría aquí precisar que la “*obligatio*” nacía del delito y de algunas otras causas; del contrato aparecía el *nexi* (18). Pero la evolución de la noción de *nexi*, vínculo, ligamen, potestad, a la idea de relación jurídica empezó prontamente con la sanción de la ley *Paetelia Papiria* (año 428 de Roma) en tanto atenuó los alcances del *nexi* prohibiendo que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de la deuda (19).

(15) v. MOLINARIO, Alberto D., “Tratado de los privilegios”, Bs. As., 1941, N° 18, p. 36.

(16) HATTENAUER, Hans, “Conceptos fundamentales del derecho civil”, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona, 1987, p. 78, N° 2.

(17) El acreedor tenía una verdadera potestad sobre el deudor, como la tenía sobre los hijos (*patria potestas*) y sobre los esclavos (*potestad heril*); v. MOLINARIO, Alberto D., “La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas”, *Rev. Aequitas*, N° 6, año 1965, p. 118.

(18) Según la explicación de Ortolan, con las palabras solemnes los que tomaban prestado se obligaban a los acreedores que les hacían el préstamo, y algunos empeñaban su propia persona para el pago de esa deuda; a esto se llamaba *nexi*: “Historia de la legislación romana”, p. 139.

(19) Ortolan explica así la génesis de la ley *Paetelia Papiria*: Esa ley, producida por un rumor popular y por una sublevación espontánea contra la lujuriosa barbarie de un acreedor (L. Papirio), fue, según Tito Livio, como un nuevo principio de libertad para la plebe. La servidumbre y el cautiverio por deudas estaban de tal modo en las costumbres de aquellos tiempos, y sus rigores eran tan duros y tan multiplicados, que era uno de los

A partir de allí la obligación nacida del contrato sólo pudo ejecutarse en los bienes del deudor; fue el germen de la sustitución de la idea de potestad por la de relación jurídica que sistematizara y expusiera la doctrina alemana del siglo XIX (20).

De otro lado, constituye un *prius* del derecho contemporáneo el reconocimiento en cada hombre, precisamente porque es persona, de un sentido ético, de un valor en sí mismo, y en este sentido, una dignidad (21).

Esa dignidad exige la preservación de un mínimo de bienes que permitan al deudor conservar lo necesario para vivir dignamente, él y su familia (22); o, al menos una existencia no penosa (23).

Esto ha tenido una antigua expresión en la legislación y la jurisprudencia que han elaborado un catálogo de bienes excluidos del poder de agresión de los acreedores (24).

grandes medios que los tribunos empleaban para excitar y alentar a la plebe en su lucha contra el patriciado; ob. cit., p. 160. Esta ley prohibió que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de su deuda; así cesó de presente y para el porvenir la servidumbre de los nexi. Por la ley Paetelia Papiria fue modificado el nexum, ya que no era permitido empeñar per aes et libram al deudor más que sus bienes, y de manera alguna su persona (ob. cit., p. 161).

(20) A partir de los estudios de SAVIGNY; de este autor v. "Sistema del derecho romano actual", trad. del francés de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1878, vol. 1, # 52, ps. 222 y sigtes.; síntesis conceptual en Hattenauer, ob. cit., N° 5 en p. 83 y sigtes.

(21) La idea proviene de la filosofía kantiana; ha llegado hasta el derecho civil a partir de las enseñanzas de LARENZ, Karl, "Derecho Civil - Parte General", trad. de Luis Izquierdo y Macfusa Picavea, Madrid, 1978.

(22) Como señala Federico de Castro, la idea de que el deudor responde con todos sus bienes (derivada de la regla según la cual el patrimonio es prenda común de sus acreedores), llevada hasta sus últimas consecuencias sería más grave que la prisión por deudas, pues conduciría a la muerte del deudor por desnutrición y desnudez.

(23) POSNER, ob. cit.

(24) En derecho argentino con las leyes 11.170, 12.996—modificatoria de los arts. 3878 y 3883 del Cód. Civil—, 14.394 y otras. Los Códigos Procesales suelen contener un dispositivo que asegura la inembargabilidad de los bienes de indispensable uso por el deudor; la jurisprudencia ha desarrollado esta cláusula general afirmando que ella excluye lo que es mero lujo o recreo, pero no determina derechamente la embargabilidad de bienes que, si bien no son imprescindibles, atañen a las exigencias comunitarias primordiales acerca de la posibilidad de desenvolverse en la vida moderna, ya—verbigracia— por el ahorro de inversión de tiempo que posibilitan, ya porque proporcionan un mínimo bienestar congruente con razonables expectativas generales.

En otro plano, la dignidad de la persona se vincula con su aptitud para insertarse en la vida de relación laboral o profesional. Por lo que en el derecho actual se propicia una rápida reincorporación del fallido a actividades que le permitan ganar su sustento y participar activamente en la producción de bienes o servicios.

c) La conservación de la empresa

Finalmente, ha sido una constante del derecho concursal la preservación de la actividad empresaria del deudor cesante.

Ello se ha proyectado en las soluciones preventivas; y en la quiebra, en la priorización de la liquidación de la empresa como unidad y en funcionamiento.

El fundamento de este interés creciente del derecho concursal por la preservación de la empresa puede ser visto también desde distintas ópticas.

Por un lado la empresa es una fuente de actividad económica y de generación de empleo. La legislación francesa e italiana —y sus comentaristas— han enfocado el tema desde este punto de vista.

Otros en cambio lo ven también como un modo de maximizar el valor de los activos y con ello mejorar las expectativas de satisfacción de los intereses de los acreedores.

La conservación de la empresa no significa que ella deba quedar en las manos del empresario que la llevó a la insolvencia. Quizás también como un corolario de la distinción entre ambos —puesta en evidencia por la legislación francesa— se señala hoy en día que puede ser objetivo de un sistema concursal la transmisión de la empresa como unidad a quien la pueda sanear y hacerla eficiente.

4. Breve esquicio de la evolución del balance de los tres elementos mencionados (25).

(25) El desenvolvimiento histórico del derecho concursal puede verse en ROCCO, Alfredo, "Il Fallimento. Teoria generale e origine storica", Milano, 1962, MAFFIA, O.J.-B. de MAFFIA, María Ofelia, "Legislación concursal. Introducción histórico/crítica", Bs. As. 1979; GOMEZ LEO, Osvaldo, "Introducción al estudio del derecho concursal", RDCO 24-141.

La evolución del derecho concursal demuestra que el balance entre los tres elementos mencionados no es sencillo de alcanzar y que en muchos períodos alguno ha prevalecido sobre los otros.

Así, en una primera etapa —en los orígenes del derecho concursal— los derechos de los acreedores predominaron abiertamente sobre la dignidad personal del deudor. De allí que la muerte, el destierro, la prisión, las sanciones infamantes y por supuesto el desapoderamiento de todos los bienes casi sin exclusión, eran característicos de los ordenamientos medievales.

Y la conservación de la empresa aparecía tímidamente con las primeras manifestaciones de las soluciones preventivas, las que, de todos modos eran decididas casi exclusivamente por los acreedores.

No varió mucho el panorama durante muchos siglos. Prueba de ello es que el Código de Comercio de 1859/62 seguía manteniendo la prisión del fallido que no podía garantizar el pago de su pasivo; y la ley 4156 (Adla, 1889-1919, 564) otorgó extensas facultades a los acreedores, lo cual fue motivo de crítica por los comentaristas de la época (26). Y hasta no hace muchos años las soluciones preventivas eran reservadas al comerciante “onesto ma sventurato”; inclusive el régimen francés de 1955 vinculaba la suerte de la empresa a la moralidad comercial del deudor, lo cual fue considerado un defecto notable pues podía conducir a la desaparición de empresas viables (27).

Puede quizás señalarse como un hito que cambia la orientación del derecho concursal a la legislación italiana de 1942, que es seguida de reformas en la legislación de muchos países europeos continentales, y particularmente por un intenso trabajo doctrinario que pone de relieve la necesidad de preservar la empresa como entidad social y económicamente significativa.

Esto amplió considerablemente el punto de mira del derecho concursal, en tanto aparece un capítulo que es el de la prevención de la

(26) v. MARTIN y HERRERA, Félix, “Estudios sobre la legislación de la quiebra”, Bs. As., 1917, ps. 116 y sigtes.

(27) JEANTIN, N° 539, p. 334.

crisis (28), y se expanden las soluciones preventivas facilitándose notablemente el acceso a ellas y su resolución favorable.

5. El empaldecimiento de los derechos de los acreedores

Este nuevo prisma a través del cual se examinaban las dificultades del deudor, llevó a privilegiar otros intereses por encima del de los acreedores, particularmente el de la comunidad en la preservación de la empresa como fuente de puestos de empleo y de producción de bienes y servicios útiles; lo que se identificó como el interés general.

Esto se patentizó en algunas soluciones, como la ley francesa del 25 de enero de 1985, que al poner como principio inicial y fundamental la preeminencia de la empresa (29), en alguna cierta llegaba a prescindir de los acreedores (30). Esa ley —como se señaló antes— establece en el art. 1º, que sus fines son: 1) el salvataje de la empresa; 2) el mantenimiento del empleo y la actividad; 3) el pago del pasivo; la doctrina y la jurisprudencia coincidieron en que era una enumeración jerarquizada; el salvataje de la empresa apareciendo como el objetivo mayor de la ley traducía la preeminencia acordada por el legislador a la empresa (31).

En esta ley, como veremos más adelante, los derechos de los acreedores fueron “puestos en causa” y largamente disminuidos, en beneficio de un verdadero dirigismo judicial, que de todos modos en la realidad

(28) Sobre el tema se han publicado innumerables trabajos en Argentina, entre los cuales citamos: BELTRAN, Emilio, “Hacia un derecho preconcursal. El proyecto de ley belga sobre empresas en dificultades”, RDCO 1985-269; PAILLUSEAU, “Del derecho de la quiebra al derecho de las empresas en dificultades”, RDCO 1984-655; PAJARDI, Piero, “El proceso de quiebra entre el pasado y el futuro”, RDCO 1982-179; ROJO, Angel, “Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales”, RDCO 1981-269; CAMARA, Héctor, “La falencia de la falencia”, RDCO 1980-393.

(29) v. BADINTER, Robert, “Les ambitions du législateur”, en “Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises”, París, 1986, vol. 1. Dice allí el entonces Ministro de Justicia de Francia: El primer principio es la preeminencia de la empresa (Nº II en p. 5).

(30) Hemos puntualizado en anteriores trabajos, que tanto la doctrina italiana como la francesa destacan que sus respectivas legislaciones habían preterido excesivamente las atribuciones de los acreedores. Así, con relación a la ley francesa.

(31) BADINTER, ob. cit.

no era tan fuerte pues la suerte de la empresa se decidía en las negociaciones privadas (32).

De allí que en épocas más recientes se vuelva un poco sobre los pasos.

Así, con motivo de la sanción de la ley francesa 94-475 del 10/6/94, que modifica el régimen de prevención y tratamiento de dificultades de las empresas que había sido establecido entre 1984 y 1985, se apunta que los objetivos de esta reforma son la mejora de la prevención, la simplificación del procedimiento, la restauración de los derechos de los acreedores (33), destacándose el rol de algunos de ellos, en particular los bancos (34).

En la misma orientación la Comisión Ministerial italiana para la reforma de la legislación concursal, presidida por Piero Pajardi se ha planteado rescatar un principio fundamental, cual es la protección de los acreedores; frente a la conservación de la empresa, aún con la carga social que contiene y la excelsa finalidad humana que la nutre, entiende que aquélla debe ser perseguida en forma compatible con la protección creditoria para evitar un sacrificio injustificado de unos por los otros (35).

La Comisión Krings para la reforma del derecho concursal belga tuvo la tarea ambiciosa de adaptar la ley de quiebras a las necesidades contemporáneas y conciliar mejor los intereses de los acreedores, de los poderes públicos, de los trabajadores y del fallido mismo (36).

Y en la quiebra esto era bastante notorio en la ley argentina de 1972 donde numerosas cuestiones relevantes (acciones de integración del

(32) JEANTIN, ob. cit. N° 543, p. 336.

(33) DERRIDA, Fernand, "Très bref propos sur la reforme de la 'faillite'", Dalloz 1993-Ch 321.

(34) CHAPUT, Yves, su nota en "Juris Classeur Periodique", 1994-1-3786.

(35) PAJARDI, Piero; ALEGRIA; KLEIDERMACHER; FAHRI DE MONTALBAN; GEBHARDT, "Derecho Concursal", Bs. As., 1991, t. I, p. 57.

(36) Citado por HORMANS, Guy, "Les objectifs et la portée de la reforme du droit du concordat judiciaire et de la faillite", en *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles - Louvain-la-Neuve, 1997, p. 11.

patrimonio, acciones de responsabilidad, continuación de la actividad de la empresa fallida, modos de liquidación, etc.) sin tener en consideración la opinión ni el interés de los acreedores; lo cual condujo a resultados a veces muy negativos (postergación “sine die” de los derechos de los acreedores en la masa, generación de pasivos por la continuación de la actividad de la empresa fallida, promoción de acciones con resultado negativo con imposición de costas a la masa).

6. La situación del fallido

Correlativamente la situación del fallido no mejoraba en orden a un reconocimiento de su dignidad. Es que poco se había avanzado más allá de enumerar algunos bienes excluidos del desapoderamiento, el cual se extendía por todo el largo plazo de la inhabilitación. De donde se dificultaba seriamente la reinserción del fallido al mercado y por ende las posibilidades de ganarse su sustento y participar de la producción de bienes y servicios. La calificación de conducta era un resabio de las penas infamantes.

En este tema no puede omitirse destacar la incoherencia de alguna doctrina, que cuando trata el concurso preventivo pretende extender todas las facilidades al concursado aun a despecho de las atribuciones y derechos de acreedores y terceros. Pero cuando ese mismo sujeto en cesación de pagos es declarado en quiebra, se lo trata —o se pretende que se lo trate— como un delincuente o poco menos.

7. El derecho concursal y el sistema económico y financiero

Hemos dicho ya que la pretensión de tener un sistema concursal ordenado y eficaz se vincula hoy derechamente con la solidez del sistema económico y financiero de los países.

Ello se evidencia en la preocupación que organismos financieros —como el FMI y el Banco Mundial— tienen actualmente respecto de los regímenes concursales de todos los países. Justamente el FMI ha elaborado un informe denominado “Por procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces” presentado en el año 2000 (37). Y funcionarios

(37) Verlo en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>

de la misma institución han visitado la Argentina más de una vez en los últimos meses para comprender nuestro régimen de insolvencia y proponer medidas tendientes a hacerlo más eficiente.

II. Nuestro sistema legal actual. Las novedades de la ley 24.522

1. El régimen concursal (ley 24.522)

La ley concursal (Adla, LV-D, 4381) se dictó en un marco económico y político sustancialmente distinto al que existía cuando se sancionó la ley 19.551 (Adla, XXXII-B, 1847) (38). Y sus principales puntos orientadores, vinculados derechamente con los intereses en tensión en la situación de insolvencia, fueron:

—repotenciar las atribuciones de los acreedores tanto en el concurso preventivo como en la quiebra

—reducir el intervencionismo estatal

—introducir alguna nueva solución preventiva

—facilitar la reinserción del fallido

—limitar el alcance del desapoderamiento

—limitar la conservación de la empresa fallida a los casos de empresas realmente viables

Si bien ya hemos tratado este tema en un trabajo anterior, reproducimos algunos de los conceptos principales, para establecer un vínculo necesario con la tercera parte de este informe, destinada a sugerir cambios en el derecho concursal vigente.

(38) El punto ya lo hemos desarrollado en "Fines y principios estructurales de la nueva ley de concursos", *Rev. de Derecho Privado y Comunitario* N° 10, ps. 9 y sigtes.

2. Las atribuciones de los acreedores

En apretada síntesis, las novedades de la ley 24.522 que tienden a repotenciar las atribuciones de los acreedores en los concursos, entre otras, son:

- los comités de acreedores
- el derecho al cobro de los créditos preconcursales de los contratantes “in bonis” sujetos a la continuación del contrato con el concursado preventivamente
- la categorización de los acreedores y las propuestas con alternativas
- el salvataje (art. 48)
- la limitación de los poderes juez en la homologación
- la exigencia de conformidad de los acreedores para la promoción de acciones integrativas del patrimonio y de responsabilidad
- el estrechamiento de la continuación de la actividad de la empresa en quiebra
- la reducción de los privilegios
- la reducción de las escalas de honorarios

Podemos ver sucintamente cuál es la finalidad de cada uno de esos institutos y cómo funcionan en la práctica.

a) Comités de acreedores

La ley organiza los comités de acreedores en seguimiento de criterios propiciados en otras latitudes (39) y abrevando además en la experien-

(39) V. “Los antecedentes de derecho extranjero” en MARTINEZ de PETRAZZINI, Verónica, “Comité de acreedores en la ley N° 24.522”, Bs. AS., 1997, ps. 33 y sigtes.

cia que emana de los denominados clubes de bancos en los que los acreedores suelen formar un comité que analiza las causas del desequilibrio de la empresa y facilita la búsqueda de soluciones que contemplen adecuadamente los derechos de los acreedores y los coordinen con las posibilidades de la empresa en crisis.

Se ha señalado por algún autor que estos comités no habrían de prosperar en la práctica. La experiencia de aplicación enseña que salvo en algunos casos muy especiales —particularmente el de macro concursos— este instituto no tiene repercusión. Por regla general los acreedores lo toman más como una carga que como una atribución, y temen más a las responsabilidades que pueden asumir que a la contribución que pueden prestar en las tareas de investigación de las causas del desequilibrio del deudor y en el análisis de soluciones que pueden viabilizar el cumplimiento del acuerdo preventivo.

De este modo parece razonable la propuesta de modificación que hace el Proyecto de Reformas elaborado por la comisión designada por el Ministerio de Justicia, en tanto lo hace optativo y dependiente de la iniciativa de los acreedores; aunque quizás resulte exagerado requerir la conformidad de acreedores que representen más del 50 % del capital quirografario.

Del mismo modo es coherente con otras reformas proyectadas, y con lo que se viene apreciando, que se haga optativo que la propuesta contenga un comité de acreedores que funcione como controlador del acuerdo.

b) El derecho al cobro de los créditos preconcursales de los contratantes *"in bonis"* sujetos a la continuación del contrato con el concursado preventivamente.

Una reforma controvertida de la ley 24.522 es la que se introdujo en el art. 20, vinculada a los contratos con prestaciones recíprocas, en tanto dispone que *la continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución.*

Un sector relevante de la doctrina nacional que ha comentado el precepto lo considera un agravio a la igualdad de los acreedores, así como

una forma de desprotección del concursado que puede verse amenazado por el despedazamiento de su actividad en tanto para mantener ciertas relaciones debería atender obligaciones preconcursales afectando así su caja que —por definición— es insuficiente para atender sus compromisos exigibles.

Al respecto puede observarse:

(i) la presunta violación de la igualdad no nos parece tal, en tanto se considere que la situación del contratante "*in bonis*" constreñido a mantener la relación jurídica con el incumpliente no es idéntica a la de los demás acreedores. En efecto: los demás acreedores hacen exigibles sus créditos aún de vencimiento posterior a la presentación en concurso (arg. art. 572, Cód. Civil) (40), por lo que pueden verificarlos y ejercer sus derechos en el concurso, por lo que la apertura del concurso preventivo produce una importante modificación en sus relaciones con el concursado, en beneficio de los acreedores. En cambio este cocontratante "*in bonis*" y acreedor debe quedar ligado a un nexo convencional con un sujeto incumpliente y cesante en sus pagos, lo que es un apartamiento notorio de las reglas generales (41). Así, parece excesivo que este contratante deba cumplir sus obligaciones y quedar: (*) por los créditos anteriores a la presentación sometido a la verificación y resultados del acuerdo preventivo; (**) expuesto a un nuevo incumplimiento que sólo se remediaría con la calificación de la acreencia insatisfecha como crédito por gastos de conservación y justicia (art. 240, LC); y además (***) en ciertos casos la continuidad de un contrato mediando incumplimiento del deudor puede alterar la ecuación económica del negocio; piénsese en el seguro, donde el incumplimiento del pago de la prima produce la suspensión de la cobertura, fundándose ello en los cálculos actuariales que posibilitan el funcionamiento del negocio; someter a la compañía aseguradora al mantenimiento de la cobertura mediando un incumplimiento de la prima subvierte el fundamento técnico del contrato de seguro.

(40) Salvo que el crédito tenga garantía real.

(41) Que autorizan al contratante cumpliente a suspender la ejecución de sus obligaciones mientras la otra parte (incumpliente) no lo haga (excepción de incumplimiento: art. 1201 Cód. Civil) y a resolver el contrato (arts. 1204 Cód. Civil y 216 Cód. de Comercio).

(ii) en cuanto a la exacción de la caja del concursado, es un argumento atendible, pero es justamente una de esas hipótesis en que la ley debe elegir entre los derechos del contratante "*in bonis*", acreedor de prestaciones preconcursales, y el concursado. En definitiva depende de su voluntad poner en marcha este mecanismo, y si lo hace sabe que tiene erogaciones que afrontar. Parecía excesivo que la continuidad de un contrato incumplido fuese absolutamente gratis (42).

c) La categorización de los acreedores y las propuestas con alternativas.

Los fundamentos de las nuevas instituciones mencionadas en el acápite los hemos vertido en trabajos anteriores a los que remitimos (43). La doctrina se ha mostrado generalmente conforme con estas reformas; y la praxis judicial ha ido llenando las lagunas del régimen (44).

Es conveniente señalar que la categorización conforme a pautas razonables es también un modo de dar importancia a todos los acreedores. En el sistema de propuesta única e igual para todos los acreedores, algunos de ellos no eran siquiera tenidos en cuenta por no tener significación para la obtención de las mayorías (45). En el régimen vigente,

(42) Los concursos de compañías de aviación que se han abierto en Argentina en los últimos meses demuestran la coherencia del sistema del art. 20 con el funcionamiento del contrato de leasing, pilar de la actividad aeronáutica. Las sociedades concursadas han optado por continuar usando bajo el sistema de leasing las aeronaves útiles, negociando con los lessors el pago de los cánones atrasados, y han restituido a sus propietarios las aeronaves cuyos servicios podían discontinuarse, caso en el cual los acreedores verifican sus créditos en el procedimiento de concurso preventivo. La solución, reiterada en definitiva en la actual ley de leasing 25.248 es coherente con el sistema del derecho de los Estados Unidos —en el cual la influencia de los fabricantes y lessors de aeronaves es destacada (v. Posner, ob. cit.)— y con el proyecto de convención respecto de garantías sobre equipos móviles que está preparando UNIDROIT que contempla expresamente un Protocolo adicional para el tema aeronaves.

(43) V. RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Concursal", t. I, Bs. As. - Sta. Fe, 1996, ps. 93/4.

(44) Particularmente con relación al punto de a cuál categoría se incorporan los créditos verificados tardíamente y los que votan negativamente el acuerdo.

(45) Son "las clases olvidadas" como señalan CARRUTHERS - HALLIDAY, ob. cit., ps. 303 y sigtes. entre las que se encuentran los consumidores que devienen acreedores, como sucedió en el procedimiento de insolvencia de Shield International, una empresa que recibía cheques de sus clientes y no entregaba las mercaderías; Shield denunció 4616 clientes que habían pagado entre 1 y 50 dólares con un promedio de 7 dólares; de ellos, sólo 87 se presentaron.

al dividirse en categorías y ser necesaria la conformidad de todas ellas para la aprobación del acuerdo, los créditos de poca monta, los quirografarios laborales, los proveedores, pueden alcanzar mayor peso propio en la adopción de la decisión de aprobar o no el acuerdo preventivo.

De allí que sea dudosa la conveniencia del proyecto de reformas del Ministerio de Justicia que propicia dar al juez la facultad de aprobar un acuerdo preventivo aun en detrimento de la conformidad de alguna clase.

d) El salvataje

En nuestro enfoque el salvataje del art. 48 mira por un lado y principalmente a la conservación de la empresa.

Se trata de evitar la quiebra que en el régimen anterior era inexorable ante el fracaso del concursado de obtener las mayorías necesarias para tener por aprobado el acuerdo preventivo.

La idea de este instituto es que una empresa puede no tener destino en manos de sus titulares actuales, pero sí puede ser viable si es otro quien la dirige (46). Esta solución es absolutamente coherente con los criterios modernos en la materia concursal, que señalan que uno de los objetivos del régimen de la insolvencia ha de ser la transferencia de la empresa a quien esté en condiciones de sanearla.

De otro lado, el salvataje mejora sustancialmente la posición de los acreedores, y no sólo porque cualquiera de ellos individualmente o en conjunto puede hacer una propuesta de acuerdo preventivo, sino por-

(46) El salvataje estaba previsto en los primeros papeles de trabajo del proyecto, que habían sido elaborados por un grupo de abogados colaboradores del licenciado Rojo, titular de la Secretaría de Desregulación Económica del Ministerio de Economía. Se argumentaba que la crisis de muchas empresas —particularmente pequeñas y medianas— se debía a la confluencia de varios factores: envejecimiento de los fundadores, ampliación del número de familias que vivían de la empresa, mínimo o nulo capital de trabajo con agotamiento de los recursos de la familia para hacer nuevos aportes y reducido acceso al crédito, carencia de management eficiente, atraso tecnológico. Sin embargo, algunas de esas empresas tienen elementos valiosos: larga permanencia en el mercado, productos o servicios acreditados, marcas reconocidas. Con lo cual la transferencia de la empresa a terceros que tuviesen posibilidad de aportar capital propio, acceso al crédito, buen management y tecnología, podía hacer viables a esas empresas.

que cambia el telón de fondo de la negociación entre los acreedores y el deudor concursado.

Como se señala en el estudio más profundo que se ha hecho de esta institución a partir de su incorporación al derecho positivo argentino (47), durante la vigencia del régimen anterior, los acreedores se veían muchas veces ante una alternativa de hierro: aceptar una propuesta ruinosamente generalmente de incierto cumplimiento o provocar la quiebra; y como señala con expresividad Mosso los acreedores *huían de la quiebra como en la antigüedad de la lepra*

Con la incorporación del mecanismo del art. 48, la negociación entre los acreedores y el concursado tiene un telón de fondo relativamente distinto, pues ante una oferta ruinosa o que se sabe de difícil o imposible cumplimiento, los acreedores pueden pensar en otra solución que no es la quiebra, sino la adquisición de las acciones o cuotas para ser la actividad de la sociedad concursada continuada por quien tenga las aptitudes para ello.

Desde este punto de vista, la capacidad de negociación de los acreedores mejora sensiblemente.

e) La limitación de los *poderes juez* en la homologación

Una de las reformas más significativas de la ley 24.522 con relación al régimen precedente —y que autoriza el achaque de *privatista* que le hace gran parte de la doctrina argentina— es la homologación del acuerdo casi automática que impone al tribunal.

La supresión de la facultad del juez de no homologar el acuerdo de conformidad a las pautas del art. 61 LC, algunas de las cuales ya estaban superadas a la época de la sanción de la ley 19.551, es un innegable reconocimiento de que los únicos jueces de la conveniencia del acuerdo preventivo son los acreedores; como señalamos en alguna oportunidad, los acreedores no necesitan que el juez actúe como curador de sus intereses (48).

(47) MOSSO, Guillermo G., "El cramdown y otras novedades concursales", Bs. As. - Santa Fe, 1998.

(48) Nuestro voto en CNCom., sala D, 21/12/82, La Ley, 1983-B, 658, ED, 104-604.

Sobre este punto debemos señalar que el texto legal no empece a que el juez ejerza sus genéricas facultades para impedir el fraude o el abuso (49), por lo que puede negar la homologación cuando advierte que el acuerdo puede llegar a concretar un fraude, e incluso por la existencia de causales de impugnación no invocadas por los acreedores.

En la tercera parte de este trabajo volvemos sobre el tema y la conveniencia de mejorar el régimen vigente.

f) La exigencia de conformidad de los acreedores para la promoción de acciones integrativas del patrimonio y de responsabilidad

La doctrina ha tenido oportunidad de señalar que la ley 24.522 está orientada por la idea fuerza de conceder a los acreedores relevante injerencia en los trámites y decisiones en el concurso preventivo y en la quiebra; a ese efecto recurre a un puñado de mecanismos en los que, contrariamente al texto suplantado, el criterio de los acreedores es fundamental (50).

Claramente uno de estos mecanismos es la exigencia de la conformidad de los acreedores quirografarios para la promoción de acciones de integración del patrimonio del fallido y de responsabilidad, solución que había sido propiciada por el anteproyecto del Ministerio de Justicia y fue finalmente recogida en la ley 24.522.

No se nos escapa que este requisito de procedibilidad ha despertado gran polémica, pues mientras algunos autores consideran que es razonable —en tanto de lo que se trata es de derechos patrimoniales disponibles por los acreedores— otros entienden que constituye una manera de impedir que estas acciones se ejerzan.

El Proyecto del Ministerio de Justicia mantiene el recaudo con ciertos ajustes al mecanismo.

(49) Ya lo sostuvimos así en "Instituciones de Derecho Concursal", t. I, citado, N° 5 en p. 316.

(50) GEBHARDT, Marcelo en Fassi-Gebhardt, "Concursos y quiebras", Bs. As., 1996, p. 488.

g) El estrechamiento de la continuación de la actividad de la empresa en quiebra

No hemos de recargar la atención del lector con los argumentos sobre el fracaso de estas soluciones en todas las latitudes, pues ya lo hemos dicho aunque sea escuetamente, y además ha sido largamente expuesto por la doctrina argentina y extranjera.

Sólo queremos puntualizar que en el régimen de la ley 19.551 no existía ningún recaudo vinculado a la viabilidad de la explotación a continuar; y que parecía ser que la única finalidad perseguida era la preservación de las relaciones de trabajo y la enajenación de la empresa en funcionamiento.

Con lo que los acreedores quirografarios se veían doblemente postergados: en el tiempo; y en la graduación, en cuanto aparecían pasivos generados por la explotación de la actividad de la fallida que eran tratados —y lo son también actualmente— como créditos contra el concurso (o créditos por gastos de conservación y justicia).

Por lo tanto la ley 24.522, sin ambages ha limitado notablemente la posibilidad de la continuación de la actividad del fallido. Para ello es necesario tener como presupuesto que se asegure que no se generarán nuevos pasivos; y como finalidad, que ello sirva para mejorar la situación de los acreedores en orden a la liquidación de los activos.

h) La reducción de los privilegios

Alguien decía que ser quirografario en un concurso o quiebra es casi sospechoso; de allí la exigencia de la prueba de la causa a quien quisiera ingresar al pasivo con un pagaré o cheque. Es que el sistema de privilegios de la ley 19.551, pretendidamente cerrado, presentaba intersticios enormes, en tanto autorizaba la aplicación de privilegios especiales creados por otras leyes.

Por otra parte la incidencia de los créditos privilegiados se potencia en algunos casos con su extensión a los intereses (51). Esto lleva

(51) Recordar que durante la vigencia de la ley 19.551, la jurisprudencia había dispuesto que los créditos laborales en los concursos preventivos seguían devengando intereses y se actualizaban hasta la fecha de su efectivo pago; y en la quiebra se actualizaban hasta

—junto con los gastos del proceso— a que los acreedores quirografarios rara vez tengan un dividendo a cobrar (52).

El régimen de la ley 24.522 —con la finalidad de ampliar la base quirografaria de la masa pasiva de la quiebra— es notoriamente más hermético, en tanto reduce el número de créditos con privilegio especial e impide el funcionamiento de privilegios especiales creados por otras leyes (53).

3. *La situación del fallido*

Así como la nueva ley sigue como orientación la restauración de los derechos de los acreedores, en materia de quiebra la situación del fallido ha sido sustancialmente mejorada con:

- la reducción del período del desapoderamiento
- la eliminación de la calificación de conducta
- la reducción del período de inhabilitación
- el estrechamiento de la interdicción de salida del país.

Se ha comentado en la doctrina que al menos en alguna medida nuestro sistema se aproxima así al anglosajón.

Entendemos que las soluciones que *desdramatizan* la quiebra son razonables en una economía de mercado. Si en el estado actual de las relaciones económicas el comerciante o empresario debe competir con los productos importados, con los que participan del mismo mercado dentro del país, no goza de subsidios ni de protecciones arancelarias,

el efectivo pago. La hipoteca y la prenda gozan además de ventajas en materia de intereses que están dispuestas por la ley, con la limitación del producido del asiento de la preferencia.

(52) BADINTER, ob. cit., decía que en Francia en el 90% de los procedimientos los quirografarios no perciben ningún dividendo.

(53) De todos modos es obvio que siendo esta una regla legal, puede el día de mañana ser modificada o sustituida por otra ley que disponga lo contrario.

queda inmerso en un *gran espacio económico* como lo es el Mercosur, si recurre al crédito debe pagar tasas positivas, etc., la quiebra debe ser vista como una consecuencia posible de los negocios.

En otras palabras, en una economía de mercado se puede triunfar o no; y por otra parte, todos sabemos que la quiebra depura el mercado de actividades o productos que han pasado de moda, que son superados tecnológicamente, que devienen inservibles (54), etc.

En consecuencia no hay que ver en la quiebra una causa de la segregación definitiva del sujeto fallido de la actividad comercial, sino como lo hacen los estadounidenses, como un *new start point*.

Claro es: mientras la quiebra no sea consecuencia o no vaya acompañada del fraude.

Pero en este caso no es el derecho concursal el que debe dar la respuesta, sino el derecho penal, que necesariamente debe actualizar las figuras del Código de la materia que han quedado tan superadas como las diligencias o los barcos de vapor.

4. Corolario

Algunos autores parecen sorprenderse y aun cuestionar que la ley 24.522 persiga —entre otros fines— la tutela efectiva de los derechos de los acreedores (55).

A nosotros esto nos parece coherente con la totalidad del ordenamiento jurídico.

Y volvemos al principio de este trabajo: las obligaciones deben ser cumplidas; el derecho privado reconoce derechos al acreedor, a los que

(54) El profesor Jaime Anaya suele ejemplificar con las líneas de barcos que hacían el trayecto Europa-América; o con las diligencias. Simplemente han desaparecido del mercado sustituidas por otros medios más eficaces, rápidos y económicos.

(55) V. IGLESIAS, José, "La filosofía de la ley de concursos y quiebras", *La Ley*, 1995-E, 1188; ESPARZA, Gustavo, "Autonomía de la voluntad y derecho concursal: Notas para su estudio", ED. 22/10/98.

mune de acciones para obtener ese cumplimiento en especie o por equivalente. Quien infringe el orden jurídico es el deudor que no cumple.

Estos principios son insustituibles.

Frente a ellos se alzan —como límites— el necesario respeto a la dignidad del deudor y la preservación de la entidad empresarial viable cuando es económica o socialmente útil.

El desafío para el legislador —y en los casos concretos para quien deba interpretar y aplicar la ley— es hallar un balance entre esos principios y sus límites.

Sin duda que no es fácil encontrar el punto de equilibrio justo.

Un exceso de protección del fallido puede llevar a la indiferencia por el cumplimiento o incumplimiento (56); una exacerbada protección de la empresa puede llevar a preterir los derechos de los acreedores, particularmente de los quirografarios que se ven postergados en el tiempo y afectados por la generación de nuevos pasivos, como ha sido reiteradamente denunciado; una demasía en los poderes de los acreedores puede conducir al desahucio de empresas que pudieran salvarse o a la falta de toda consideración de cualquier otro interés relevante.

La ley 24.522 ha ensayado encontrar un nuevo punto de equilibrio, rescatando facultades para los acreedores que habían ido desapareciendo o desvaneciéndose desde la ley 11.719 (Adla, 1920-1940,325) hasta nuestros días; o reconociendo algunas nuevas que eran reclamadas por parte de la doctrina o que se aplican en legislaciones de otros países.

De todos modos, es obvio que las soluciones de la ley vigente no han satisfecho a todos (sería imposible) y que algunos ajustes son conve-

(56) Crítica que se viene haciendo al sistema americano del discharge; y que ha motivado incluso algún proyecto de reforma de la ley de quiebras americana, en particular en cuanto a los bienes preservados del desapoderamiento (más adelante tratamos estas cuestiones) y que implícitamente se hace a la ley 24.522 cuando se alude a los fallidos por conveniencia: v. el interesante trabajo de WETZLER MALBRAN, Germán, "Una nueva categoría de sujetos en el ámbito del derecho concursal: los "fallidos por conveniencia"", ED, 12/2/99.

nientes, pero no sólo en los aspectos procedimentales —a los que tanto vano esfuerzo dedica parte de nuestra doctrina— sino en cuestiones realmente de fondo que cambien algunas orientaciones de nuestro derecho concursal. A ello dedicamos la tercera parte de nuestro informe.

III. La prospectiva

El derecho concursal es en gran medida el derecho de la *insatisfacción* permanente.

Es que ante la realidad de la insolvencia, la ley es insuficiente para resolverla. A lo sumo puede otorgar remedios para tratar de paliar sus efectos. Por ello, permanentemente la legislación concursal busca nuevos caminos y nuevas vías y sus resultados son muchas veces ineficientes.

Cabe aclarar que esto no es patrimonio exclusivo de Argentina; en USA los banqueros miran con envidia la legislación británica que da a los grandes acreedores suficientes poderes como para resolver rápidamente las crisis empresarias con una mínima intervención de los tribunales, no mantiene a los directivos y propietarios al frente de la empresa, hace responsables personalmente a los directores si ellos dudaron en proteger adecuadamente los activos de los acreedores; y donde la “quiebra estratégica” es imposible. Lo cual no impide que a su vez los británicos miren a través del Atlántico buscando inspiración particularmente en lo que hace a la reorganización de empresas, aunque no aceptando las vías que se usan para ese fin (57). Inclusive los autores americanos discrepan acerca de la eficacia de Capítulo 11 pues algunos lo califican de costoso e ineficiente, mientras otros lo defienden. En Francia, en Alemania, en Austria, la doctrina denuncia la insuficiencia crónica de los dividendos que reciben los quirografarios en las quiebras. En todos los países existe una coincidencia casi generalizada en la insatisfacción respecto del funcionamiento de las instituciones tendientes a superar las crisis empresarias.

De allí que exista hoy una notoria inquietud por hacer más eficientes los sistemas concursales. A ello se dirige justamente el estudio que ha

(57) CARRUTHERS-HALLIDAY, ob. cit., p. 4.

preparado el FMI con la colaboración de importantes juristas que han examinado el régimen de la quiebra en una enorme cantidad de países; y también los esfuerzos de INSOL (International Federation of Insolvency Professionals), sea a través de directivas para los acreedores, como también en investigaciones tendientes a comparar soluciones en aspectos concretos (58).

Ahora bien; para hablar de cómo hacer un sistema más eficiente es necesario identificar los problemas que subsisten, tanto en las soluciones preventivas y en la quiebra. De allí podremos tratar de encontrar algunas propuestas.

A ello dedicamos esta parte del informe, por supuesto con relación al derecho argentino vigente.

Desde nuestro punto de vista, algunos de esos problemas son:

—la existencia de un único procedimiento preventivo y de quiebra para todos los deudores, cualesquiera fueren sus condiciones y circunstancias (persona física o jurídica, gran empresa, pequeña actividad rural, asalariado, ama de casa);

—las atribuciones de los acreedores munidos de garantías reales que pueden frustrar el concurso preventivo (antes o después de obtenido el acuerdo);

—el abuso del concurso preventivo por la presentación de empresas absolutamente inviables;

—el abuso de la amplitud de soluciones preventivas susceptibles de ser propuestas a los acreedores;

—la inexistencia de acuerdos preventivos extrajudiciales homologados judicialmente;

—la existencia de propuestas uniformes para los créditos fiscales impuestas por vía reglamentaria;

(58) De reciente publicación: *Directors in the twilight zone*, London, 2001.

- el costo del concurso preventivo;
- la demora en la liquidación de los activos en la quiebra;
- el funcionamiento de la sindicatura;
- la insuficiencia del régimen de responsabilidad de administradores;
- la ineficacia del sistema represivo de los delitos de quiebra.

1. Un único procedimiento preventivo y de quiebra y su aplicación a todos los deudores

A) Descripción del problema

Desde 1972, en aras de la unificación del régimen concursal, nuestra legislación inició la tendencia a ofrecer la misma solución preventiva o liquidativa para personas físicas y personas jurídicas, comerciantes y no comerciantes. Así ha quedado consagrado en la ley vigente.

El pequeño concurso es nada más que una mínima (e insuficiente) simplificación del trámite, que no modifica en absoluto la esencia del concordato de mayorías y de la quiebra.

Lo cierto es que otros países han elaborado soluciones preventivas distintas, ponderando especialmente la situación de las personas físicas, que es sustancialmente distinta a la de las empresas. Y en ciertos casos han creado sistemas para algunas "empresas" singulares, como pueden ser las grandes empresas, las entidades estatales o las empresas familiares que desarrollan actividades agropecuarias.

En fin, parecería que ciertas legislaciones han adoptado criterios diferenciadores según la distinta naturaleza de los sujetos concernidos por el fenómeno de la insolvencia.

Entre ellas, al solo objeto de ejemplificar pueden mencionarse las soluciones más conocidas:

- la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis (Italia);

—la imposición de soluciones para las personas físicas sobreendeadas (Francia);

—el procedimiento de *règlement amiable* para los agricultores, existente en Francia

—los procedimientos para municipios y familias de agricultores con ingresos regulares que existen en los EE.UU. (Capítulos 9 y 12) (59).

B) Descripción sucinta de algunas de estas soluciones

a) El problema de la insolvencia de las personas físicas

Un capítulo del moderno derecho del consumo, es el tratamiento a dar a la insolvencia de las personas físicas no comerciantes, o “no profesionales” como se las identifica en algunos países, o directamente como deudas de los consumidores (*consumers debts*) como las denomina en términos muy generales y comprensivos el informe de INSOL titulado “Consumer debt report. Report of findings and recommendations” (60).

Este es un problema hoy muy serio, lo que se evidencia en la enorme cantidad de quiebras que se decretan anualmente de personas físicas. De modo que algunos países han reaccionado creando legislaciones “ad hoc”.

Veremos las soluciones francesa y americana y las recomendaciones de INSOL.

(i) El régimen francés del sobreendeudamiento de particulares.

Se trata de un complejo sistema administrativo y judicial por el que se pretende aliviar la situación de personas físicas que han asumido deudas “no profesionales”. Se argumentó como fundamento de esta norma el endeudamiento en que caen las personas físicas, en un primer mo-

(59) El Capítulo 12 era un régimen transitorio, destinado a expirar en octubre de 1998.

(60) Editado por Insol International, London, 2001.

mento como consecuencia de una brusca baja de la tasa de inflación que hizo que las tasas de interés estipuladas con los acreedores —particularmente los bancos— fueran excesivas; y luego por desconocimiento o incomprensión de las obligaciones asumidas.

En un primer paso interviene un organismo administrativo (la comisión) que trata de conciliar a deudor y acreedores, en orden a la concreción de un plan convencional de reestructuración del pasivo, que debe ser suscripto por el deudor y sus “principales acreedores”. Este acuerdo es obligatorio para todos los acreedores, aún los disidentes, y puede contener diversas medidas, como la reprogramación de los vencimientos de las obligaciones, la reducción de tasas de interés, la consolidación, creación o sustitución de una garantía.

Si el procedimiento no arriba a un acuerdo, la Comisión puede sugerir medidas que son puestas en ejecución por un juez. El juez puede imponer cuatro tipos de medidas, autorizadas por el art. 331-7 del *Code de la consommation*:

(i) el diferimiento o reescalonamiento de las obligaciones del deudor (61), hasta un plazo de cinco años, con ciertas salvedades particulares;

(ii) la reimputación de pagos por intereses al capital, muy raramente utilizada (62);

(iii) la reducción de la tasa de interés, que puede llegar a ser inferior a la tasa legal (según la expresión que usa la ley, en un punto que dio lugar a feroces debates); la jurisprudencia ha debido pronunciarse en infinidad de oportunidades sobre hasta donde puede llegar esta reducción;

(iv) la reducción del saldo a pagar por los préstamos inmobiliarios después de la venta del inmueble del deudor.

(61) La Casación ha dicho que puede aplicar ambas al mismo tiempo: v. KHAYAT, Danielle, “Le droit du surendettement des particuliers”, París, 1997, p. 125.

(62) Se dice que los soft de los bancos no están habilitados para hacer esta operación, y un comentarista ha señalado que es razonable el poco entusiasmo de los bancos para dotar a sus equipos del soft para hacer esta operación: KHAYAT, ob. y lug. cit.

Por lo demás surge del conjunto de las disposiciones que las ejecuciones contra el deudor son suspendidas (en una primera etapa provisoriamente y una vez acordada obligatoriedad a las medidas anteriores por el juez, definitivamente respecto de los acreedores alcanzados por el plan).

Esta enumeración es taxativa según ha declarado la Corte de Casación, pues las medidas previstas en ella constituyen una derogación significativa del derecho común, y son oponibles a todos los acreedores denunciados por el deudor y avisados por la Comisión de la existencia del procedimiento.

Cabe señalar que esta legislación, que instituye un verdadero procedimiento colectivo de reestructuración de deudas (63), fue creada a fines de 1989 para dar solución a una crisis coyuntural; pero se ha transformado en una legislación permanente, que se ha incorporado al *Code de la consommation*.

(iii) El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas en EE.UU. El *discharge*.

En EE.UU. la liquidación (art. 7°), que es el procedimiento más frecuente, consiste en el desapoderamiento del deudor insolvente de los bienes no excluidos del mismo, su venta y pago a los acreedores a prorrata de sus créditos. Hasta aquí se advierte que esto no difiere de la quiebra tradicional. El desapoderamiento se extiende a los bienes que el deudor tiene a la fecha de presentación del pedido de quiebra. Ahora bien, el deudor espera un *discharge* que libera al deudor de cualquier responsabilidad por las deudas anteriores a la quiebra.

Sin embargo, no todas las liquidaciones del art. 7° terminan en un *discharge*; la sección 727 a) contempla los casos en que el *discharge* no procede; y la sección 523 contempla los casos de créditos eximidos del mismo.

De todos modos el sistema del *discharge* es considerado actualmente por algunos demasiado benevolente; y ello se advierte —sostienen—

(63) KHAYAT, ob. cit., p. 154.

en el crecido número de liquidaciones del Capítulo 7 que existen respecto de personas físicas (64). De allí que el Senado haya votado en marzo del 2001 la reforma más importante de la ley de quiebras desde 1990, de modo de hacer más difícil la liberación de las deudas conforme al procedimiento del Capítulo 7 e instar a la utilización del Capítulo 13 que requiere el pago de una porción de las deudas en el término de cinco años. Esta reforma ha sido propiciada —a través de un importante lobby— por las emisoras de tarjetas de crédito, y cuestionada por las asociaciones de consumidores.

En el marco de esa reforma se encuentra también el debate sobre la protección de la vivienda, en lo cual se entremezcla el derecho federal de quiebras con las leyes locales (estatales) sobre *homestead*, que por ejemplo en Kansas, Florida y Texas permiten al quebrado conservar su casa cualquiera sea su valor, lo que ha llevado a que gente muy conocida (como actores de cine) conserven viviendas millonarias. La enmienda votada por el senado reduce a U\$S125.000 el valor de la casa a conservar; el proyecto del Poder Ejecutivo era más complejo, pues permitía conservar la casa de hasta U\$S250.000 si había sido comprada más de dos años antes de la quiebra (65).

De otro lado, el Capítulo 13 de la ley americana contempla la reorganización (procedimiento preventivo) aplicable a deudores individuales con ingresos anuales regulares que tenga deudas quirografarias por menos de U\$S250.000 y deudas garantizadas (*secured debts*) por menos de U\$S 750.000. Se trata de un procedimiento que sólo puede ser promovido por el deudor, en el que se designa un *trustee*, y que termina con la propuesta por el deudor también de manera exclusiva, en el que debe contemplar distintos aspectos impuestos por la ley (pago total a los *priority creditors* en efectivo, salvo acuerdo del acreedor; tratamiento igualitario de los créditos quirografarios, posibilidad de clasificación de éstos, no alteración de los derechos de quien tiene una garantía so-

(64) Más de 1.200.000 personas presentaron su pedido de quiebra en el año 2000, lo que representa un incremento de 70 % con relación a 1990; de ellas el 70 % recurrió al Capítulo 7 de la ley y el resto al Capítulo 13. La previsión para el 2001 es que el número de quiebras se incremente como consecuencia de la recesión de la economía americana. Dato tomado de The Washington Post, edición en Internet del 15/301.

(65) Fuente: ídem nota anterior.

bre la casa del deudor, porción de los ingresos que han de ser sometidos al pago de las deudas) y en el que el período de pago no ha de exceder de tres años, pudiendo ser extendido a cinco por la Corte fundadamente. Este plan no es votado por los acreedores, sino que es aceptado por la Corte. Esta debe ceñirse a los criterios establecidos en la sección 1325, que entre otras pautas señala que el plan ha de haber sido propuesto en buena fe (*in good faith*) y que los pagos que en él se comprometan a cada uno de los acreedores quirografarios sean mayores o iguales de lo que resultaría de aplicarse el sistema de liquidación del Capítulo 7.

El sistema del Capítulo 13 también contiene un *discharge* el que tiene lugar por regla general después de completados los pagos de conformidad con el plan aprobado por la Corte. De todos modos también puede mediar *discharge* sin haberse completado los pagos, por decisión de la Corte, si mediaron circunstancias excusables, los pagos fueron al menos tan importantes como lo hubieran sido en la liquidación, una modificación del plan es impracticable y hubo noticia y audiencia (sección 1328).

Además, la ley de EE.UU. reformada en 1994 contempla las pequeñas quiebras (*small bussines cases*) (66) y los casos de un único inmueble como activo (*single asset real estate cases*) (67):

Finalmente, el deudor individual puede también recurrir al procedimiento del Capítulo 11 (68).

(iii) Recomendaciones de Insol.

INSOL presentó un informe sobre "*consumer debts*" al que hicimos referencia.

Cabe puntualizar que el informe se hace cargo de que las obligaciones de las personas físicas pueden reconocer distintas causas: exceso

(66) Supuestos de insolvencia por deudas inferiores a U\$S2.000.000 contraídas en el ejercicio de los negocios (sección 101).

(67) Se incluyeron previsiones en las secciones 101 y 362 d).

(68) EPSTEIN, David G., "Bankruptcy and other debtor-creditor laws", St. Paul, 1995, p. 136.

del crédito es una de ellas, pero también pueden estar comprendidos casos de ejercicio individual de actividades comerciales (*small business*) y a ellas se refiere también el informe, el que entonces alude en general a las personas naturales, hombre y mujer, cuyas deudas por las cuales son personalmente responsables, cualquiera fuera su causa (privada o comercial) exceden su capacidad de repago en un período razonable (69).

Este informe, amén de destacar que las consecuencias sociopsicológicas que produce la insolvencia de las personas naturales fueron largo tiempo subestimadas, propone algunos principios básicos y algunas medidas a adoptarse por la legislación, los gobiernos, los dadores de crédito y las asociaciones de consumidores.

Entre los principios generales que constituyen las ideas rectoras de las medidas propuestas, se señala la provisión de alguna forma de “*discharge*”, rehabilitación o “*fresh start*” para el deudor; privilegiar las soluciones extrajudiciales; y prevenir la insolvencia para reducir la necesidad de intervención sobre ella.

Y concretamente al aludir a medidas a adoptar en estos casos, enuncia —entre otras— proveer procedimientos alternativos dependiendo de las circunstancias del consumidor deudor; y ofrecer al consumidor deudor la oportunidad del *discharge* o rehabilitación.

b) El tratamiento de la insolvencia de las empresas rurales en Francia y en Estados Unidos.

En Francia existe un procedimiento de *règlement amiable* destinado a prevenir y arreglar las dificultades financieras de las explotaciones agrícolas desde que son previsibles o desde su aparición, por la conclusión de un *accord amiable* entre el deudor y sus principales acreedores; se aplica a toda persona física o moral de derecho privado que ejerza una actividad agrícola. Fue establecido por ley 93-934 del 22 de julio de 1993, e integra el Título V del *Code Rural* bajo la denominación “*Exploitations agricoles en difficulté*”.

(69) Informe citado, p. 3.

En Estados Unidos, como hemos visto, rigió con carácter transitorio un sistema para las familias de granjeros con ingresos regulares (*family farmer with regular incomes*).

Es interesante la experiencia que se puede sacar de estos regímenes, en tanto se aplican a crisis de sectores que merecen especial protección y que pueden no ser permanentes.

C) Soluciones del derecho argentino.

Más allá de lo dicho en términos generales en A), lo cierto es que en Argentina existen tres sistemas de insolvencia diferenciados: (i) el de las entidades financieras, sometido a las reglas de la ley 21.526 con las modificaciones que le han sido sucesivamente introducidas, que han llevado a un régimen heterogéneo y donde existe un sistema excepcional de exclusión de activos que no puede ser sometido a acciones de inoponibilidad concursales (v. art. 35 bis); (ii) el de las entidades deportivas, sujetas al derecho concursal común o al régimen de fideicomiso de entidades de esta naturaleza; régimen verdaderamente incomprensible y groseramente inconstitucional; (iii) el de ciertos sujetos que no pueden ser sometidos a concurso preventivo o quiebra y por ello están bajo regímenes de liquidación administrativa, como las compañías de seguros, y las administradoras de fondos de pensión.

En cambio, en Argentina no hay ningún tratamiento especial de la insolvencia de la persona física, por lo que tanto el asalariado, el ama de casa cuanto el comerciante individual o el titular de una gran sociedad que se ha obligado junto con ella están sujetos al mismo trámite de concurso preventivo o quiebra. Y, como dijimos, el pequeño concurso no tiene diferencias significativas con el concurso ordinario.

Esta modalidad del derecho argentino, iniciada por la ley 19.551, profundizada en la ley 22.917 (Adla, XLIII-D, 3771) y en la ley 24.522, no está dando resultados satisfactorios. Los procedimientos de insolvencia de las personas físicas, cada vez más frecuentes, son largos, costosos e infructuosos en cuanto a resultados. Las crisis sectoriales —como puede serlo la del campo— no tienen soluciones particulares que podrían ser más eficaces que las generales. De todos modos sí debe señalarse

que la ley argentina ofrece un sistema de rehabilitación relativamente rápido y que excluye del desapoderamiento los bienes que el fallido adquiriera después de esa rehabilitación (art. 107, LC).

De todos modos creemos firmemente que debería instrumentarse un procedimiento más simple y rigurosamente abreviado para el tratamiento de la insolvencia de las personas físicas, inclusive con ciertas medidas que pudieran ser dispuestas por el juez al margen de la aprobación de los acreedores. Y no prescindir de soluciones concursales "ad hoc" cuando las crisis de ciertos sectores de la economía lo requieran. En definitiva, el legislador debe tener capacidad de diferenciación, de modo de ajustar la ley a las necesidades del momento.

2. Las garantías reales

A) El tratamiento de las garantías reales en las soluciones preventivas y en la quiebra

a) El sentido de las garantías reales

La hipoteca altera el régimen jurídico del crédito garantizado, hasta el punto de sustraerlo al que es propio de los créditos comunes. Ciertamente es que el crédito determina como elemento principal, la suerte jurídica de la hipoteca, elemento accesorio; pero no es menos cierto que la hipoteca introduce modificaciones en el régimen propio del crédito al dotarlo de ciertas cualidades que el crédito, por su propia naturaleza, no tiene, y que permiten al acreedor actuar en el campo de los derechos reales lo cual no está al alcance de ningún titular de un crédito común, sea o no privilegiado (70).

La autonomía del crédito hipotecario consiste en que puesto que a la satisfacción del crédito están sujetos bienes determinados, el crédito deja de depender del comportamiento personal del deudor así como de las contingencias y cambios que se puedan producir en su situación patrimonial. *Consiguientemente el crédito no padece el riesgo de las situaciones de insolvencia.*

(70) LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique, "Los créditos hipotecarios", Madrid, 1977, p. 15.

Es entonces coherente que la independencia del crédito hipotecario se manifieste con un perfil muy definido ante las situaciones de insolvencia del deudor. Y ello se puede apreciar en dos momentos diferentes: (i) durante la fase de ejecución, cuando iniciada se produce el concurso o la quiebra; (ii) cuando antes de iniciarse la ejecución, se produce el concurso o la quiebra.

Estos conceptos liminares son los que han dado lugar a un tratamiento sumamente ventajoso para los créditos con garantías reales en situaciones de insolvencia. Pero, en el derecho contemporáneo se ha visto que ese tratamiento puede conducir en alguna medida a la frustración de los procedimientos preventivos, y por ello se vienen produciendo algunos retaceos a ese cúmulo de “ventajas”.

Comenzaremos entonces exponiendo los criterios tradicionales, para luego compararlos con otros que vienen perfilándose nítidamente en el derecho de algunos países, para tratar de identificar alguna solución posible para nuestro país.

b) Los criterios tradicionales de tratamiento de las garantías en la situación insolvencia

Puede establecerse que todas las legislaciones dan un tratamiento particular a las garantías reales en los procesos en que se ventila la insolvencia generalizada del deudor.

Ese tratamiento particular muestra algunas soluciones comunes a muchos ordenamientos, entre las cuales las más generalizadas son:

- exclusión del fuero de atracción
- exclusión de la suspensión de intereses
- ejecución separada del concurso general
- reconocimiento de la prioridad

Así sucede en los países del Mercosur: Brasil (ley de 1945, reformada en 1984), Paraguay, y Uruguay (71).

En algunos casos también se exige a su titular de ocurrir al proceso de reconocimiento de créditos (72), y en Uruguay los acreedores hipotecarios y prendarios no pueden votar el concordato salvo que renuncien a no menos de la mitad (art. 1556 del Cód. de Comercio).

Por otra parte, los acreedores munidos de garantías reales están excluidos de los efectos del concordato votado por los acreedores quirografarios.

En fin, aún en legislaciones muy recientes, y que aparentemente privilegian la continuación de la empresa, la situación de los créditos con garantías reales es de virtual exclusión de los principales efectos de los procedimientos de insolvencia (73).

(71) Las legislaciones concursales de los otros tres países del Mercosur está muy atrasada. En Brasil rige la ley de 1945, con algunas modificaciones de 1984, y su preocupación esencial es la satisfacción de los acreedores; en Uruguay rige el Código de Comercio, una ley de acuerdos privados y la ley que organiza la liquidación de sociedades anónimas, todos viejos instrumentos legales; en Paraguay rige la ley de 1989, que no tiene avances significativos respecto del alcance del derecho concursal. En este sentido: COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto, "Armonización y unificación de las legislaciones concursales en el ámbito del Mercosur", en "Sociedades y concursos en el Mercosur", Bs. As., 1996, ps. 355 y sigtes.

(72) En España, por ejemplo; v. LALAGUNA DOMINGUEZ, ob. cit., ps. 21 y sigtes.

(73) Por ejemplo en Colombia en el concordato obligatorio —creado por la legislación de 1989— para ciertas sociedades de magnitud o con participación estatal conserva la graduación de los créditos hipotecarios como privilegiados y no afecta sus derechos, si bien les impone participar de la verificación. Y es la solución de otros países latinoamericanos; aun Colombia en el concordato obligatorio —creado por la legislación de 1989— para ciertas sociedades de magnitud o con participación estatal conserva la graduación de los créditos hipotecarios y no afecta sus derechos, si bien les impone participar de la verificación. La legislación de 1989 fue sustituida por la de 1995, que admite el concordato promovido por el deudor, por acreedores y aun de oficio (v. LEAL PEREZ, Hildebrando, "Los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración empresarial", 4ª ed., Bogotá, 2001, p. 119), pero la regla respecto de los créditos privilegiados no varió. En el procedimiento denominado "acuerdos de reestructuración empresarial" creado por la ley 550 de 1999, que consiste en un procedimiento administrativo que se aplica sólo a empresas y que puede ser promovido por deudor, acreedores y diversos organismos del Estado de manera oficiosa, se suspenden las ejecuciones y los acreedores munidos de garantías están sometidos a sus efectos, si bien la aprobación del plan se hace por votación de los acreedores (v. LEAL PEREZ, ob. cit., ps. 255 y sigtes.). Sin embargo después

Un extremo de la aplicación de este sistema era el derecho quebecois. En 1982 el *Batonier* del *Barreau des Avocats de Quebec* denunciaba la cuasi inexistencia del concordato en esa provincia. Y ello era por varias razones concurrentes: una, que se requería casi la unanimidad para aprobar un concordato, lo que lo había “*ab initio*” casi inviable. La otra que los acreedores garantizados tienen en sus manos la suerte de la empresa, por lo que son ellos los que deciden, pues pueden realizar sus garantías sin intervención del tribunal, sin síndico, sin inspector, sin rendición de cuentas, etc. Decía entonces, no es la ley de quiebras sino la ley de la jungla la que se aplica (74). Cabe aclarar que el régimen actualmente vigente en Canadá autoriza la suspensión de todas las ejecuciones de disposiciones contractuales de garantía en los distintos procesos universales que se regulan (art. 69.1. y sigtes., reformados en 1992).

B) Soluciones que restringen las prerrogativas de los créditos con garantías reales: el derecho de ejecución separada

Como decíamos, la revisión de distintos sistemas de tratamiento de la insolvencia, revela que muchos ordenamientos están restringiendo —más o menos severamente— las prerrogativas de los créditos muni- dos de garantías reales.

Por ejemplo, la ley 222 de Colombia (1995) establece que a partir de la apertura del procedimiento concordatario no se admiten ejecuciones individuales o de restitución del inmueble donde se ejecuten actividades de la empresa.

En la ley alemana reformada en 1994 (75) en principio se reconoce el derecho a la ejecución separada a los titulares de garantías reales, a

veremos que los créditos con garantías reales (hipoteca y prenda) tienen ciertas limitaciones en el derecho brasileño, algunas significativas.

(74) VENIZA, Paul, “Les procédures de faillite en droit canadien”, en *La survie des entreprises privées en difficulté*, Montreal, 1982, p. 297.

(75) Cabe señalar que la ley alemana no sigue el camino de las leyes francesa, portuguesa o del derecho italiano, pues no ha puesto en el centro del sistema a la recuperación de la empresa, sino que mantiene como núcleo la satisfacción de los acreedores, aunque trata de coordinarlo con la continuación de la empresa. Así su art. 1° establece “el procedi-

aquellos a los que ha sido transmitido un derecho en garantía de una declaración y a los que ejercen el derecho de retención por gastos útiles (arts. 50 y sigtes); sin embargo existen algunas reglas peculiares, que parten de la distinción de que el bien sobre el cual recae una garantía real esté o no en poder de la masa. Si se trata de un inmueble que está en poder de la masa el administrador (76) puede vender la cosa o ponerla en administración forzosa, caso en el cual el acreedor será satisfecho con el resultado de esa administración. Misma regla se aplica para las cosas muebles. Si la cosa no está en poder de la masa se puede ejecutar separadamente (77).

C) La modificación de los derechos de los acreedores titulares de *secured claims* en el Capítulo 11 de la ley americana

Cabe comenzar puntualizando que la expresión *secured claims* tiene un contenido que no reconoce equivalente en nuestro derecho. Es que comprende los casos en que un acreedor tiene un *lien* (78) o un derecho de compensación (*setoff*) contra el patrimonio comprendido en el concurso (*estate*).

Por otra parte no se refiere a *secured creditors* sino a *secured claims*.

Otra idea básica para entender este sistema está en que puede afirmarse que en él un acreedor es un "*lien creditor*" o "*secured creditor*" sólo en

miento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente, especialmente dirigida a la conservación de la empresa. A los deudores honestos les será concedida la oportunidad de exonerarse de las obligaciones residuales".

(76) Es el administrador de la insolvencia que se designa necesariamente.

(77) Los acreedores con derecho de ejecución separada pueden o no ser incluidos en el plan. La aprobación del plan se hace por grupos o categorías de acreedores, requiere la conformidad de todas las categorías —como en la ley argentina— y se exige el consentimiento de la mayoría de acreedores que representen más de la mitad de los montos involucrados.

(78) La expresión "*lien*" se refiere a una carga sobre la propiedad del deudor que puede resultar del acuerdo de las partes, del common law, del state law o de procedimientos judiciales: Epstein, ps. 3/4.

la extensión del valor de la garantía (79), criterio que encuentra sustento legal en la sección 506 a) del *Bankruptcy Code*; lo cual da lugar a no pocos problemas como lo demuestra la bibliografía sobre el tema (80).

Ahora bien; el tema central es cómo afecta el procedimiento del Capítulo 11 (y también el del Capítulo 13) a los *secured claims*.

Estos efectos son muy importantes, comenzando por señalar que la apertura de estos procedimientos produce lo que se denomina el *automatic stay* o sea una suspensión general de actos de ejecución contra el deudor (sección 362 del *Bankruptcy Code*), que se aplica también a los *secured claims*, y que se prolonga hasta el momento en que el caso es cerrado, rechazado o si se trata de un procedimiento del Capítulo 11 ó 13, hasta que el *discharge* es concedido o denegado, sin perjuicio de que la Corte puede exceptuar ese *stay* (por ejemplo, cuando la propiedad no es necesaria para la reorganización: sección 362, d,2,B) y hay reglas especiales para el caso garantía sobre un único inmueble de propiedad del deudor (art. 362, d,3). El casuismo que caracteriza a la legislación americana, hace difícil sistematizar la norma, pero lo cierto es que por regla general el *stay* está destinado a prolongarse durante el procedimiento del Capítulo 11 de modo de asegurar su eficacia.

En otro plano no menos importante, se prevén significativos efectos respecto de los derechos de los *secured claims*, los cuales pueden ser modificados por el plan de reorganización (sección 1123 b 5, que describe los contenidos que debe tener el plan; también en el capítulo 13, sección 1322 b 2).

El acuerdo puede ser aprobado con la conformidad de por lo menos una de las clases; con ese requisito y que el plan sea justo y equitativo (conforme a criterios expuestos en la ley) y no contenga discriminaciones injustas, el juez puede imponer el acuerdo a los acreedores.

(79) EPSTEIN, ob. cit., p. 3.

(80) V. BEBCHUK, Lucian Arye; FRIED, Jesse M., "A new approach to valuing secured claims in bankruptcy", *Harvard Law Review* 2001-2388; este artículo comienza señalando que uno de los más dificultosos problemas en las quiebras es la valuación de los activos individuales que sirven de garantía de los créditos.

Un acreedor con *secured claims* puede ser obligado a aceptar el plan (*cramdown*) si ese plan es equitativo, y para ello se requiere, alternativamente:

—que el plan mantenga a los acreedores en su garantía, pero pueden ser obligados a soportar la enajenación del bien sobre el que recae su garantía, la que puede ser sustituida por un pago diferido cuyo valor presente sea igual al valor del bien asiento de la garantía; por encima de ese valor el crédito *se convierte en quirografario*; (81).

—en la sección 1111 se establece que el pago al acreedor garantizado deberá ser proporcionado al valor, en tanto y en cuanto el acreedor no opte por exigir al deudor asegurar un pago total de su crédito, en forma que se limite al valor del bien.

—otra alternativa es que el plan prevea la venta del bien, en cuyo caso la garantía se traslada al precio (el acreedor puede compensar).

—o que el acreedor se vea satisfecho mediante la entrega del bien sobre el que recae la garantía.

Se advierte entonces que los derechos de los titulares de *secured claims* están limitados por:

—la clara idea de que el valor del bien sobre el cual recae la garantía es el límite del *secured claim*; por el monto del crédito no cubierto por la garantía, se está en presencia de un *unsecured claim*;

—la extensión de la suspensión de ejecuciones está vinculada con la aprobación del plan de reorganización;

—los titulares de *secured claims* pueden estar comprendidos por el plan;

(81) Un autor brasileño indica que la misma solución se aplica en el derecho de ese país; según Silva Pacheco, en caso de quiebra el síndico podrá redimir el gravamen pagando el monto de la valuación, el acreedor no podrá impedirlo y el saldo impago del crédito será considerado quirografario. Pero a su vez el acreedor podrá pedir la adjudicación del inmueble por la valuación si ella es inferior a la deuda y da por extinguido su crédito: SILVA PACHECO, "Proceso de falencia e concordata", 4ª ed., Río de Janeiro, 1986, p. 673.

—el plan puede prever la modificación de sus derechos; pero para ser equitativo debe respetar siempre el valor presente de la garantía;

—el plan está sometido a aprobación por las mayorías ordinarias;

—el plan puede ser impuesto por la corte, aún a los titulares de *secured claims*.

D) La imposición del plan de reestructuración (ley francesa de reestructuración de empresas)

El derecho francés es uno de los que más cambios presentó durante el siglo XX. Ya hemos apuntado algunas ideas sobre las leyes de 1955, y destacado como la fue a partir de 1967 que aparecen una serie de recursos que agigantan el poder del juez y reducen sensiblemente los derechos de los acreedores. Así aparecen la ley del 13 de julio de 1967 que regula el *réglement judiciaire y la liquidation des biens*, ambos con el recaudo de la cesación de pagos; el primero terminaba en un acuerdo votado por los acreedores y homologado por el juez. En él es donde se advierte por vez primera que los derechos de los acreedores fueron “puestos en causa” y largamente disminuidos, en beneficio de un verdadero dirigismo judicial, que de todos modos —ya lo aputamos— en la realidad no era tan fuerte pues la suerte de la empresa se decidía en las negociaciones privadas (82).

Luego aparece la ordenanza del 23 de septiembre de 1967, de suspensión de ejecuciones, que constituye una verdadera revolución, pues sustituye la idea de cesación de pagos por la de “situación difícil”, no es para todos los deudores sino sólo para aquellos cuya desaparición podría causar perjuicio a la economía nacional o regional, y de lo que se trata es de aprobar un plan por el juez, sin la votación de los acreedores.

Esta evolución tiene su punto culminante con la ley del 25 de enero de 1985 a la que ya hemos aludido y que pone los derechos de los acreedores en el último rango de las finalidades del procedimiento de reestructuración y liquidación judicial y en la cual el pago de los acreedores no es un objetivo primario; por el contrario el objetivo es la continua-

(82) JEANTIN, ob. cit., p. 336.

ción de la empresa asegurada por el sacrificio de los acreedores, como lo ha denunciado la doctrina francesa. Sin embargo la ley francesa de 1985 da a los acreedores una atribución singular, cual es que puede denunciar la cesación de pagos y solicitar la puesta en funcionamiento del mecanismo de reestructuración.

El sistema de esta ley es que después de un período de observación el tribunal tiene la opción entre declarar la liquidación judicial si ninguna medida de salvataje es razonablemente aplicable; o aprobar un plan de reorganización lo que puede comprender la cesión de la empresa. La decisión la adopta el tribunal después de haber escuchado al administrador o al juez comisario (este último en el procedimiento simplificado para pequeñas empresas), al deudor y a los acreedores. En ese plan —que es obligatorio para todos los acreedores— el juez puede imponer plazos a todos los acreedores y autorizar quitas (estipuladas convencionalmente por los acreedores durante el período de observación de los créditos) pudiendo los acreedores optar por un pago inmediato con una quita.

Los plazos impuestos por el tribunal pueden ser más extensos que los previstos para el plan y se aplican igualitariamente a todos los acreedores, incluso los titulares de privilegios especiales, lo cual da por resultado el paralizar el ejercicio de las garantías mientras dure el plan de continuación de la empresa. La única excepción al tratamiento igualitario de los acreedores está dada por la situación de venta de un bien sobre el cual reposa un privilegio especial, prenda o hipoteca, hipótesis en la cual se debe pagar al acreedor (83).

Por lo demás, todos los créditos suspenden el curso de todos los intereses (sean quirografarios o privilegiados) (84).

También se elimina la regla de vencimiento de plazos, y son nulas las cláusulas convencionales que lo dispongan.

(83) Si bien volvemos más adelante sobre los resultados de los procedimientos de prevención y la quiebra, señalamos aquí que con la ley de 1987, el porcentaje de pago a los acreedores privilegiados era del 60 %, a los bancos (en ambas categorías) 40 % y a los quirografarios del 5 % (JEANTIN, *ob. cit.*, p. 350).

(84) Salvo para ciertos préstamos superiores a un año de plazo o de cumplimiento diferido por más de un año.

Y todas las acciones judiciales son suspendidas, incluso las causadas en créditos que gozan de privilegios especiales o garantías reales (pero se mantiene la regla de oponibilidad de la reserva de propiedad).

La evolución del derecho francés ha culminado, obviamente hasta ahora, con la sanción de la ley del 10 de junio de 1994, uno de cuyos objetivos principales, sino el más importante, es el mejoramiento de la situación de los acreedores (85).

(85) Algunas soluciones pueden merecer también algún comentario, aunque su ejemplaridad para el derecho argentino es menor. El derecho inglés ha sido muy peculiar pues si bien considera que la quiebra es un mero incidente en el recorrido de la vida del comerciante, sin embargo no se ha preocupado demasiado por estructurar un sistema de acuerdo entre los acreedores y el empresario en orden a la continuación de las actividades de éste y la satisfacción de los créditos de aquéllos; en este sentido hasta 1985 el derecho inglés se presentaba como casi rudimentario con relación al derecho continental. En este clima era lógico que los acreedores titulares de ciertos créditos asegurados, entre ellos los titulares de una suerte de prenda flotante llamada "floating charge" y aun los titulares de hipotecas, pudieran designar un receiver o pedir al tribunal un receiver officer para que procediera al secuestro de los bienes del deudor. La reforma de 1985 mantiene algunos criterios tradicionales (liquidación de la compañía o winding up) pero abre un sistema que se llama "administration order", procedimiento que se aplica sólo a las compañías, se abre por sentencia y comienza con la designación de un "insolvency practitioner", quien toma posesión de todos los bienes de las compañías y sustituye al board, y puede continuar con la actividad empresarial. Este administrador no puede hacer pagos a los acreedores, pero sí puede hacerlo a los que están asegurados con garantías reales, puede convocar a una junta de acreedores y puede proponer un acuerdo que de ser aprobado por acreedores que representen 3/4 del capital presente en la junta y debe ser homologado por el juez. Durante el trámite puede vender los bienes sujetos a prenda u otras garantías y el resultado se aplica en primer lugar a pagar la prenda los acreedores no pueden realizar sus garantías. La ley austríaca sancionada en 1982 y vigente desde enero de 1983 y en parte desde 1984, trajo algunas novedades interesantes, entre ellas la supresión de los privilegios del fisco, de los trabajadores, del seguro social, etc. Los créditos de los trabajadores quedan asegurados por un fondo creado por una ley que se llama de tutela de la "corresponsione" de los salarios en caso de quiebra; en la quiebra, con el reconocimiento del crédito, el trabajador obtiene un título ejecutivo contra este fondo que tiene valor por 30 años etc., todos son créditos quirografarios (BRONZINI, Mario, "L'abolizione dei privilegi in Austria", en *Prospettive della riforma della legge fallimentare*, Milano, 1989). Se señalaba por un estudioso de ese país que una de las razones del fracaso del sistema concursal austríaco radicaba en la innumerable masa de pretensiones de los acreedores privilegiados. El mismo autor dice "finalmente han caído todos los privilegios de los trabajadores, del seguro —social o no— de la Administración de las Finanzas Públicas, que hasta ahora han frustrado la guerra combatida contra la pobreza de la masa". Una solución semejante es la de la ley danesa de 1977.

De todos modos quedan subsistentes los créditos prededucibles, que no son privilegiados sino nacidos de la gestión del proceso concursal; tienen esta naturaleza los créditos de los trabajadores durante la administración provisoria y durante la gestión en la quie-

Se advierte entonces que la ley francesa importa también una restricción significativa de los derechos de los acreedores garantizados, en tanto:

—autoriza la suspensión de las ejecuciones por el plazo que el juez disponga en el plan;

—obviamente, comprende a estos acreedores en el plan;

—el plan puede importar la modificación de los derechos de los acreedores privilegiados;

—el plan es aprobado por el tribunal, sin necesidad de la conformidad de los acreedores.

E) El tratamiento de las garantías reales en el concurso preventivo argentino

En nuestro sistema, existen prerrogativas significativas para los créditos amparados por garantías reales.

Entre ellas, señalamos:

—exclusión de la suspensión de intereses (art. 20)

—exclusión de la suspensión de ejecuciones (art. 21)

—suspensión limitada de los actos de ejecución forzada (art. 23)

bra, pues ellos han trabajado en interés exclusivo de la administración y de los acreedores mismos. Pero es relevante señalar que los créditos con garantía real, entre ellos los garantizados con hipoteca, prenda y reserva de propiedad (KÖNIG, Bernhard, "Appunti sul diritto fallimentare austriaco", en Studi in onore de Vittorio Denti, vol. 3, Padova, 1989), restan intactos en sus derechos; salvo que el curador tiene una prórroga de 90 días contados desde la falencia, cuando el cumplimiento inmediato ponga en peligro la continuación de la empresa; en ese caso los acreedores tienen derecho al resarcimiento de los daños no graves sufridos, a los intereses y una compensación por el uso del bien; y como estos créditos nacen de la administración de los bienes en los procedimientos concursales, son créditos preeducibles (KRALIK, Winfried, "Nuove tendenze ed evoluzioni nel diritto concorsuale austriaco", en La responsabilità degli operatori d'impresa, Padova, 1994).

—exclusión del fuero de atracción (art. 21)

—aprobación del acuerdo preventivo por unanimidad (art. 47)

—exclusión de los efectos del acuerdo preventivo aprobado por los quirografarios o por otras clases de acreedores privilegiados, ejecución de la sentencia de verificación ante el juez que corresponda y posibilidad de pedir la quiebra (art. 57).

Amén de ello debe señalarse que merecen un tratamiento particular las denominadas garantías autoliquidables.

Sabemos que el derecho de las garantías es uno de los que más ha evolucionado en los últimos decenios, y así han aparecido o se han desarrollado muchas nuevas figuras, entre las cuales adquieren importancia la fiducia en garantía, la cesión de créditos en garantía, la prenda de créditos, las garantías a primera demanda, las *stand by letter of credit*, el *lease back*, el mandato en garantía, la compensación con fines de garantía (86), los depósitos en garantía, las cauciones bursátiles. En Argentina también se ha desarrollado fuertemente en los últimos años el *warrant*.

Una de las características de estas garantías radica en que muchas de ellas son autoliquidables, esto es, persiguen evitar la intervención judicial en la ejecución de ella y la correspondiente satisfacción del acreedor.

En general puede decirse que desde el ángulo del derecho concursal no hay un tratamiento orgánico de estas garantías, pero lo mismo puede decirse de la mayor parte de los países. En la doctrina argentina el esfuerzo más significativo es el del profesor Alegría (87).

La ley argentina autoriza que el acreedor con derecho a la venta no judicial lo haga y rinda cuentas, tanto en el concurso preventivo cuanto en la quiebra (arts. 23 y 210). En Brasil el acreedor prendario puede

(86) Usada así en algunos derechos como el español en el que la compensación no tiene un tratamiento similar al del derecho argentino.

(87) ALEGRIA, "Las garantías autoliquidables", en *Revista de Derecho Privado y comunitario*, N° 2, p. 149.

vender la cosa prendada y luego rendir cuentas al síndico depositando el saldo (88).

Pero la cuestión en Argentina radica en determinar la suerte que tienen en el concurso las otras garantías: cesión de créditos en garantía, prenda de créditos, depósito en garantía, etc.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades sobre la cesión de créditos en garantía, y más allá de ciertas vacilaciones, lo cierto es que puede concluirse que en el estado actual de la cuestión, los acreedores titulares de garantías autoliquidables pueden ejercer la prerrogativa que les concede el art. 23, ejecutar la garantía del modo que se haya pactado o establecido convencionalmente, cobrar su crédito, rendir cuentas y según lo que corresponda depositar lo obtenido en demasía del crédito o verificar la parte insatisfecha.

Y finalmente, otras leyes establecen especiales derechos para ciertas garantías o para ciertos acreedores. Tal sucede por ejemplo en la ley de warrant, cuya ejecución parecería que no debería ser suspendida por la apertura del concurso preventivo (89), en la ley de prenda con registro para ciertos acreedores, entre ellos los bancos (v. art. 39, ley 12.962 —Adla, VII-229—), y en la carta orgánica de ciertos bancos oficiales.

F) El efecto de este tratamiento de las garantías reales y de las garantías autoliquidables en el derecho argentino

En la práctica lo que sucede es que si el deudor tiene parte importante de su pasivo sometido a garantías reales, el concurso preventivo es inútil, pues lo que debe hacer el deudor es “acordar” individualmente con sus acreedores hipotecarios o prendarios.

Y si se ve constreñido a presentar el concurso preventivo para evitar la declaración en quiebra por un pedido de acreedor o para suspender

(88) SILVA PACHECO, ob. cit., p. 674.

(89) El art. 18, ley 9643 dispone que la ejecución no se suspende por quiebra, y el art. 24 de la ley de concursos autoriza la suspensión provisoria de las ejecuciones prendarias e hipotecarias. Y el art. 23 LC autoriza la ejecución extrajudicial de garantías reales.

aunque sea provisionalmente una ejecución de garantías reales, en la práctica el éxito del concurso depende de un acuerdo no explícito ni homologable con cada uno de ellos.

En este caso se advierte un notorio desbalanceo a favor de los acreedores con garantías reales.

G) Cuáles soluciones para este desbalanceo

Desde nuestro punto de vista deberían estudiarse seriamente algunas posibles reformas al régimen vigente, en orden a involucrar más a los acreedores con garantías reales en la solución de la crisis empresarial.

Ellas son:

a) Suspensión de ejecuciones de garantías reales hasta la finalización del período de exclusividad.

Dado que este período a veces suele extenderse más allá de lo previsto por la ley en razón de la generosidad de algunos tribunales para conceder prórrogas, podría fijarse un lapso máximo contado desde la presentación en concurso preventivo.

Esta medida es prácticamente indispensable para que la suspensión de ejecuciones sea realmente efectiva; de otro modo el deudor concursado queda sometido a la presión de los acreedores prendarios e hipotecarios que pueden paralizar la actividad con secuestros y remates, conduciendo a una frustración anticipada de la reestructuración.

b) Posibilidad de que los créditos sean verificados como privilegiados por el verdadero valor de la garantía.

Actualmente se da el caso frecuente de que un acreedor tiene una garantía que quizás no cubra sino el 20 % de su acreencia, y esta es verificada íntegramente como privilegiada; esto lo excluye del acuerdo y constriñe al deudor a encontrar una solución distinta —generalmente con plazos más breves y tasas más altas— para este acreedor por todo el monto del crédito, aún la parte que en realidad no está amparada por la garantía.

Y en la quiebra la regla del art. 206 impone que la venta de la empresa no se haga por un valor inferior al valor de los créditos privilegiados; en este caso la presencia de créditos como los descriptos, desnaturaliza el sistema de la ley y obliga a ponderar el total del crédito aunque la garantía sea muy inferior; esto conduce inexorablemente al fracaso de la licitación (90).

c) Posibilidad de que la garantía sea redimida por su valor de realización.

Esta facultad podría ser reconocida al concursado en el concurso preventivo y al síndico en la quiebra en el caso del art. 195 LC.

d) Aclaración del efecto de la ejecución de las garantías reales y el saldo insatisfecho.

Hemos tratado este tema —que remite a la interpretación del art. 57 LC— en otro lugar (91), habiendo sostenido que homologado el acuerdo preventivo, el acreedor con prenda o hipoteca debe ejecutar su crédito y si él no resulta íntegramente satisfecho el saldo insoluto es quirografario y queda sometido a las estipulaciones del acuerdo.

Sin embargo una autorizada opinión reciente afirma lo contrario (92), esto es, que el acreedor prendario o hipotecario puede pedir la quiebra del deudor. Más allá de que a nosotros no nos convenza la argumentación que pretende fundar esta última solución, lo cierto es que si en este

(90) Esto sucede muy frecuentemente con las garantías prendarias. En la quiebra de Sociedad Minera Pirquitas Pichetti, en la que intervinimos asesorando a la sindicatura, existían créditos del ex BANADE, con garantía prendaria sobre maquinaria utilizada en la actividad minera. Los créditos tenían cláusulas de ajuste por la ley 21.309 y durante el período inflacionario habían crecido de modo constante; pero las máquinas estaban no sólo totalmente amortizadas, sino ya virtualmente inservibles, además de estar a 4000 metros de altura. En la realidad, la garantía no tenía otro valor que el de fierro viejo, si es que alguien se atreva a ir a buscar ese fierro en el medio de la montaña. Pero en la licitación hubo que ponderar el crédito prendario para fijar la base.

(91) RIVERA, Julio César, "Los derechos del acreedor privilegiado no comprendido en el acuerdo homologado", JA 1999-II-776.

(92) HEREDIA, Pablo D., "Tratado Exegético de Derecho Concursal", t. II, Bs. As., 2000, comentario al art. 57, p. 285.

punto la ley se presta a confusión es preciso aclararla; y este sería el lugar para dar al concursado la facultad de redimir la garantía por su valor real, o de autorizarlo a cancelar parcialmente el crédito mediante la entrega de la cosa al acreedor por su valor real.

e) Aprobación de acuerdos preventivos para acreedores con privilegios especiales por mayoría.

Finalmente, la regla de la unanimidad es excesiva, virtualmente hace imposibles los acuerdos con los privilegiados y en la práctica hace inútiles los concursos preventivos de deudores cuyo pasivo contenga mayoritariamente créditos con prioridades especiales.

3. El abuso del concurso preventivo. La presentación de empresas inviables

Es generalmente admitido que los procesos de reestructuración son necesarios, pero las estadísticas muestran que el 90 % de ellos terminan en una liquidación. Esto puede inducir a un error; es que las empresas que tienen éxito en la reestructuración son normalmente las grandes empresas. Por otro el fracaso de la reestructuración es frecuentemente imputable a deficiencias de concepción o de aplicación del procedimiento; y la conversión de un proceso de reestructuración en un proceso de liquidación puede indicar, que una empresa que no podía ser reestructurada utilizó el procedimiento de reestructuración sólo para bloquear una liquidación (93).

Lo que sucede es que es muy difícil determinar si una empresa es o no salvable por vía de una reestructuración a la apertura del procedimiento; de allí que generalmente estos procedimientos son concebidos como uno (la liquidación) siguiendo al otro (la reestructuración).

En la ley alemana se puede desestimar la presentación del deudor que no puede asegurar el pago de los gastos (art. 26). Pero aceptado el procedimiento, en una primera etapa de tres meses como máximo las reglas son comunes; la separación entre procedimiento de liquidación o

(93) Informe del FMI, p. 11.

procedimiento de reestructuración, se opera recién cuando puede determinarse que la reestructuración es posible o no.

Y además el juez puede desestimar de oficio el plan de tratamiento de la insolvencia que presente el deudor cuando es evidente que el plan no tiene ninguna posibilidad de aceptación por el juzgado o por los acreedores; o cuando es evidente que el plan no puede ser cumplido (art. 231).

En Francia como se vio al término del período de observación, el juez puede disponer la liquidación o la aprobación de un plan.

En Argentina no hay ninguna solución legal explícita para frenar este abuso. Inclusive un tribunal de alzada revocó una sentencia de 1ª Instancia que había desechado la apertura del concurso preventivo del sujeto por considerar que no tenía posibilidad alguna de ofrecer un acuerdo preventivo.

Puede estudiarse la conveniencia o no de incorporar algunas pautas que faculden al tribunal a desestimar "in limine" un concurso preventivo que inicialmente carezca a todas luces de viabilidad; verbigracia: por notorias diferencias entre activo y pasivo, por la evidencia de que el pasivo no podría ser afrontado por los fondos generados por la actividad o con nuevos aportes de capital, por haber cesado en la actividad; lo cual incluso podría ser decidido por el juez luego de un breve período de observación.

4. El abuso del concurso preventivo. Las propuestas confiscatorias. Los poderes del juez para no homologar

A) El primer problema, las propuestas abusivas

Ya hemos señalado que la ley vigente ha despojado virtualmente al juez de la facultad de rechazar la homologación del acuerdo que haya obtenido la doble mayoría legal; solución que no ha obtenido la adhesión de la doctrina, que ha motivado la crítica de los jueces como sector interesado directamente en la cuestión, que ha sido relativizada aún por quienes intervinieron de un modo u otro en la elaboración del pro-

yecto convertido en ley 24.522 (94). Y además algunos tribunales han ejercido la implícita atribución de impedir la consagración del fraude mediante el rechazo de propuestas abusivas (95).

En este sentido, parecería conveniente completar la regla del art. 43 que establece la mayor amplitud en materia de propuestas de acuerdo, agregando que siempre la propuesta debe ser razonable, como lo pregonaba la ley de la República de Irlanda (96); o que debe contemplar un tratamiento equitativo de los créditos comprendidos en ella.

Amén de que se establezca expresamente la facultad del juez de no homologar cuando el concurso o la propuesta aparezcan como instrumentos del fraude. En este sentido es valiosa la contribución que hizo el anteproyecto del Ministerio de Justicia de la Nación, que asume como propia el proyecto Branda en cuanto propician que el juez pueda no homologar la propuesta que encuentre contraria al orden público o a la moral, o en fraude a la ley.

B) Otra cuestión. Las soluciones que prescinden de la mayoría y son impuestas por el tribunal

El condordato tradicional es el de mayorías, pero en el siglo XX se han creado algunos procedimientos que prescinden total o parcialmente de la conformidad de los acreedores.

Así, en la ley americana, como ya lo dijimos, el acuerdo puede ser aprobado con la conformidad de por lo menos una de las clases; con

(94) Siempre hemos opinado que el juez conserva la atribución de no homologar si advierte que el concurso o la propuesta en sí encubren un fraude contra los acreedores; v. "Instituciones de Derecho Concursal", t. I, citado, p. 316; en la doctrina más reciente v. RIBICCHINI, Guillermo Emilio, "El juez frente a la homologación del acuerdo", *La Ley*, 1997-E, 243.

(95) Lo que han hecho mediante la imposición de rectificaciones a propuestas que contenían cláusulas abusivas para ciertos acreedores o que constreñían a votar favorablemente (por ejemplo, poniendo una fórmula de pago sumamente desfavorable para los acreedores que ingresaran tardíamente al concurso —por revisión o verificación tardía— o que no votaran favorablemente el acuerdo optando entonces por alguna otra alternativa); o lisa y llanamente mediante la no homologación del acuerdo preventivo.

(96) Según lo informa PAJARDI, Piero e autori vari "Il fallimento nel mondo", Padova, 1988, p. 179.

ese requisito y que el plan sea justo y equitativo (conforme a criterios expuestos en la ley) y no contenga discriminaciones injustas, el juez puede imponerlo a los acreedores.

El plan del procedimiento del Capítulo 13 de la ley americana es aprobado por el juez, con referencia a ciertas pautas legales, y no es sometido a la aprobación de los acreedores.

Hemos visto los regímenes franceses. En el *redressement des entreprises en difficulté*, el plan es aprobado por el juez. En el régimen de sobreendeudamiento de particulares, las medidas son adoptadas sin la conformidad de los acreedores de un elenco previsto anticipadamente por la ley.

En Argentina el acuerdo preventivo es propuesto por el deudor —o por el tercero que participe en función del art. 48 LC— y siempre debe obtener la doble mayoría legal.

Una reforma interesante es la propiciada por el proyecto del Ministerio de Justicia que autoriza al juez a imponer el acuerdo preventivo a una o más clases siempre que:

a) si no se ha conseguido la conformidad de una o más clases de acreedores quirografarios, el acuerdo ha obtenido en conjunto la conformidad de 2/3 del capital quirografario;

b) en todos los casos, cuando el juez considera que el acuerdo es equitativo y que no discrimina irrazonablemente contra la clase o categoría en la que no se logró conformidad suficiente. Pero esta facultad judicial no puede utilizarse para imponer un acuerdo a un acreedor con privilegio especial.

Si bien el criterio podría ser compartido en líneas generales, debería señalarse:

—que el inc. b) debería aclarar que por lo menos una de las clases haya aprobado el acuerdo, porque sino parecería que el juez pudiera aprobar un acuerdo preventivo sin que haya sido aprobado por ninguna clase;

—en el mismo inc. b) nos parece insuficiente la expresión “no discrimina irrazonablemente”; estimamos que el acuerdo a ser impuesto por el juez debe ser algo más que “no discriminatorio”; por lo menos debería ser equitativo y no ofrecer menos de lo que pudiera resultar de la liquidación de los bienes en la quiebra.

5. La inexistencia de soluciones extrajudiciales homologadas

INSOL INTERNATIONAL ha dado a luz un trabajo reciente sobre las conductas recomendadas a los grandes acreedores en las situaciones de insolvencia. Ese trabajo parte de la idea de que es conveniente alentar las soluciones acordadas entre los acreedores y el deudor en dificultades financieras (97), de modo de evitar un procedimiento formal de insolvencia, destacando incluso el deber de cooperación entre los acreedores, argumentando sobre los impredecibles costos e incertidumbres de un procedimiento formal (98). Estas ideas se han exteriorizado en ocho principios, en los que se destaca como idea rectora la de la colaboración entre acreedores y deudor para obtener una solución extrajudicial (99).

(97) En alguna medida también lo propone el FMI en su informe citado precedentemente.

(98) INSOL INTERNATIONAL, “Statement of principles for a global approach to multi-creditors workouts”, p. 5, London, 2000.

(99) Ellos son en síntesis:

1. Cooperación entre los coacreedores relevantes del deudor en dificultades financieras para dar un tiempo suficiente (lapso que se denomina “Standstill Period”) al deudor, para que información sobre el deudor pueda ser obtenida y evaluada, y para formular proposiciones en orden a resolver las dificultades financieras del deudor.

2. Durante el *standstill period* todos los acreedores relevantes deben acordar en no ejercer acciones contra el deudor, pero están legitimados para esperar que su posición respecto de otros acreedores o entre ellos mismos no sea perjudicada.

3. Durante el *standstill period* el deudor no debe tomar ninguna acción que pudiera afectar adversamente la perspectiva de retorno de los acreedores relevantes (colectiva o individualmente) en comparación con la existente a la fecha de comienzo de ese período.

4. El interés de los acreedores relevantes es mejor servido coordinando sus esfuerzos frente al deudor en dificultades financieras. Esa coordinación será facilitada por la selección de uno o más comités y la designación de profesionales consejeros para aconsejar y

Las soluciones británicas han sido alabadas por la escasa participación del tribunal y el informe del FMI insiste también en la conveniencia de llegar a soluciones negociadas entre el deudor y sus acreedores fuera del marco de un procedimiento formal de insolvencia. Lo mismo ha sucedido en el Coloquio celebrado en Viena en diciembre del 2000 del que participaron la UNCITRAL, INSOL y la IBA (International Bar Association), abogados, contadores y profesores de más de 40 países, así como otros organismos como el FMI y el Banco Mundial (100).

En Argentina se ha recorrido un largo camino desde aquellos trabajos de los años 70 que condenaban toda posibilidad de composición privada de los intereses de deudor y acreedores en los que se llegó a calificar a ciertos clubes de bancos como sociedades de hecho de objeto ilícito. La ley 22.917 incorporó los acuerdos preconcursales de escasa relevancia en la práctica judicial; y la ley 24.522 el denominado acuerdo preventivo extrajudicial, de menor repercusión todavía. Además, ambos institutos reflejan una finalidad timorata: sólo evitar la declaración de inoponibilidad de los actos cumplidos en razón de esos acuerdos.

El Proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia trata —por un lado— de facilitar la homologación de los acuerdos extrajudiciales, reduciendo

asistir a esos comités y cuando sea apropiado a los acreedores relevantes que participan en el proceso.

5. Durante el standstill period el deudor debe proporcionar a los acreedores relevantes o sus consejeros, razonable y oportunamente, la información relevante relativa a activos, responsabilidades, negocios y perspectivas, en orden a permitir una razonable evaluación a ser hecha sobre su posición financiera y las proposiciones a ser hecha a los acreedores relevantes.

6. Las propuestas para resolver las dificultades financieras del deudor, y en la medida en que fuesen practicables, arreglos entre los acreedores relevantes deberían reflejar la ley aplicable y las posiciones relativas entre los acreedores relevantes al comienzo del standstill period.

7. La información obtenida ... debería estar a disposición de los acreedores relevantes y ser tratada como confidencial.

8. Si un fondeo adicional es provisto durante el standstill period o con la finalidad de salvataje (rescue) o reestructuración, su repago debería hacerse en condiciones de prioridad respecto de otros créditos o reclamos de los acreedores relevantes.

las mayorías; y por otro, de reconocer oponibilidad a los acuerdos que no fueran sometidos a homologación, siempre que ellos hubiesen sido idóneos para superar la crisis.

Es decir que no se acerca a la vieja solución del Código de Comercio uruguayo que hace obligatorios estos acuerdos aun a los acreedores no participante. Ni a los acuerdos "*prepackaged*" del derecho americano, que permiten la aprobación de un plan negociado y aprobado por los acreedores antes de comenzar el proceso; en esos acuerdos la elección del comité de acreedores, la negociación entre el comité de acreedores y el deudor, preparación del plan y aceptación, todo ocurre antes de comenzar un proceso del capítulo 11 de la ley de quiebras de EE.UU. (101).

Es nuestra opinión que debería instrumentarse un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial con una oponibilidad mucho más extensa, de modo que constituyese una alternativa real al concurso preventivo.

Y más aún, podría completarse con una suspensión provisional de ejecuciones a fin de mantener el "status quo" durante el período en que las negociaciones extrajudiciales se desenvuelven; como en definitiva lo propone el informe INSOL cuya regla 2da. es que los acreedores acuerden no promover acciones contra el deudor.

Al respecto nos parece innovador el procedimiento de "cesación de pagos" existente en Dinamarca, al cual es admitido el deudor que *tiene dificultades temporales de cumplir con sus obligaciones*. El deudor conserva la administración de sus negocios, aunque un administrador puede ser designado (es un abogado inscripto en un registro). Sus principales efectos son: (i) marca la fecha de inicio de la insolvencia; (ii) los intereses posteriores son considerados como créditos autónomos; (iii) el procedimiento no impide automáticamente a los acreedores promover ejecución de sus créditos, pero ello se dispone a pedido del deudor. El procedimiento puede durar hasta cinco meses (son tres más dos a pedido del deudor).

(101) Una descripción más precisa en EPSTEIN, ob., cit., p. 361.

Adviértanse las peculiaridades de este régimen: (i) no requiere la cesación de pagos, sino sólo dificultades temporales para cumplir con las obligaciones; (ii) su efecto principal es la suspensión de ejecuciones, lo cual facilita al deudor la negociación con sus acreedores.

Estimamos que podría ser un instrumento eficaz especialmente —como decíamos— en la circunstancia en que el deudor está negociando con sus acreedores fuera de un procedimiento formal de concurso preventivo, pues le da el respiro suficiente para remontar dificultades temporarias de liquidez o un sobreendeudamiento más permanente y, *de ser necesario, la ocasión de reestructurar sus operaciones y las relaciones con los acreedores* (102).

6. *El problema de los costos del proceso*

En Argentina los procesos concursales son costosos. Y ello por lo menos por tres razones: (i) por la duración de los juicios concursales, que inciden en el costo real de la situación de insolvencia en la economía general; y más directamente, en cada caso concreto (ii) los impuestos o tasas de justicia y (iii) los honorarios de los profesionales.

Sin duda la agilización de los procesos concursales, va a mejorar la relación “coste-beneficio”.

Pero como lograr tal reducción de la duración de los procesos es cuestión compleja y que incluso puede requerir iniciales inversiones en infraestructura judicial que hoy el Estado nacional y las provincias no están en condiciones de afrontar, podemos tratar los otros dos temas: el impuesto o tasa de justicia, y los honorarios de los profesionales intervinientes.

A) El tema de la tasa de justicia

El sistema judicial requiere fondos para atender a su funcionamiento; esto más allá de que se reconozca o no autarquía al Poder Judicial. Por ello, tanto en la organización federal cuanto en las provincias argentinas se exige —como regla general— el pago de una contribución previa

(102) Informe FMI, p. 10.

o contemporánea al inicio de los procesos judiciales, comúnmente conocida como “tasa de justicia”.

Por otro lado el derecho de fondo organiza el concurso preventivo como un medio de solución de la cesación de pagos de las personas físicas o jurídicas.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales señalan la conveniencia de facilitar el acceso al concurso preventivo. La ley vigente —más allá de aciertos y errores— se enrola en esta tendencia, al reducir los requisitos de admisión y generar nuevos procedimientos (concurso de agrupamientos, concurso de garantes, concurso extrajudicial); y aún al admitir las propuestas de terceros (salvataje del art. 48, comúnmente conocido como “*cramdown*”):

Las leyes de tasa de justicia reconocen la existencia de este procedimiento especial de concurso preventivo, previendo algunas normas particulares. En el ordenamiento nacional se establece la reducción de la alícuota al 1,5 % del pasivo y su pago no es contemporáneo con la iniciación del juicio, sino que ha de hacerse dentro de quinto día de homologado el acuerdo preventivo.

Cabe puntualizar que en algunas provincias, la tasa de justicia debe pagarse al pedir la formación del concurso; lo que constituye una contradicción con las finalidades del derecho de fondo, que trata de facilitar el acceso a las soluciones preventivas de la quiebra.

Pero aun tomando en consideración el régimen nacional, que prevé el pago después de la homologación, no cabe duda que la tasa de justicia se convierte en un problema serio para el concursado preventivamente, pues normalmente no tiene liquidez suficiente a ese momento como para afrontar el pago de ese tributo.

Para colmo, la jurisprudencia tiene una marcada orientación fiscalista, desde que es común que se resuelva:

—que el pasivo computable es tanto el quirografario cuanto el privilegiado, aun cuando éste no esté comprendido en el acuerdo preventivo;

—que en el concurso de agrupamientos o garantes, la tasa debe calcularse por cada concurso y no ponderando el pasivo “unificado”. Es evidente que esta solución es altamente negativa, porque si un grupo formado por diez sociedades o personas físicas se ha presentado en concurso de agrupamientos, denunciando pasivos comunes, como normalmente sucede, si al tiempo de calcular la tasa ella se fija en cada concurso, estarían pagando 15 % de tasa sobre el pasivo. Lo cual es un absurdo;

—que los jueces no tienen facultades para fijar modalidades respecto del pago de la tasa de justicia. Esto es, no pueden diferirla en el tiempo ni admitir el pago en cuotas.

Amén de ello, la AFIP cuestiona la inclusión de la tasa de justicia en moratorias o planes de pago.

Y con relación a la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, como no existe una previsión explícita de la ley que lo incluya en los supuestos de alícuota reducida al 1,5 %, se entiende por algunos que debe tributar el 3 % sobre el pasivo. E incluso es dudoso si lo sería sobre el pasivo que ha prestado conformidad al acuerdo extrajudicial o sobre la totalidad del pasivo denunciado. Estas dudas en gran medida se convierten en una razón para no intentar la homologación del acuerdo preventivo.

Por supuesto que la amenaza ante el incumplimiento es grave: se impone una multa igual al valor del impuesto no ingresado en tiempo.

En fin, resulta evidente que el sistema de tasa judicial más desalienta que facilita el concurso preventivo en todas sus modalidades; lo mismo que la mera homologación del acuerdo extrajudicial.

Y si bien el sujeto cesante en sus pagos de todos modos recurre a ese procedimiento de concurso, porque es la única vía que el ordenamiento le da para evitar la quiebra, lo cierto es que llegado el momento en que el éxito corona su esfuerzo con la homologación del acuerdo preventivo, aparece un nuevo y grave problema cual es el pago de la tasa de justicia. De allí que en la práctica los concursados planteen todo tipo

de cuestiones a veces con la sola finalidad de diferir en el tiempo la resolución que fije su monto de manera definitiva.

Creemos que debe repensarse el sistema de tasa en el concurso preventivo. A nuestro juicio, sería conveniente que:

—la tasa se calcule sobre el pasivo comprendido en el acuerdo preventivo;

—en los casos de concursos de agrupamientos y de garantes, se determine una única tasa sobre el pasivo “consolidado”;

—se postergue el pago de la tasa; por ejemplo, podría hacerse ella exigible al mismo tiempo que la primera cuota que se pague a los quirografarios;

—se autorice el pago en cuotas;

—se incluya la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial entre los casos de alícuota reducida.

Y por supuesto que en las provincias donde se exige el pago previo, se elimine tal recaudo, que entra en contradicción ya grosera con las finalidades del derecho de fondo y constituye una limitación irrazonable a la garantía constitucional de acceso a la Justicia.

B) Los honorarios profesionales

En cuanto a los emolumentos de los profesionales me permito transcribir algunas líneas de la obra de Carruthers y Halliday que ya hemos citado. Dicen estos autores: “Sin embargo la quiebra no carece de beneficiarios. Así como una epidemia mortal es lucrativa para los enterradores y empresarios de pompas fúnebres, las grandes sumas de dinero comprometidas en las grandes quiebras han ejercido un magnético efecto sobre las más sofisticadas —y caras— firmas de abogados y contadores. En USA el boom de las quiebras ha propulsado a los abogados especialistas de la periferia al centro de la profesión; en Inglaterra marginales compañías enterradoras se han transformado en respetadas corporaciones de reorganización. Las especialidades de la quiebra y

la reestructuración de empresas, tanto en EE.UU. como en Inglaterra han devenido fuentes de importantes ingresos para las firmas de abogados y contadores, tanto que en EE.UU. hay una creciente presión para disminuir los honorarios profesionales. Durante los años 80 muchas grandes firmas de contadores de Inglaterra se han fusionado con pequeñas firmas boutique especializadas en insolvencia, tanto como grandes firmas de abogados de USA absorbieron pequeñas firmas especialistas en quiebras simplemente para adquirir su *expertise* en un área en rápido crecimiento" (103).

En otra perspectiva, Cámara decía hace muchos años que la quiebra es el mejor modo de repartir los activos entre síndicos y abogados.

Lo cierto es que en los grandes concursos que se desenvuelven en Argentina, los honorarios que se regulan son enormes y se constituyen en un factor de agravamiento de la situación del deudor, cuando no en disuasivos de soluciones, como la incorporación de nuevos inversionistas o lisa y llanamente la adquisición de la compañía por terceros.

Lo que a su vez contrasta con la realidad de innumerables pequeñas falencias en las cuales la labor del síndico no recibe prácticamente ninguna retribución. Máxime cuando se han consagrado interpretaciones erradas del régimen vigente cuando se trata el tema de los honorarios mínimos de la sindicatura (104).

En fin, estimamos que las soluciones pasarían por: (i) una mayor flexibilidad para las regulaciones en los macroconcursos, por ejemplo autorizando al tribunal a fijar el honorario por debajo del mínimo cuan-

(103) CARRUTHERS-HALLIDAY, ob. cit., p. 3.

(104) La CNCom., ha resuelto en algunos casos que cuando se regulan honorarios al síndico, el importe de los tres sueldos de secretario a que alude el art. 267 ley 24.522, no debe exceder del 12 % del activo, límite máximo del honorarios. De este modo los tribunales aludidos han esterilizado la reforma introducida por la ley 24.522, que claramente pretendía que el mínimo de tres salarios judiciales fuese reconocido al síndico justamente cuando el 12 % del activo no alcanzase a esa suma; conforme ANASTASIO, Julián E.-PRISANT, Susana Leonor, "Quiebra, honorarios mínimos fijos ¿Regla derogada?", ED, 189-638.

do la retribución que resultara de la escala fuese excesiva con relación al trabajo efectivamente aportado; y (ii) el reconocimiento de retribuciones básicas a los síndicos en los pequeños concursos, aun excediendo de los porcentajes máximos previstos en los actuales arts. 266 y 267, ley 24.522.

7. El problema de la sindicatura

En todos los regímenes de insolvencia actúan sujetos que cumplen distintas funciones; en resumen de esta realidad, el informe del FMI al que tantas veces nos hemos referido apunta: “Los tribunales deben nombrar auxiliares calificados (liquidador o administrador) para ocuparse de las principales cuestiones de administración (inventario, información sobre activos y pasivos, gestión de la empresa) y estos deben ser personas dedicadas a este *métier* y con una gran experiencia en el ámbito comercial. A la vez hay que recurrir a expertos —entre ellos los contables— que tengan acceso a la información y a los libros contables en particular” (105). De donde el problema de la preparación e idoneidad de estos funcionarios es universal (106).

Se advierte de este párrafo que el informe distingue adecuadamente entre lo que es el administrador que puede ser designado, el liquidador y el experto contable, funciones todas que en nuestro Derecho recaen en una única persona — el síndico— que sólo puede tener una profesión: la de contador. Aunque la ley vigente prevé la posibilidad de recurrir a otros profesionales para ciertas gestiones (administración de los negocios en la continuación de la actividad de la empresa fallida, enajenadores y estimadores), sin duda la función del síndico es esencial y tiene un rol central en nuestro sistema de insolvencia.

Es sabido que el proyecto de ley remitido por el PEN que se convirtió en ley 24.522, atribuía a los abogados y a los contadores la incumbencia profesional para actuar como síndicos, tanto individualmente como

(105) Informe FMI, p. 9.

(106) En un informe sobre el proceso de reforma del derecho chino de quiebras y reorganizaciones empresarias, se lee que uno de los problemas a que se enfrenta ese país es que cuando entre a regir una nueva ley deberán entrenarse 5.000 administradores de insolvencias; v. BOOTH, Charles D. “Chinese Insolvency Law: developing an insolvency infrastructure”.

constituyendo “estudios” entre ellos. La intervención del senador Caffero provocó la exclusión de los abogados, con lo cual incluso la categoría de síndicos “estudios de abogados y contadores” quedó reducida a organizaciones formadas por los segundos. Lo cual ha justificado la crítica de algunos autores que señalan que es una mera sumatoria de profesionales de la misma área; exactamente lo contrario de lo que se buscaba en el proyecto, que pretendía trasladar a la ley la realidad de que abogados y contadores trabajan en conjunto en la tarea sindical, la cual requiere conocimientos contables y jurídicos.

El proyecto del senador Branda propicia la inclusión de los abogados como sujetos habilitados para ejercer la sindicatura. Lo cual ha provocado una absurda guerra de solicitudes entre los colegios profesionales.

Particularmente creemos que los abogados están habilitados para el ejercicio de la sindicatura concursal, tarea que tiene indudables e importantes aspectos jurídicos.

De todos modos la insatisfacción generalizada que existe respecto del funcionamiento de las sindicaturas —en punto a su idoneidad cuanto a su costo— requeriría analizar si no es conveniente que se autorice a la colectividad de acreedores a designar un síndico, como prevé la ley alemana con relación al administrador.

8. Otras cuestiones

Hemos analizado algunos temas que consideramos hacen a la estructura misma de los procesos concursales, y proponemos estudiar la posibilidad de introducir modificaciones sustanciales.

Otros problemas subsisten que contribuyen a la escasa eficacia de los procedimientos de insolvencia en el régimen vigente, y deberían ser materia de tratamiento legislativo.

Haremos una mera enumeración con brevísimos comentarios:

A) El salvataje del artículo 48 LC

El salvataje del art. 48, comúnmente conocido como *cramdown* ha sido la novedad más relevante de la ley 24.522, y más allá de algunas

críticas iniciales lo cierto es que: (i) es coherente con las finalidades que hoy se reconocen a los procedimientos preventivos, entre las cuales se destaca la enajenación de la empresa a quien pueda hacerla viable; (ii) en la práctica ha operado efectivamente, permitiendo que algunas empresas tuvieran una “segunda oportunidad”.

Lo cual no importa dejar de reconocer que la regulación del procedimiento es alambicada y a veces poco inteligible, lo cual ha generado algunos problemas de aplicación. Muchos de estos aspectos están razonablemente atendidos en los proyectos del Ministerio de Justicia y del senador Branda.

Pero a nuestro juicio lo que debería incorporarse a la ley es la exigencia de que los sujetos que se inscriban en la lista de interesados en adquirir las acciones y hacer una oferta de concurso preventivo, de algún modo demuestren su solvencia económica y moral, que acrediten su interés mediante el depósito de una suma de dinero, y que exterioricen aunque sea mínimamente algún plan de salvataje de la empresa. De otro modo resulta que la lista se forma con sociedades *offshore*, representadas por ignotos personajes, que aparecen ofreciendo adquirir empresas importantes sin arriesgar ni poner un solo centavo, con lo cual distorsionan la competencia entre los distintos sujetos que realmente tienen interés en la empresa concursada, cuando no simplemente dilatan innecesariamente el procedimiento.

B) Propuestas uniformes para los créditos fiscales impuestas por vía reglamentaria

En el *casting* que Posner hace de los sujetos concernidos por el tema de la insolvencia incluye naturalmente al Estado, que se encuentra doblemente afectado por las crisis empresarias. Por un lado, por la influencia que ello tiene en la economía general; por otro, porque normalmente el Estado es un acreedor por impuestos o —en el caso de Argentina— por aportes a los sistemas de previsión.

La incidencia de estos créditos en los pasivos empresarios suele ser muy significativa; más allá del juicio moral que puede hacerse de la conducta de quienes no pagan sus impuestos o no ingresan los aportes al sistema de seguridad social, lo cierto es que es tan generalizada que

un autor relevante como Maffia las califica como obligaciones *normalmente postergables*. En realidad no pagar estas deudas es una forma de financiamiento de la actividad empresarial, sobre todo para aquél que no puede recurrir al crédito bancario; claro que es una financiación generalmente muy onerosa por las altas tasas de interés que se devengan. Y llegado el momento del concurso preventivo suelen tener relevancia para la obtención de las mayorías por cuanto intereses y multas participan de la condición de créditos quirografarios.

En esta instancia las posibilidades de ajustar estas deudas a un plan son significativamente limitadas, pues como la ley 11.683 prohíbe hacer arreglos particulares, las conductas que puede seguir la AFIP están rigurosamente establecidas en resoluciones generales. La actualmente vigente es la 970/2001.

Esta resolución general, como las anteriores, no sólo deja al concursado en manos de la autoridad administrativa, que “puede” aceptar un acuerdo preventivo cuando se haga el ofrecimiento en las condiciones que ella misma prevé (art. 39), sino que además contiene previsiones groseramente abusivas, como la que exige que el concursado deba “allanarse o desistir y renunciar a toda acción y derecho, incluso el de repetición, cuando se tratare de deudas que se encuentren en curso de discusión administrativa, contencioso administrativo o judicial y hacerse cargo de las costas que pudieran corresponder” (art. 20, inc. b), debiendo incluirse en el plan de facilidades de pago los créditos: “verificados, declarados admisibles o en trámite de revisión, en trámite de verificación por incidente; y por si fuera poco, también debe incluir a los no reclamados en la demanda de verificación (no insinuados)” (art. 2º, incs. a) a d)), lo que comprende —entre otros— a los intereses resarcitorios, punitivos, actualizaciones y multas que corresponderían; en el caso de este último inciso, previamente deberá deducirse el incidente de verificación, quedando a cargo del deudor las costas que eventualmente pudiesen corresponder.

Tamaño despropósito ha llevado al extremo opuesto: algunos tribunales de la Capital Federal han decidido no computar a la AFIP en el pasivo a los efectos de la obtención de las mayorías legales exigidas para aprobar el acuerdo preventivo.

Pero claro que si bien esto facilita la aprobación del acuerdo para los quirografarios, no despeja el problema de los créditos con privilegio general, pues cuando el deudor quiere obtener un plan de regularización se le impone esta normativa. Y vuelta a empezar...

Es también evidente que la normativa reglamentaria aludida excede notablemente del marco concursal; inclusive el allanamiento del concursado podría no ser aceptado por el juez, si advierte que se están incorporando a la masa créditos que no deberían estar en ella.

Todo lo cual convierte al sistema de créditos fiscales en un cuello de botella que muchas veces constituye causa definitiva del fracaso de las soluciones preventivas.

C) Lentitud de los procedimientos

Los sujetos afectados por las situaciones de insolvencia suelen quejarse de las demoras de los procedimientos.

En nuestro concurso preventivo si se cumpliesen los plazos, la duración no sería demasiado considerable. Sin embargo, la incidencia de algunas situaciones excepcionales —o a veces no tanto— como ciertas prórrogas de plazos concedidas incluso en contra de la ley o la presentación del concurso de garantes, pueden dilatarlo excesivamente.

En la quiebra la ingenua norma que impone la liquidación en plazos de meses es permanentemente incumplida; como previmos hace tiempo, la sanción en ella impuesta ha caído en desuetudo. El problema fundamental sigue radicando en la liquidación de los bienes. Algunos jueces nos han comentado que la designación inmediata del enajenador mejora un poco el trámite; de todos modos sería conveniente que se generalizara la práctica adoptada por algunos tribunales que liquidan los bienes registrables con la sola constancia de la titularidad del dominio en cabeza del fallido, sin requerir otros informes claramente sobreabundantes.

D) El concurso transnacional

Otro aspecto en el cual nuestro derecho no brinda respuestas seguras es en el plano de la quiebra transnacional, expresión con la que preten-

demos abarcar una serie de fenómenos en los cuales la insolvencia de un modo u otro se expande extraterritorialmente. De modo que comprende, entre otros, los siguientes problemas:

—el concurso o quiebra en Argentina del deudor persona jurídica constituida en el extranjero, pero que opera en el país, como sucede con las sociedades *offshore*;

—los derechos de los acreedores del extranjero sobre bienes del quebrado o concursado argentino existentes en el extranjero;

—los derechos del acreedor extranjero en la quiebra o concurso argentino;

—los derechos del acreedor nacional sobre bienes existentes en el país de un deudor concursado o quebrado en el extranjero.

Al respecto el derecho convencional internacional es insuficiente lo mismo que las reglas de fondo o de conflicto vigentes en Argentina. Y la frecuencia cada vez mayor con que se presentan estos problemas viene causando algunos fallos interesantes así como estudios doctrinales

Por lo demás, la UNCITRAL está trabajando en una ley tipo sobre insolvencia internacional (107).

Sin duda es una materia adeudada por nuestro ordenamiento que requeriría para ser saldada la participación de especialistas en derecho internacional privado y en concursos.

E) Otras observaciones

Muchas otras observaciones podrían ser hechas al ordenamiento vigente, entre ellas las relativas al régimen de responsabilidad de terceros que han recibido una crítica casi unánime y que aparece mejor resuelta en el Proyecto del Ministerio de Justicia. Otras cuestiones son de detalle o de trámite; las omitimos para evitar caer en el “procedimentalismo”

(107) CLIFT, ob. cit., p. 99.

que denuncia Fargosi y que empequeñece la materia concursal. De allí que nos hayamos limitado a plantear la posibilidad de estudiar algunas materias esenciales, que pueden contribuir a cambiar el perfil de nuestro régimen legal de la insolvencia; ello sin perjuicio de otras modificaciones de mero procedimiento que puedan salvar dificultades o problemas prácticos en lo existente pero que no van a hacer por ello más eficientes a las soluciones preventivas o a la quiebra.

IV. Conclusiones

Se suele decir —y lo hemos señalado en anteriores trabajos— que los procedimientos concursales tradicionales —la quiebra y el procedimiento preventivo (concordato o concurso preventivo)—, no daban resultados satisfactorios, pues la mayor parte de los preventivos terminan en quiebra; y en las quiebras los porcentajes de satisfacción de los acreedores —particularmente los quirografarios— son mínimos.

Badinter al presentar en Francia el proyecto de ley de 1985 decía que el 90 % de los créditos quirografarios restaban insatisfechos en las quiebras (108).

En Alemania se dice que el 75 % de las quiebras terminaba por falta de activo y los acreedores quirografarios percibían aproximadamente el 3 % de sus acreencias (109), en Austria la satisfacción de los quirografarios —durante la vigencia de la ley de 1914— no superaba el 10 %.

Esto motivó las tentativas de cambio de la orientación del derecho concursal. Se habló de la muerte de la quiebra, de la quiebra de la quiebra, de un nuevo derecho de la prevención de la crisis. Se reconocieron entonces nuevos presupuestos de los procedimientos concursales o de prevención de la crisis (sobreendeudamiento - Francia y Alemania - excedencia de las deudas - Austria), se crearon organismos administrativos, se sustituyó a los dirigentes, se forzó la continuidad de la actividad de la empresa hasta el extremo de que Franceschelli refiriéndose al

(108) BADINTER, Robert, "Les ambitions du législateur", en *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, París, 1986, vol. 1.

(109) DASSO, Ariel Angel, "Quiebras. Concurso preventivo y cramdown", Bs. As., 1997, t. II, p. 417.

decreto Prodi publicó un artículo cuyo título sintetiza toda esta orientación: (*"L'apprendista stragon, l'elisir de la lunga vita o il mito de l'impresa immortale"*), se cayó en un dirigismo estatal casi grosero como sucedía con el supercomisario previsto originariamente en el régimen italiano de administración de grandes empresas en crisis al que algún autor calificó de "verdadero monstruo", se desconocieron los derechos de los acreedores, en algunos casos diría que se adoptaron medidas que podrían —al menos en nuestro Derecho— ser calificadas de inconstitucionales por violación del derecho de propiedad.

Y se han creado también medios para proteger a las personas físicas o a los consumidores (Francia y Canadá).

Pero de todos modos los procedimientos creados para forzar la supervivencia de la empresa introducidos por las reformas inglesa de 1986, francesa de 1987, portuguesa de 1993, no han dado los frutos esperados (110), y una de las razones de la reforma a la ley francesa en 1994 —como se ha dicho ya— fue restablecer los derechos de los acreedores algunos de ellos decididamente preteridos por la ley de 1985.

Entre nosotros los resultados desastrosos de la continuación de la actividad de la empresa quebrada fueron denunciados por la doctrina; así Di Iorio dice: ...los antecedentes de salvataje (no se refiere al salvataje que hoy está en el art. 48 de la ley 24.522 sino al que se propiciaba por la continuidad de la actividad de la empresa quebrada) en derecho comparado son decepcionantes. En Italia...la diversidad de medios han fracasado. ...En cuanto al sistema francés de 1967, saludado alborozadamente por la doctrina como la panacea de los males de la insolvencia, su resultado se puede apreciar por el hecho de que ha sido reemplazado.... En nuestro país los sistemas de ayuda administrativa implementados, como el régimen de la ley 18.832 (Adla, XXX-C, 3112), no dieron mejores resultados; por el contrario, finalmente debió dictarse la ley 21.606 (Adla, XXXVII-C, 2508) que dispuso la inmediata liquidación de las empresas que operaban bajo aquel régimen, sin haberse llegado en ninguna de ellas a una mínima reestructuración ni saneamiento (111).

(110) DASSO, *lug. cit.*, p. 421.

(111) DI IORIO, Alfredo, "Límites actuales de la continuidad empresarial en caso de insolvencia societaria", *Rev. del Colegio de Abogados de San Isidro*, 1987-22 - p. 27.

Quizás el problema es que una concepción demasiado juridizante (112) de los procedimientos ante la crisis de la empresa puede hacer perder de vista que la ley no soluciona por sí sola esa crisis; y una concepción excesivamente economicista puede hacer perder de vista los derechos de los distintos sujetos afectados (deudor, acreedores, empleados).

Encontrar el equilibrio de modo de dar instrumentos jurídicos idóneos para la solución de los problemas reales de las empresas en dificultades sin afectar de una manera tan seria que resulte en definitiva inconstitucional los derechos de los afectados, es el desafío de una legislación sobre las dificultades empresarias.

Lo cierto es que los juristas, economistas y políticos de todas las latitudes se debatieron durante todo el siglo XX sin encontrar más que respuestas coyunturales o efímeras.

De todos modos, vale seguir ensayando pero sobre bases firmes, que sólo pueden existir si se explora el resultado que han dado las soluciones propuestas por el derecho comparado, se pondera su adaptabilidad a la realidad argentina y las medidas a adoptar gozan de un mínimo consenso entre los operadores jurídicos y los demás agentes involucrados en las situaciones de insolvencia. ♦

(112) Se advierte esta tendencia en un autor argentino que aludiendo a observaciones hechas por economistas a la ley 19.551, califica a esto como la "curiosa inmisión de dos economistas en el ámbito del derecho de quiebra", como si la quiebra fuera un problema ajeno a ellos...Sin comentarios...

LA JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

POR LINO ENRIQUE PALACIO (*)

1. Con fundamento en la “autonomía” y, particularmente, en las “facultades propias” de “jurisdicción” que acuerdan a la Ciudad de Buenos Aires el art. 129 de la Constitución Nacional reformada en 1994 algunos funcionarios de la actual administración expresan periódicamente la necesidad de transferir, a dicha Ciudad, los órganos judiciales que ejercen en su territorio la denominada “competencia ordinaria”, previa derogación, naturalmente, del art. 8º de la ley 24.588.

En razón de que tales declaraciones se hallan por lo general unidas a la afirmación —errónea a mi juicio— de que la Ciudad de Buenos Aires es, con posterioridad a la reforma constitucional, asimilable a las provincias argentinas, antes de entrar de lleno en la materia que es objeto de esta comunicación resulta conveniente analizar previamente la naturaleza política e institucional de ese distrito.

2. Incluido parcialmente entre las cláusulas del llamado “Pacto de Olivos”, el nuevo art. 129 de la Constitución prescribe que “la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan al respecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 13 de setiembre de 2001.

3. Los parámetros excesivamente esquemáticos que suministra el mencionado art. 129 han desatado marcadas divergencias en torno a la naturaleza jurídica de la ciudad de Buenos Aires, a las que no han sido naturalmente ajenas las mezquinas motivaciones políticas que generaron la celebración del referido Pacto.

Aunque la polémica continúa, a esta altura ha quedado sin embargo clara una primera conclusión, y es que la ciudad de Buenos Aires, a pesar de la ubicación que se dio al art. 129 en el texto constitucional de 1994 (o sea en el Título destinado a regular los "Gobiernos de provincia"), *no es una provincia argentina más*.

Al margen, en efecto, de las declaraciones contenidas en una resolución de la asamblea estatuyente aprobada con el voto de los representantes de la Unión Cívica Radical, el Frepaso y Nueva Dirigencia (1), en el precedente de Fallos: 322:2856 y en las causas E.139.XXXV y E.103.XXXVI del 7 de marzo y 16 de mayo de 2000, entre otras, la Corte Suprema de justicia de la Nación expresó que la ciudad de Buenos Aires *no es una provincia argentina* y en consecuencia no le corresponde la instancia originaria del Tribunal en los términos del art. 117 de la Constitución Nacional.

De ello se deriva, asimismo, que, más allá de que ha perdido toda justificación, el fuero federal por razón de distinta vecindad o extranje-

(1) En esa resolución se declaró "no conocer otros límites para su labor que no sean los que surgen de la Constitución Nacional en su artículo 129 y concordantes" y se rechazaron, por inconstitucionales, "las limitaciones impuestas a la plena autonomía de la ciudad de Buenos Aires por la ley 24.588, en cuanto imponga restricciones al régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción establecidas en la Constitución Nacional". Asimismo, no obstante la claridad del art. 129 de la Constitución Nacional en cuanto alude, no a una constitución, sino a un estatuto "organizativo", es decir, como su nombre lo indica, un ordenamiento destinado a determinar la estructura de los órganos de gobierno de la Ciudad (cfr. SAGÜES, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1996, pág. 34), el estatuyente frepasista ZAFFARONI llegó a afirmar que "hemos decidido hacer prácticamente una constitución provincial". El equívoco ya había sido anticipado, en el seno de la Convención Constituyente, por el radical ALFONSÍN, quien no titubeó en afirmar que la convocatoria para estatuyentes era "para que dicten la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, con plena autonomía legislativa y un Poder judicial propio". Se trata de un claro ejemplo del anacronismo de que adolece la denominada interpretación "auténtica" de las normas jurídicas, pues a pesar de las opiniones manifiestamente disímiles expresadas por los mencionados constituyentes y lo expresado, como se verá, por el miembro informante del despacho mayoritario, concluyeron votando un mismo texto.

ría contemplado por el art. 116 de la Constitución Nacional, aquél no podría ser invocado por el vecino de una provincia o por un Estado o ciudadano extranjero que es demandado ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires.

4. Pero si la ciudad de Buenos Aires no es una provincia, ¿qué carácter institucional reviste en la realidad?

Se han formulado al respecto diversas opiniones. García Lema (2), quien fue miembro coinformante del despacho mayoritario en la Convención Constituyente, expresó que la ciudad es *más* que un municipio, pero *menos* que una provincia: no puede dictarse una constitución como están habilitados para hacerlo los estados provinciales, sino un mero estatuto organizativo” y sus facultades están drásticamente limitadas por la ley de garantía de los intereses federales, aunque se halla parcialmente asimilada a una provincia en cuanto puede ser objeto de la intervención federal —art. 72, inc. 22— (3) y conservar los organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales —art. 125—.

Dromi y Menem (E.) adhieren a una solución similar —cuantitativa y no cualitativa— en cuanto caracterizan a la ciudad de Buenos Aires como una *semiprovincia* o una *cuasi provincia*, cuyo territorio se encuentra íntegramente federalizado (4). De esa idea participa, en lo sustancial, Sagüés (5), quien siguiendo el criterio de Lewandows-

(2) “Diario de sesiones” de la Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 2221.

(3) Lo cual entraña una incongruencia porque, como lo destaca CREO BAY, el art. 6° de la Constitución Nacional no fue afectado por la reforma, no obstante que debería disponer también “en el territorio de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires” (“Nuevo régimen de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, en *Estudios sobre la reforma constitucional*, obra colectiva dirigida por Juan Carlos Cassagne). Por otra parte parece bastante lejana la posibilidad de que concurra, en dicha ciudad, alguna de las causales de intervención previstas en el mencionado art. 6°.

(4) *La Constitución reformada*, Bs. As. Ciudad Argentina, 1994, pág. 420.

(5) *Elementos de derecho constitucional*, 2ª edición Bs. As., 1999, t. 2. En contra, BIDART CAMPOS considera que “el territorio de la ciudad *no está ya federalizado totalmente*, sino sujeto a *jurisdicción federal únicamente en lo que se refiere y vincula a los intereses que en ese territorio inviste el estado federal*, en razón de residir allí el gobierno federal y de estar situada su capital federal”, de modo que dicha jurisdicción es sólo *parcial*”.

ky (6) atribuye a Buenos Aires un "status" análogo a la Ciudad de Brasilia, que es un "ente autónomo tutelado", cuya primordial función consiste en servir de sede al gobierno federal. Pero quien con mayor acierto caracterizó a la ciudad de Buenos Aires conforme al "status" que le otorgó el art. 129 de la Constitución Nacional fue, a mi juicio, Alberto Natale, quien definió a esa ciudad como un ente insertado en el plano de la autonomía municipal (7).

5. Descartada, por consiguiente, la calidad provincial de la ciudad de Buenos Aires, y con mayor razón la de Estado que le confiere el art. 7º del Estatuto organizativo, en tanto que aquélla, como es obvio, carece de "soberanía", así como las tesis intermedias que nada explican, cabe concluir que la ciudad de Buenos Aires es, lisa y llanamente, una *municipalidad* y que la única diferencia que la separa del régimen legal vigente hasta 1994 radica en la circunstancia de que, conforme al art. 129 de la Constitución Nacional su jefe de gobierno es elegido por el pueblo de la ciudad (8) y los actos jurisdiccionales emitidos por sus tribunales no se hallan sujetos a control judicial ejercido por la justicia con competencia ordinaria (9).

Cuadra agregar que las autoridades de la ciudad de Buenos Aires ejercían asimismo facultades legislativas exteriorizadas mediante ordenanzas de contenido acotado por la ley orgánica municipal.

No se trata empero, en honor a la verdad histórica, de una municipalidad más de las 2751 existentes en el país porque, como bien se ha

Entiende, sin embargo, que la ciudad de Buenos Aires es una entidad "sui generis" que si bien no alcanza la categoría de provincia, cuadra ubicar "entre medio" del tradicional de las provincias y el propio de la autonomía municipal en jurisdicción provincial" (*Manual de Derecho Constitucional*, t. I, pág. 456). En sentido similar se expide CREO BAY, *op. y loc. citados*.

(6) LEWADOWSKY, Enrique R., *El distrito federal brasileño en el contexto del régimen federal*, en "Estudios de las capitales y áreas metropolitanas", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pág. 70.

(7) *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Bs. As., Depalma, 1995, p. 185.

(8) SPOTA, "Naturaleza político-institucional de la Ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994", L.L., 1995-A, págs. 968/73.

(9) Es indudable, en efecto, que el ex-Tribunal de Faltas de la Ciudad ejercía facultades jurisdiccionales, aun que sujetas a revisión judicial.

observado, la ciudad de Buenos Aires es como dice Spota (10), "el más importante conglomerado urbano que la República ostenta, y uno de los primeros veinte en el planeta", y agregaría, por mi parte, que de no hallarse sumida en el lamentable estado de suciedad, inseguridad y caos vehicular en la que la han dejado la deficiente administración de los jefes de gobierno soberanamente elegidos por el pueblo de la Ciudad debería exhibir —conforme a la terminología hotelera— el título de Municipalidad de "Cinco Estrellas".

6. No alteran la mencionada conclusión ciertos aspectos diferenciales que fueron destacados por la doctrina y por algunos de los convencionales constituyentes.

Por supuesto que no es un rasgo distintivo de la ciudad de Buenos Aires su "autonomía", pues el art. 123 de la Constitución Nacional reformada declara la "autonomía" de todos los municipios, conforme a la doctrina sentada por la Corte Suprema a partir del caso "Rivademar" (11), aunque tal calificativo puede prestarse a objeciones (12) cuando se parte de la base de que la autonomía supone la existencia de un poder normativo propio y originario como el que, en nuestro país, ejercen las provincias que lo integran (13).

7. Asimismo, no parece discutible que la ciudad de Buenos Aires carece de los poderes conservados por las provincias conforme a la cláusula

(10) *Op. cit.* en la nota 8.

(11) Fallos: 312:326. En este precedente se modificó la línea jurisprudencial inaugurada en Fallos: 114:282 y ratificada en Fallos: 123:313 y 308:403, entre otros.

(12) Ver, al respecto, MARIENHOFF, "La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la Constitución Nacional de 1994, en E.D. 164-1113/25.

(13) Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la más calificada doctrina administrativa caracterizaba a las municipalidades como entidades autárquicas territoriales (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 4ª edición, Buenos Aires, t. I, págs. 220, 400 y ss.; BIELSA, Rafael Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1964, t. I, pág. 446; LINARES, Juan, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, pág. 275; MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. I, pág. 504; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1950, t. II, pág. 407. Con posterioridad continuó manteniendo el mismo criterio MARIENHOFF (*op. cit.* en la nota precedente). GORDILLO, en cambio, considera que, en general, la distinción entre "autarquía" y "autonomía" resulta ociosa en tanto las entidades autárquicas, dentro del marco de sus estatutos, también dictan sus propias normas (*Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, 1997, t. I, pág. 19 del Capítulo XIV).

residual del art. 121 de la Constitución Nacional, y que tampoco ha sido creada con sujeción a las prescripciones contenidas en los arts. 13 y 75, inc. 15) de esa Carta.

8. Si a ello se agrega el elocuente silencio que con respecto a dicha Ciudad guardan los arts. 75, inc. 12) y 116 de la Constitución, no cabe la menor duda de que aquélla se halla desprovista de jurisdicción en lo que concierne a la aplicación de los códigos enumerados en la primera de las normas citadas, porque, además, el ordenamiento constitucional sólo contempla la competencia de la justicia federal y de la provincial, según los casos (normas citadas), y no ha creado una tercera categoría de órganos judiciales para ejercer ese tipo de competencia.

9. El referido silencio es por lo demás congruente con una interpretación armónica del régimen constitucional argentino y no puede por consiguiente atribuirse a un mero "olvido" o inadvertencia de los constituyentes, según se ha insinuado por alguna solitaria doctrina, pues como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la inconsecuencia o falta de previsión jamás se suponen en el legislador (menos aún en el constituyente), y por ello se reconoce como regla inconcusa que la interpretación de las leyes (y con mayor razón de la Constitución) debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas con las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (14).

(14) "Fallos": 303-1041; 304-794 y 1820; 306-796, sus citas y muchos otros. Expresa GAUNA que "negarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la posibilidad de aplicar los códigos de fondo, cuando se le han otorgado expresamente facultades jurisdiccionales (la bastardilla me pertenece) como hemos dicho, resulta incomprensible. No se puede imaginar que la ciudad vaya a tener un código civil propio para legislar quién es persona, qué es domicilio, por poner sólo algunos ejemplos. Además, al haberse otorgado la jurisdicción contravencional y de faltas, la contencioso administrativa y tributaria y de vecindad, resulta impracticable que dichos tribunales puedan funcionar sin aplicar normas de fondo" ("Dos jurisdicciones distintas para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en La Ley 2001-D, 706). Tales apreciaciones adolecen, a nuestro juicio, de un doble error. Por un lado, en efecto, confunden la jurisdicción con la competencia, pues parece indudable que los órganos judiciales que actúan y actuarán en la Ciudad de Buenos Aires ejercen funciones jurisdiccionales, pero dentro de una competencia acotada por la ley 24.588. Por otro lado, y más allá de que todo caso judicial se resuelve por la totalidad del ordenamiento jurídico, resulta elemental que no cabe negar a los tribunales de la ciudad la posibilidad de aplicar normas contenidas en los códigos y leyes de fondo, por cuanto lo que les negó dicha ley fue una *específica* y primordial competencia, civil, comercial, penal, laboral, etc.

10. La "autonomía" plena de la Ciudad de Buenos Aires se halla en todo caso supeditada al requisito esencial de que aquélla deje de ser Capital de la Nación. De allí lo prescripto en el art. 129, párrafo segundo, de la Constitución Nacional, y el claro fundamento de la ley 24.588, con arreglo a cuyo art. 8º, párrafo primero, "la justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación".

La solución no podría ser otra si se tiene presente que la llamada "justicia ordinaria" con asiento en la Ciudad de Buenos Aires se encuentra comprendida entre los "demás tribunales inferiores" a que alude el art. 108 de la Constitución Nacional, y que se halla además superada, desde hace largo tiempo, la supuesta distinción entre jueces federales y locales de la Capital Federal. Todos ellos, en efecto, forman parte del Poder Judicial de la Nación, y si algunos ejercen competencia exclusivamente federal y otros la ordinaria (generalmente, empero, con parte de competencia federal), tal circunstancia no obedece a una razón constitucional sino a una elemental necesidad de división del trabajo. No mediaría por ende impedimento jurídico alguno para que todos los jueces con sede en la Capital Federal, *en tanto jueces de la Constitución*, ejerzan indistintamente las competencias federal y ordinaria, como ocurría con los jueces federales del ex Territorio Nacional de la Tierra del Fuego.

11. De lo expuesto se sigue, con evidencia, que las "facultades propias de jurisdicción" que el art. 129, párr. primero de la Constitución otorga a la Ciudad de Buenos Aires no pueden ser otras que las referidas a las causas "en materia de vecindad, contravenciones y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales", como con acierto lo expresa el ya citado art. 8º de la ley 24.588. Lo cual no es poco, como se verá más abajo, para colmar las más acentuadas apetencias "autonomistas".

12. No obstante que las precedentes consideraciones, y las más ilustradas que por cierto se han aportado al debate, bastan para refrendar una conclusión adversa al eventual traspaso, entiendo que, inclusive frente a la duda, la más elemental sensatez invita a abstenerse de concretar una solución que traerá aparejadas múltiples dificultades prácticas y ningún beneficio. Tanto más cuanto que —como la Corte Suprema lo tiene reiteradamente resuelto—, uno de los índices más seguros

para verificar la razonabilidad de la inteligencia de las normas jurídicas consiste en la consideración de sus eventuales consecuencias (15).

13. Una primera fuente de distorsiones se halla configurada por el importante número de recursos contra resoluciones administrativas que se hallan previstos en leyes federales y cabe actualmente interponer y sustanciar ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones que, en la Capital Federal, ejercen como regla la competencia ordinaria. Si bien no media óbice constitucional a la viabilidad de tales recursos en razón de revestir dichas Cámaras el carácter de tribunales nacionales (16), frente a la eventualidad de que ellas sean transferidas a la órbita de la Ciudad de Buenos Aires —como en parte lo ha hecho la aún no vigente en ese aspecto ley N° 7 de la legislatura local— las correspondientes impugnaciones deberán necesariamente tramitar ante alguna de las cámaras federales con sede en dicha Ciudad, lo que incidirá en un grave desequilibrio funcional derivado, por una parte, de una indeseable devaluación de la experiencia adquirida por los magistrados actualmente habilitados para conocer en los temas pertinentes (particularmente los de índole laboral y comercial) y, por otra parte, de la acumulación de causas que se producirá en desmedro del adecuado rendimiento de la justicia federal, circunstancia que, por lo demás, no descarta la creación de nuevos órganos judiciales y el consiguiente refuerzo presupuestario (siempre a la postre insuficiente) que ello entraña.

14. Parejos inconvenientes generará también, ante la referida eventualidad, la reducción de la competencia que sufrirá la Cámara Nacional de Casación Penal, pues más del cincuenta por ciento de las causas que llegan a sus estrados provienen de tribunales que ejercen en la Capital Federal la competencia criminal ordinaria. La transferencia implicaría, por ende, el virtual “vaciamiento” de un tribunal cuando han transcurrido apenas cinco años desde su instalación, por cuanto el art. 29 de la recordada ley 7 dispuso la creación de una nueva Cámara de Casación Penal, integrada por siete miembros, para conocer (se supone) en

(15) *Fallos*: 310:267 y 464; 312:156, entre otros.

(16) Cuando se trata de resoluciones dictadas por organismos que funcionan en el interior de la República, las leyes a que se alude en el texto confieren competencia, para conocer de los recursos judiciales pertinentes, a las cámaras federales con asiento en las provincias.

las causas penales comunes, con el agravante de que, en un mismo distrito, coexistirían dos tribunales de casación cuyas respectivas doctrinas jurisprudenciales podrían ser contradictorias.

15. Interesaría preguntar, asimismo, cuál será la suerte de la justicia en lo Penal Económico, a la que esa ley no alude y cuya competencia federal es, a la inversa, mayor que la ordinaria. Supuesta la transformación de ese fuero en otro sector de la justicia federal, ¿será necesaria la creación de nuevos tribunales para entender en los procesos que versan sobre delitos ordinarios (libramiento de cheques sin provisión de fondos, publicación de balances falsos, etc.), o aquéllos pasarán a acrecentar el volumen de tareas correspondiente a órganos judiciales ya existentes pero desprovistos de especialización en esos temas?

16. Finalmente, y como si tales dificultades fuesen pocas, en el caso de concretarse la transferencia quienes litiguen ante los tribunales de la Ciudad Autónoma y deban eventualmente acceder activa o pasivamente a la instancia del art. 14 de la ley 48, deberán hacerse de infinita paciencia para aguardar el dictado de la sentencia final. Porque, en efecto, si se repara en el hecho de que la denominada "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" instituye, en su art. 116, inc. 3° —al igual que el art. 26, inc. 4° de la ley local referida—, un recurso de inconstitucionalidad para ante un "Tribunal Superior de Justicia", es fácil predecir que la Corte Suprema, por aplicación de la doctrina consagrada en el caso "Strada" (17), impondrá, como presupuesto de admisibilidad del recurso extraordinario, el previo agotamiento de la máxima instancia local, lo que se traducirá en una prolongación de los juicios en un lapso no inferior a los dos años (18).

17. Los inconvenientes, como se advierte, afloran por doquier (19), y ni el más optimista de quienes propician la tesis que aquí se refuta se

(17) *Fallos*, 308-490.

(18) Tal vez ello no ocurra durante los primeros meses de instalado el Tribunal, pero sucederá fatalmente después, tanto más si se tiene en cuenta que aquél se compone de sólo cinco miembros (art. 111) y tiene competencia originaria en los conflictos de poderes y acciones de inconstitucionalidad, ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte cuando el monto reclamado exceda del establecido por ley y extraordinaria de inconstitucionalidad sin limitaciones por la materia o por el monto.

(19) Ver los fallos de la CS citados en la nota 15.

encontraría en condiciones de avizorar el más minúsculo beneficio ¿Para qué, entonces, insistir en el dichoso traspaso jurisdiccional cuando, además, él ha merecido, a través de sendas acordadas, la repulsa unánime de las Cámaras Nacionales de Apelaciones?

18. Anticipé más arriba que la competencia judicial reconocida a la Ciudad de Buenos Aires por el art. 8º de la ley 24.588 es suficientemente amplia y satisface, por consiguiente, las "facultades propias de jurisdicción" que confiere a aquélla el art. 129, párr. 1º de la Constitución Nacional.

Erigida en efecto la Ciudad de Buenos Aires, por razones económicas, políticas, demográficas y culturales, en la más importante de las municipalidades argentinas, no va a la zaga de aquellas razones la importancia de las materias incluidas en el marco de dicha competencia.

A pesar del manifiesto exceso en que incurrieron los estatuyentes en la redacción del art. 106, acaso no haya sido aún suficientemente resaltada la favorable perspectiva que se abre a los habitantes de la Ciudad frente al funcionamiento, en sustitución de los deficientes y desacreditados tribunales municipales de faltas, evento ya ocurrido tal como lo prevé la decimosegunda, inc. 1º, subinc. b) disposición transitoria de la Constitución local, una justicia contravencional y de faltas jerarquizada por magistrados con incompatibilidad profesional y dotados de una amplia competencia en la materia, comprensiva incluso de la que en la actualidad corresponde parcialmente a la justicia en lo correccional (Cód. Proc. Penal, art. 27, inc. 3º), y a cuyo fin ya se han dictado, por la Legislatura, un Código Contravencional (ley 10) y las normas regulatorias del respectivo procedimiento (ley 12).

19. Tampoco ha sido encarecido, como corresponde, el desprendimiento que se operará entre la justicia municipal y la justicia civil en materia tributaria y contenciosoadministrativa, como tampoco el hecho de que tal fractura redundará en una mayor fluidez en el trámite de las ejecuciones fiscales y contribuirá, asimismo, a la formación de una magistratura especializada en aquellas materias (20).

(20) La legislatura local ya sancionó el Código Contencioso Administrativo y Tributario (ley 189) y organizó (ley 7) la justicia de ese fuero.

Y así como, por lo demás, la Corte Suprema ha reconocido, desde antiguo (21), la posibilidad de que el Congreso detraiga de la competencia federal el conocimiento de aquellos asuntos que, en virtud de su escasa importancia civil o penal, o por otros motivos, son ajenos a los propósitos que informan dicha competencia, resulta con mayor razón atendible el hecho de que la ley 24.588 haya otorgado al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento de los conflictos derivados de las relaciones de vecindad en cuanto ellos, si bien se hallan fundamentalmente sujetos a un sector del ordenamiento jurídico de fondo (22) (v.gr., arts. 2717 a 2745 del Cód. Civil), también lo están a numerosas normas municipales (particularmente edilicias) y resulta en consecuencia razonable excluirlos de la competencia de la justicia civil. Lo mismo ocurre con los tribunales vecinales cuya creación en cada comuna prevé la cláusula décimo segunda, inc. 5º del mencionado Estatuto para conocer en las llamadas "pequeñas causas" y las referentes a la "prevención en materia de violencia familiar y protección de personas", porque el correcto desempeño de tales tribunales, además de descomprimir el exceso de causas que debe atender la justicia ordinaria, contribuirá, mediante la aplicación de un procedimiento que garantice la inmediatez, la informalidad y la celeridad de los trámites, a alentar la confiabilidad del pueblo en la administración de justicia (23).

20. Si, por fin, aparte de tales perspectivas llega a funcionar adecuadamente el Consejo de la Magistratura que reglamentan, con particular esmero, los arts. 115 a 117 del Estatuto organizativo local, cabe sin duda augurar, a la nueva justicia porteña, un futuro promisorio y en coexistencia armónica con la actual justicia nacional. ♦

(21) *Fallos*, 99-383; 119-161; 152-344; 248-740 y muchos otros.

(22) Corresponde sin embargo puntualizar, como lo hizo COSSIO, que "un caso judicial siempre se resuelve por la totalidad del ordenamiento jurídico y no por una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie en que yace, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto" (*La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho*, ed. Arayú, p. 90). Lo que en cambio puede afirmarse es que un caso se halla *principalmente* regido por tal o cual norma civil, comercial, penal, etc. Por otra parte debe repararse en el hecho de que cuando al juez tributario, v.gr., le incumbe interpretar una norma en cuya virtud determinado impuesto grava, por ejemplo, "la venta de cosas muebles", debe necesariamente recurrir a las normas del Código Civil relativas, respectivamente, al contrato de compraventa y a la clasificación de las cosas.

(23) Un ejemplo de cuanto se dice en el texto fue, entre otros, la singular eficacia con la que se desarrollaron los juzgados de paz legos de la Provincia de Buenos Aires.

LISANDRO DE LA TORRE Y EL DERECHO

POR AUGUSTO MARIO MORELLO (*)

*La mejor política, la más fácil, la más eficaz
para conservar la Constitución,
es la política de la honradez y de la buena fe;
la política clara y simple de los hombres de bien.*

JUAN BAUTISTA ALBERDI,
(Obras Completas, edición de "La Tribuna Nacional",
1886-1887, t. 3, p. 538).

SUMARIO: I. La elección del tema. — II. El Régimen municipal. — III. El problema de la yerba mate. — IV. La cuestión de las carnes. — V. La libertad y las dictaduras. — VI. El marco del Derecho y el inteligente uso que de él hizo, de continuo, Lisandro de la Torre. — VII. Exhortación.

I. La elección del tema

Varias razones nos llevaron a elegir y a abordar el tratamiento de este tema.

En primer lugar, el que nuestra Academia siempre esté dispuesta a recordar a nuestros grandes hombres, difundir sus obras y rescatarlos de

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 27 de setiembre de 2001.

olvidos o pretermisiones que, injustamente, sustraerían de la tradición histórica la preservación de las contribuciones que aquéllos han legado a las generaciones posteriores.

No hace mucho dio un buen ejemplo al respecto el académico Jorge A. Vanossi, en una magnífica semblanza evocativa del doctor Vicente C. Gallo (1).

En segundo lugar, cabe destacar la ecuanimidad que nuestra Corporación exteriorizó al cumplimentar gustosa la invitación que le formulara la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, a fin de memorar la maciza personalidad de don Niceto Alcalá Zamora y Torres, el primer Presidente de la Segunda República española (2).

Y en tercer lugar, porque los grandes hombres, como las máximas expresiones de la poesía o de la música tienen la virtud de llegar a la mente y a los sentimientos de sus compatriotas, con las expresiones más cristalinas. Son como el refugio ante las tempestades de la vida, los dolores más punzantes, en la hosquedad de las circunstancias y la ausencia de vigías.

Ayudan a no equivocarse el camino, a ensimismarnos en el blindaje del señorío de la conducta, las sensibles modulaciones del espíritu o la transparencia de las aguas que no se contaminan con la maldad ni el egoísmo, y que al igual que el surtidor, empujan hacia arriba, buscando la verdad, la luz y la belleza.

A) Desde la mocedad así percibimos a la persona y el carácter de Lisandro de la Torre, simbólico y emblemático arquetipo de nuestra nacionalidad, al que procuraré expresar —de manera por cierto parcial a través de algu-

(1) VANOSSI, Jorge A., "Apuntes para una biografía del doctor Vicente C. Gallo", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, N° 36 (1998), ps. 169-192.

(2) MORELLO, Augusto M., ALCALÁ ZAMORA y TORRES, Niceto, "El primer Presidente de la Segunda República española", en *Anales* citado, n° 37 (1999), ps. 91-101. También desde el prisma del Derecho.

nos de sus gestos mayores y, seguramente, en forma muy tosca— desde la lectura que nos proporciona el Derecho, en sus relaciones con él y en las resonancias de otros momentos del ser nacional, cuyas palpitaciones y encrucijadas, sin embargo, no son medularmente diferentes a las que matizan nuestra apremiante realidad.

En Lisandro de la Torre los nacidos en nuestra geografía alcanzaron uno de los lugares más altos por su temple moral, por la presencia de un estilo cincelado en la verticalidad de su actuación y en la fortaleza e independencia del magisterio de hombre público, que no ha cesado de ser obligada referencia en los momentos de duda y desorientación vernácula.

B) En un emplazamiento cronológico y desde la ventana preferente del orbe jurídico, iremos exponiendo cuatro de sus temas mayores, ninguno de los cuales, por cierto, ha perdido palpitante modernidad y urticante interés. Son ellos: 1) el régimen municipal y su autonomía; 2) el comercio de la yerba mate; 3) la cuestión de las carnes, y 4) desde un plano más abarcativo y filosófico, el perfil totalitario del comunismo y del fascismo (3).

Son estaciones de su parábola vital que se instalan en los años de 1888, 1925, 1933 y 1936, respectivamente.

Todos ellos, entre muchos más, fueron expansiones de un profundo razonador, serio estudioso de los problemas nacionales, terrible polemista y escritor sólido y pulcro, que sabía transmitir sus vigorosos mensajes, los que llegaban al ciudadano, que comprendía la fuerza, alcance y proyección de sus posturas y conclusiones, aunque él mismo afirmara: "Nunca he sido conferencista, nunca he sido profesor, nunca he cultivado la palabra como un arte. Me he valido de ella como de un medio de acción en la vida pública".

(3) Las citas de las obras (tesis y discursos) del doctor Lisandro de la Torre corresponden a "Obras", Ed. Hemisferio, t. I a VI, desde 1954 e adelante; los discursos sobre el fascismo y el comunismo de los senadores doctores Mario Bravo, Lisandro de la Torre y Eduardo Laurencena (ps. 17 y sigtes.; 149 y sigtes.; 227 y sigtes., respectivamente, en la edición de la Federación Gráfica Bonaerense, 1937).

II. El régimen municipal

En 1888 Lisandro de la Torre se gradúa como abogado. Su tesis doctoral versa sobre “El régimen Municipal”. Anticipaba ya la línea de sentido de sus ideas sobre el particular, que más adelante concretaría en la provincia de Santa Fe con la “Liga del Sur”, acentuará con el dibujo de un modelo original en el proyecto de ley, siendo diputado, en el año 1912, y prolongaría en “Extensión del Poder Municipal”, estudio que le requiriera la Municipalidad rosarina, en 1926, con motivo de un conflicto de jurisdicción planteado por una empresa ferroviaria. Es innegable que algunos conceptos, las referencias a la legislación anglosajona de entonces y ciertas propuestas contenidas en su tesis escrita, son limitadas, no tienen andadura en estas horas y han caducado; no pocas de ellas, sin embargo, continúan siendo aprovechables, y junto a la idea fuerza que las aglutina —el reconocimiento de la autonomía y el repotenciamiento equilibrado y racional de su presencia y funciones institucionales— están a nuestra disposición. El propio de la Torre, con el correr de los años, las corrigió y adaptó.

Las reformas constitucionales en el orden nacional y de la Provincia de Buenos Aires en 1994, así como la organización política de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1996, al igual que los incipientes debates acerca de la eventual división de la Provincia mayor, la agrupación o regionalización interior de los partidos del Gran Buenos Aires, y la descentralización inteligente y superadora de servicios y actividades en la modernización territorial de Italia y, sobremanera, de Finlandia, ponen al rojo vivo la necesidad de pautar otra vez el federalismo interior, así como el alcance y los límites de autonomías plenas o semiplenas. Las exposiciones cercanas en nuestras Academias, de lúcidos estudiosos de esta cuestión —el siempre recordado doctor Marienhoff, y los colegas García Belsunce, Alberto Antonio Spota, entre otros— evidencian la trascendencia de tal aseveración.

En aquel entonces, Lisandro de la Torre, puso énfasis en destacar:

a) La importancia de las instituciones municipales: Es una célula que tiene necesariamente que articularse en el organismo general “sin

estorbar y sin ser estorbada en su libre acción, y en este punto va a sufrir las modificaciones que le traiga la circunstancia de estar el Estado organizado bajo un sistema de concentración o descentralización política y administrativa". Al respecto es preferible amoldar el Estado a sus exigencias eventuales (subrayado en el original) que acomodar los *principios (idem)* municipales al éxito de una concepción política de unidad y simplicidad general, lo que llevará a la adopción franca de la autonomía. Ello así, agregaba: "porque tenemos tanta fe en las energías individuales y en las fuerzas de los núcleos conscientes, como desconfianza en el automatismo de la administración, en la apatía de la oficina, en todos esos engranajes sin impulso que pueden formar parte de un sistema de arquitectura política, pero que ahogan a la libertad, con sus matices y variedades infinitas". Y se remitió al Reino Unido "cuyo vigor como nación es un reflejo del vigor de sus comunas". Las comunas florecientes, apuntaba: "han dado siempre a las naciones brillo y poderío".

b) Resulta de ese punto de partida, que "la comuna no produce sólo aquellos beneficios que inmediatamente se derivan de la realización de su objeto; institución natural y libre que *tiene influencia en todas las manifestaciones de la actividad política de una Nación* (énfasis agregado) y proporciona a los ciudadanos campo suficiente para ejercitarse en la práctica de la ciencia del gobierno, formando una atmósfera general de capacidad y orden que hace al pueblo más soberano y al gobierno más responsable". Y citando a Le Play, subrayaba: "los ciudadanos privados de iniciativa pierden toda la confianza en la gestión de sus negocios".

c) En el enclave normativo, nuestro estadista pondrá empeño en acotar: "La importancia que los constituyentes dieron al régimen municipal está escrita en la Carta Fundamental en forma clarísima. En sus primeros artículos, después de establecer el sistema federal, al garantizar a las provincias el goce y ejercicio de una Constitución republicana representativa, les deja amplia libertad para adoptar o no los principios que ella considera casi axiomáticos: el Ejecutivo único, la división de los poderes, el bicamarismo, pero exige, terminantemente, la administración de justicia, la instrucción primaria y el régimen municipal. Sanciona así la necesidad de esta institución cuyo elogio lo hacen la historia, la libertad y las legislaciones".

Luego de explicar y describir la naturaleza del régimen municipal (cap. II), se centra en el cap. III, en el punto medular, el de la necesidad y legitimidad de "la autonomía del Municipio" sobre lo que ofrenda múltiples argumentos de los que queremos rescatar éste: "el interés público consiste en regir los negocios locales no según los principios o las simpatías de la autoridad central, sino según los deseos más o menos inteligentes de los interesados".

d) Y en compañía del autor antes citado (Le Play), resaltaré que "aun en un pueblo donde los agentes del Estado tuvieran la ciencia infusa y donde los funcionarios locales evidenciaran la ineptitud de que se les acusa en Francia, este plan de conducta autonómica tendría siempre dos ventajas: haría cesar las quejas que se escuchan cuando a la gente se la priva de la dirección de su negocios y pondría fin a los odios que suscita la interdicción de este derecho. Ejercitaría a los ciudadanos en el gobierno local donde los errores de aprendizaje no comprometen ningún interés general".

e) Es interesante advertir cómo un siglo antes esa visión que parte y cobra luminosidad desde la óptica del ciudadano y no desde el poder, se repetirá en los años 70 del siglo que nos abandonó en la concepción del Acceso a la Justicia, el formidable movimiento de pensamiento y acción para el mejoramiento de la Jurisdicción, liderado desde Italia, por nuestro miembro correspondiente, el maestro Mauro Cappelletti, cuyo eje de referencia es el consumidor o justiciable y no el del que produce el tejido normativo: legislador, jueces, operadores jurídicos, doctrinarios, mostrando en el emplazamiento del Servicio y del Poder Judicial una rotación esencial cuya significación descansa en la nueva dimensión que adquiere quien tiene necesidad de ejercer los reclamos ante los órganos jurisdiccionales, o en la primera de las organizaciones administrativas: el Municipio.

III. El problema de la yerba mate

En defensa de la industria de la yerba mate, llamada a desaparecer por una mala política del Poder Ejecutivo y como lo repetirá años después en mira de proteger a la producción e industrialización del tomate [1932],

y a los elevadores cooperativos de granos (1933)], Lisandro de la Torre en su calidad de diputado nacional, en 1925, viajó a Misiones a fin de interiorizarse *in situ* de la realidad del problema básico de la economía de esa región. Visitó los grandes y pequeños establecimientos allí existentes, preguntó, hizo investigaciones, cubrió el examen desde todas sus implicancias y de regreso a la Capital interpeló a los ministros de Hacienda y de Agricultura, doctores Víctor M. Molina y Tomás A. Le Bretón, respectivamente, en las sesiones de la Cámara baja del 10 y el 17 de diciembre de ese año. En hojas escritas a lápiz estaba el esquema de los desarrollos de los puntos a tratar. Su discurso fue magnífico por su versación y perfecto análisis crítico de lo esencial de la cuestión y, además, por su factura literaria en la que describió la vida en Misiones con una sobriedad y colorido poco comunes.

Se cuenta que alguno de los productores, extrañado por la penetración de sus preguntas, manifestó: “este diputado sabe más y mejor que nosotros lo que nos pasa con la yerba”.

¿Cuál era el problema?:

a) Interesa rescatar estos aspectos: el Poder Ejecutivo sólo exceptuó un artículo de consumo —la yerba mate que se importaba de Brasil— de las disposiciones de la ley 11.281 (Adla, 1920-1940, 148) que elevaron uniformemente en un 25% todos los derechos específicos y en un 60% los aforos. Puntualizó de la Torre que al obrar de este modo el Poder Ejecutivo, por sí y ante sí y mediante un decreto, concedía una rebaja del 30% en los derechos de importación de las yerbas brasileñas, siendo indudable que ese Poder carecía de facultades para proceder de tal modo al no reunirse los requisitos del art. 76 de la ley de aduanas y la razón que para ello había dado en los fundamentos —que la industria harinera argentina había recibido grandes facilidades en Brasil— para la importación de sus productos y de que la industria yerbatera argentina resultaría beneficiaria con la rebaja porque ella determinaría la no aplicación de un adicional del 25% a la exportación de yerba, que rige en el país hermano, no tenía asidero.

Nuestro legislador demostró en lo que se refería a las facilidades para la exportación de harinas argentinas al Brasil, que era totalmente inexac-

ta; e igualmente lo era, según lo acreditaba el estudio realizado, la pretendida rebaja de derechos de exportación en el Brasil.

Pero, además, ahondó: "los mismos importadores de yerba mate que consiguieron la disminución de los derechos, obtuvieron el 10 de setiembre (de ese año de 1925), por otro decreto más leonino, que a pretexto de velar por la salud pública, la declaración de ser inapta para consumir las yerbas que contengan más de un 15% de palos, o las que teniendo menos, contengan palos de más de 4 mm de diámetro. Es decir, señores diputados, ha declarado ese decreto inaptas para el consumo la totalidad de las yerbas que se producen en el territorio de Misiones (también la totalidad de las yerbas que se producen en la República del Paraguay y la totalidad de las yerbas que importadas en forma de yerbas canchadas son elaboradas por los molinos argentinos de Buenos Aires y Rosario). Diré de paso, agregó, que el palo de la yerba mate es una substancia completamente inofensiva y que muchos consumidores buscan deliberadamente las marcas que lo contienen en mayor cantidad porque da más fuerza a la infusión". De más está decir que todos los plantadores, productores e importadores del país solicitaron la derogación de ese decreto.

b) El debate con los ministros fue por demás ilustrativo, los discursos del diputado, demoletores, constituyendo una espléndida y esclarecedora lección de derecho constitucional y tributario. En relación con el primero al poner en evidencia la demasía incurrida en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo en materia que como el art. 99, inc. 3º, según la reforma de 1994 en punto a la competencia estricta y residual de los decretos de necesidad y urgencia excluyen explícitamente a los que conciernen a lo tributario de manera que careciendo de facultades que son de atribución exclusiva del Poder Legislativo 'ha causado extraordinarios daños a un esforzado sector productivo' (4).

En relación con el tema impositivo en el espejo de la realidad social y económica de Misiones y el establecimiento de una condición jurídica imposible ("absurda e impracticable", precisó) en punto a las caracte-

(4) Obras, t. IV, p. 221.

rísticas físicas de la yerba, produjo una impecable demostración —que seguramente hubiera sido grato escuchar al doctor Horacio García Belsunce— de los mecanismos arancelarios, del porcentual de las tasas, de la naturaleza diferencial del impuesto que perseguía un propósito proteccionista a favor de la industria local según el propio antecedente del Congreso legislativo del Estado de Paraná. Quedó al desnudo que el sorpresivo decreto encarecería la elaboración de yerba (molida), alteraba las reglas del mercado, desalojando del nuestro a las yerbas paraguayas “preferidas por los consumidores argentinos”. Finalmente, agregaba, las consecuencias últimas de tan profunda distorsión obligaba a los yerbateros del Matto Grosso que elaboran su yerba en Buenos Aires y Rosario, a molerla en el Brasil. En una palabra, concluyó, “establecer el predominio de las yerbas molidas brasileñas y favorecer su exportación en esa forma”.

Era la interpretación más correcta del derecho que regía las circunstancias comprobadas de un candente y principal problema económico-social al materializar el doble fin a que tendió la interpretación: “a defender nuestro sistema constitucional para la fijación de los impuestos y a prevenir escándalos en el futuro, a la luz de la ilegalidad de un decreto por medio del cual el Poder Ejecutivo había modificado, por sí, la ley de aduanas, concediendo una rebaja del 30% a las yerbas brasileñas con exclusión, en ese momento, de las yerbas paraguayas, sin obtener compensaciones equivalentes” (5).

Importará señalar que en tanto sólo el Poder Legislativo por medio de una ley formal puede establecer impuestos, tasas y contribuciones, debiendo aquella contener los elementos esenciales del hecho imponible, una decisión administrativa será inconstitucional en tanto fije una tasa de indiscutido carácter tributario. El principio de reserva de ley consagrado en el art. 17 de la Ley Fundamental se ha mantenido incólume en la Reforma de 1994, sin que sea admisible una inteligencia que consagrara una solución opuesta (CNContenciosoadm. Fed., sala III, 13/2/2001, “S.A.M. Langenauer e Hijos C.I.F.I.”, ED, 20/7/2001).

(5) Obras, t. IV, p. 224.

IV. La cuestión de las carnes

Es éste, sin duda, el tema de mayor calado en que se involucró Lisandro de la Torre.

Dominó las políticas de los años 30 que se caracterizaron por servir y defender los intereses del imperialismo inglés, en conexión con los intereses de los terratenientes argentinos. Será la venalidad de no pocos y la necesidad de rescatar y defender el patrimonio nacional los que se polarizaron en la cuestión más álgida, como es sabido, porque fue precisamente arrogancia y manejo discrecional lo que aquí y en el mercado de Smithfield, hizo el Reino Unido con los ilícitos que se llevaron a cabo sin límites ni pudor.

a) En una escabrosa maniobra contable (que por desgracia no sería la última de los frigoríficos y proveedores de carne) en los vericuetos del Tratado Roca-Runciman nuestro país fue obligado por el Reino Unido a bajar el precio de la carne a cambio de proseguir sus compras, que quedaron engrilladas a los monopólicos intereses británicos. Las cláusulas vejatorias y ambiguas, y el despojo de las empresas extranjeras diseñaron un feudo en las formas y contenidos de sus embarques, exportaciones, cuotas en el mercado de destino, con doble contabilidad y libérrima mofa al régimen legal del Código de Comercio argentino y a las obligaciones impositivas vigentes en nuestro país. Ese "affaire" provocó el famoso debate en el que el fogoso Fiscal marcó por un lado que *"en las condiciones en que se llevaban las actividades de ese sector no podría decirse que la Argentina se haya convertido en un dominio británico, porque Inglaterra no se toma la libertad de imponer a los dominios británicos semejantes humillaciones"*, para luego proseguir "los dominios tienen cada uno su cuota y la administran ellos. La Argentina es la que no podrá administrar su cuota. Lo podrá hacer Australia; lo podrá hacer Canadá; lo podrá hacer hasta el África del Sur ... No sé si después de esto podemos seguir diciendo: ¡Al gran pueblo, salud!" (6).

(6) Cámara de Senadores, sesión del 18 de junio de 1933 y siguiente. Obras de Lisandro de la Torre, Hemisferio, 1958, t. II, ps. 110 y sigtes. (3ª ed.). Ver también MURRAY, Luis Alberto, "Contabilidad en latas", "Clarín", 2/9/84, p. 11; BULLRICH, Francisco, "El Tratado Roca-Runciman", Diario "La Nación", 5/11/84, p. 9.

Por el otro lado, gestionó la más abrumadora prueba de las resistencias de tales frigoríficos a la Comisión Investigadora del Senado a que se esclarecieran sus maniobras.

Los abusos en la clasificación de las carnes para aumentar sus beneficios son por demás conocidos (7).

a) La exhaustiva información que su personal y porfiado empeño le había permitido adquirir sobre sus luces y sombras, se aunó a la severa disciplina y adecuada metodología de la interpelación y a un raro talento dialéctico que contra todas las dificultades coronó una obra inigualable a partir de su directo apoyo en el Derecho del que se nutrió básicamente porque —son sus palabras— “basta la Inspección de Justicia y el Código de Comercio para que las compañías frigoríficas tengan la contabilidad que deben tener” y subrayó que para que la ley 11.747 (Adla, 1920-1940, 489), que organizó la Corporación de Productores de Carnes no fracasara y diera los resultados que de ella se esperaba, sólo era menester que no se la aplicase mal y no se impidiera su acción y eficacia sólo por insuficiencia de un control enérgico y efectivo.

b) En esa grave defección de nuestras instituciones de la Torre produjo una convincente lección de derecho mercantil. “El Código de Comercio (sesión del 18/6/33) explicitó, dispone que los comerciantes lleven libros y asienten en ellos ‘día por día según el orden en que se vayan efectuando, todas las operaciones’. Esta disposición es suficiente para comprender que si, mediante imposible subterfugio, un comerciante disimula las operaciones, al extremo de que sea imposible descubrir las condiciones en que se han realizado, se coloca fuera de las prescripciones del Código, aunque lleve los libros indispensables que enumera el art. 44”.

“Es permitido eliminar del Diario, operaciones de Caja, llevándolas en un libro especial, pero, cuando eso ocurre, agregó, el libro de Caja pasa a formar parte integrante del Diario y no puede ser destruido, como lo dispone el art. 46”.

(7) Los informes de esa Comisión lo firmaron, por la mayoría, los senadores Serrey y Landaburu y, por la minoría, el doctor de la Torre.

Por extensión, prosiguió, “sería también lícito la anotación en el Diario de partidas globales cuyos detalles se consignan especiales, pero ese sistema no puede implementarse sin que los libros especiales que contengan los detalles entren a formar parte integrante, como el de Caja, del Diario y no sean destruidos. El examen de los libros de los frigoríficos investigados, concluía, permite formar un juicio claro de los ardides de su contabilidad” (8).

Lo expuesto es suficiente y extenderme importaría exorbitar los fines de este trabajo que busca mostrar la gravitación que el Derecho tuvo en las actuaciones más trascendentes que cupo al vehemente y patriótico parlamentario.

V. La libertad y las dictaduras

Finalmente, en el registro filosófico de las ideas que signaron el siglo que nos abandonó —entre la libertad y el miedo, para valernos del título de uno de los libros de Natalio Botana— enfiló contra las dictaduras de todo color, que al cabo son igualmente devastadoras para la condición humana y que, en ese tiempo, tuvo peligrosas discriminaciones, lo que ocurrió cuando el Congreso Nacional abordó el tratamiento de la ley de represión del comunismo. En ese debate puso de manifiesto los auspicios de quienes ejercen el poder —“talismán milagroso para las mayorías gubernamentales”— para desviar o acentuar las posiciones ideológicas y la necesidad de tonificar el espíritu democrático argentino para lo cual siempre debemos estar atentos y vigilantes a fin de que no florezcan “tristes proyectos de persecución al pensamiento”. En esa histórica exposición, en la luminosidad de nuestra sabia Ley Fundamental, afirmó: “Como no he tenido nunca ambiciones de mando, jamás he sacrificado mis principios evolucionistas a nada y a nadie y aun cuando mis ideas demócratas progresistas tiendan, evidentemente, a la izquierda, he rechazado la violencia para cambiar sistemas de gobierno; y, sobre todo, me repugnan las dictaduras, vengán de donde vengán, porque me hacen el efecto de un ultraje”. Y en esos encapotados

(8) Obras, t. II, ps. 125 y 126.

días de 1936, en las vísperas de la Guerra Civil Española y de la hoguera europea que le siguiera en las pinzas del fascismo y del comunismo, el Senador estampó su reto: "Los Estados Unidos acaban de mostrarle al Senado argentino, si sabe interpretar los hechos, que la democracia no está vencida. Y es bien doloroso para nosotros que se exhiban por contraste la alta civilización de la parte septentrional del continente y el descenso constante de nuestras instituciones".

Puestos los ojos en la Constitución, terminaba su brioso juicio crítico, el 22 de diciembre de 1936, contra las diferentes reacciones a la Democracia, "menospreciada por la clase gobernante", suscribiendo su parecer en estos términos: "voy a dar mi voto en contra de un despacho que deslustra la tradición de libertad que nos legaron los grandes presidentes argentinos".

VI. El marco del derecho y el inteligente uso que de él hizo, de continuo, Lisandro de la Torre

A. a) En la determinante compañía del Derecho, Lisandro de la Torre, en las cuatro referencias escogidas, fue un esclarecido y enérgico operador jurídico. Puso énfasis en una moderna concepción autonomista del municipio que está por delante, y de plasmarse en la próxima reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires, que dejó pendiente esa asignatura en 1994, hará benéfico aprovechamiento de sus ideas adaptadas al horizonte de la nueva centuria.

b) Mostró, asimismo, en una magistral lectura del sistema constitucional y del principio de separación de poderes, que los decretos reglamentarios que dicta el Poder Ejecutivo deben respetar los límites de su competencia y no desvirtuar lo que la Ley Fundamental veda de manera tan fundada y categórica —que no meta mano en materia tributaria (art. 99, inc. 3°)— para por sí y ante sí alterar la voluntad de la ley.

Además, asegurando que en la transparencia de las disposiciones y sus finalidades los principios de igualdad y de equidad, resguarde los intereses legítimos a tutelar sin consagrar odiosas discriminaciones en perjuicio de los productores argentinos.

c) En tercer término el arsenal del Derecho provee de suficientes instrumentos adecuados para impedir que en los años treinta un imperio (y en la era de la globalización el mercado) omita la presencia y orientación necesarios de las guías jurídicas sin las cuales las distorsiones y los abusos asfixian el crecimiento y el derecho de los países a ser soberanos y realizar con libertad y dignidad su destino.

d) En su tiempo no se contaba con las doctrinas "Siri" y "Kot" para el amparo del pensamiento; tampoco con las técnicas jurídicas de tutela aun preventivas como las del habeas data con el nuevo voltaje en el contenido y efectividad, plasmadas en la Reforma de 1994 al privilegiar a las garantías jurisdiccionales en los arts. 36 a 43 y brindar tutela a las expresiones de las ideas, interdictando la censura, según lo proclama la libertad de prensa, aspectos que tan criteriosamente nos ha ilustrado días atrás el académico Santos Cifuentes.

B. Sin embargo, muy claro era para Lisandro de la Torre que la persona —centro solar para el Derecho— no cobraría tan trascendental relieve si no pudiera vivenciar sus ideas e ideologías, con los límites que impone la propia dimensión social de las personas al coexistir y, además, los límites que el respeto y la consideración de lo que los otros sustentan.

Esa comprensión contemporánea del Derecho que al repensar la institucionalidad jurídica se lo ve, como explica Carlos Fernández Sessarego, "bajo el prisma de la libertad y no sólo desde el de la racionalidad de manera que reconocer el goce pleno del pensamiento, dentro de esos parámetros de contención, recorta el perfil del Derecho como una exigencia existencial" (Apuntes sobre el daño a la persona, en la obra "La persona humana", dirigida por el doctor Guillermo A. Borda, La Ley, 2001, ps. 328-331, N° 3.9).

Tampoco tengo dudas en que, por caso, el azaroso proceso privatizador llevado a cabo en la década de los noventa de la centuria que se apagó, hubiera sido severamente juzgado por Lisandro de la Torre; y que su irreductible posición hubiera orientado, como factor de equilibrio, lo que faltó para que las políticas que cambiaron su titularidad respondieran a un proceso en el que resplandeciera la idea fuerza

de la preservación o conservación de ese sensible patrimonio de los argentinos. También, para que durante los desarrollos de tales 'privatizaciones', y, con posterioridad, cobrara paradigmática relevancia operativa lo que edicta el art. 42 de la Constitución Nacional: "la legislación establecerá procedimientos eficaces de prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos, de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Sobremanaera, para la defensa de los derechos de los usuarios, actuando permanentemente, de manera firme, enérgica, tenaz "contra toda forma de distorsión de los mercados; afirmando el control de los monopolios naturales y legales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos".

¡Cuán sonoras hubieran sido sus clarinadas sin compromisos o intereses que perturban la independencia de criterio en miras de que todo tuviera otra transparencia!; ¡cuántas cerraduras hubiera abierto!

Y ¡qué bien habría acuñado el papel convergente de los conceptos que tienen protagonismo en materia de servicios públicos: el legislador que debe proporcionar los marcos regulatorios adecuados para asegurar la generalidad y regularidad de su prestación y la razonabilidad de las tarifas; el administrador sea al prestar directamente el servicio o delegarlo en el privado sin desatenderse del resultado, el que sigue siendo él el responsable final y puede incurrir en culpa *in eligendo* o *in vigilando*; y el juez, que ha de entender que la razón de ser del servicio y su destinatario es el usuario! (9).

No se disponía para al gestión de los intereses públicos de una red jurídica de prevención y control ni estaba claro al respecto el rol del Estado y sus deberes irrenunciables y el de los particulares. Lo que igualmente dista de estarlo en los inicios del tercer milenio en su

(9) Confrontar NALLAR, Daniel M., "Entes reguladores...¿misión cumplida?", ED, 20/7/2001 [Administrativo].

operatividad en concreto a la vista de lo ocurrido con la suerte de nuestras mejores empresas y pese a lo que predica la teoría del Derecho Administrativo en torno del poder de policía de los servicios públicos, y las carencias y penurias de los usuarios, agravadas todavía en zonas no rentables donde se requieren inversiones que no se recuperan y tarifas subsidiadas lo que obliga al uso de las garantías mas efectivas (10).

Sabía de la Torre que no hay recetas mágicas ni alquimias políticas y que el mejor motor de las reformas es la integridad de la conducta y la esforzada lealtad a las convicciones, y aprendió en la cantera de Alberdi que "la libertad es un metal precioso que tiene su criadero, como el oro, en las entrañas del tiempo" (Obras Completas, t. 5, p. 185).

El avaro esbozo precedente resalta la manera con que de la Torre ajustó su vida a los parámetros del Derecho y los dictados de la Etica y si no fuera extremadamente angostante, el símil se espejaría en los ecos pretorianos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de dos arbotantes, que señalaron su ruta pública y privada. El primero, que se cuadró, con valentía y espesor razonador, ante todos y cada uno de esos supuestos que se despeñan en efectiva privación de justicia (11), es decir que carecen de adecuada fundamentación. Ante ellos como el Quijote y Sarmiento levantó sus verdades para impedir lo que destruye, o desvía de sus fines.

El segundo, sostenido por sus conocimientos y ordenación de los valores y preferencias a favor de la República y el interés general, medularmente, en la tutela de su patrimonio físico y moral, siempre optó por el criterio de interpretación y aplicación de las concepciones, doctrinas, principios, estándares que, por sus efectos, resguardaban los

(10) Remitimos a "Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales", Ed. Platense, Abeledo-Perrot, 1998 y con VALLEFIN, Carlos A., "El amparo. Régimen procesal", 4ª ed., Ed. Platense, 1999, con la bibliografía en ellos mencionados.

(11) Remitimos a "Efectiva privación de justicia. Intento de ampliar su campo de acción", ED, 190-602.

intereses superiores y buscaban lo mejor para la Nación. O expresado con la doctrina de nuestro Tribunal cimero: una hermenéutica abastecida, con realismo y profundidad, y además de los cánones de la política, la instrucción, la cultura, axialmente por la vastedad del Derecho, armonizando las normas y las explicaciones a fin de darles un sentido que lejos de ponerlas en pugna, las conciliara a todas en un inteligente ensamble que nunca prescindió de las consecuencias que derivaban de cada criterio, los desplegaba para su concreta y útil proyección con lo cual dio presencia a uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y la coherencia con el sistema en el que estaban engarzadas las normas en consideración (12).

La Historia confirmó el acierto de ese proceder y método de encarar los problemas y darles solución con lo cual impidió que se frustraran los objetivos políticos, instrumentales y jurídicos que, una y otra vez, lo convocaron (13).

VII. Exhortación

La influencia de Lisandro de la Torre ha sido decisiva y perdurable. A muchos nos marcó para siempre y aunque él confesara que “yo no llegaré pero sí lo hará la juventud si persevera y estudia”, por fortuna su vida, su carácter y su conducta, perdurarán en la de muchas trayectorias.

Acaso en estas horas todavía más, al ser tan necesarias y porque como nuestro recordado académico Mario Justo López, lo afirmara de José Ortega y Gasset, “la mayoría de sus ideas y su pedagogía cívica son un triunfo póstumo; el triunfo de la sensatez, de la responsabilidad, de la verdad y de la ética, de la decencia sobre la suciedad” (14).

(12) CS, Fallos, 307:1018; causa “Sigra SRL”, 25/9/97, consid. 6º, DJ, 1998-2-812, entre otros.

(13) Del profesor de Derecho Administrativo, doctor Carlos Alfredo Botassi, a quien agradezco su generosa colaboración en estos aspectos concernientes a la materia de su especialidad.

(14) LOPEZ, Mario J., “La información cívica a través de Ortega y Gasset”, en AA.VV., con nuestra coordinación, p. 109, Fundación JUS, La Plata, 1983.

Queremos decir que de la Torre ha sido también protagonista de nuestra propia vida (15).

Tres personalidades a lo largo de los años del siglo XX, advierte Abel Posse, decidieron evadirse, considerándose en solitario extraños en su inhóspito país —Leopoldo Lugones, Lisandro de la Torre y René G. Favaloro—, que no pudieron continuar batallando por lo que era el *ethos* de sus existencias, aunque no justifiquemos del primero su apatía por “la hora de la espada”.

Alguna vez no dejó de advertir también Borges que hubo intelectuales y políticos hacia los cuales el tiempo no se ha mostrado generoso, porque los hizo nacer en épocas que no eran las suyas, y, en este orden de reflexiones, Tabucchi acota que uno de los más grandes escritores italianos de la centuria anterior, Carlos Emilio Gadda, llegó a experimentar tal desasosiego en la relación de él con el contexto que lo rodeó que la transformó en un desacuerdo, llegando a sentirse aun extranjero de sí mismo; que viven y sufren esa situación a la que ha denominado conciencia infeliz. Acaso en su circunstancia no le faltaron a de la Torre razones para ello desde los planos políticos y ético (ver Antonio Tabucchi, “El hilo del desasosiego”, *El País* [Bebelia], Madrid, 2 de junio de 2001, ps. 2 y 3) (16).

En lo personal —y concluyo—, un duende danza en las entretelas de mi alma desde el día en que esta acogedora y entrañable Academia nos amadrigó en su seno, y nos hace soñar que, alguna vez, el patrono de un nuevo sitio llevará el nombre del eminente e incorruptible tribuno de Rosario. Muchas gracias.

(15) ABELLAN, José Luis, “Ortega y Gasset y los orígenes de la transición (española 1975-1980) democrática”, pp. 14-15 Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2000.

(16) La desazón por mucho de lo que después vino lo hubiere embargado, mostrándole acaso cuán difícil es, entre nosotros, construir un sugerente proyecto de país. Confrontar: FLORIA, Carlos A., “Militarización y violencia”, capítulo en separata de su trabajo (julio de 2001) para la Historia de la Academia Nacional, p. 50.

PRIMERAS APROXIMACIONES AL TEMA INSOLVENCIA Y REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

POR AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

*Las dificultades financieras son frecuentemente la
causa o la consecuencia de la ruptura del matrimonio*
(Tim Costley White)

*El legislador debe regular con justicia el conflicto
entre el síndico, preocupado por asegurar al máximo
la prenda común de los acreedores, y el cónyuge del fallido,
que trata de salvar del naufragio todo lo que puede*
(Alain Delière) (1)

SUMARIO: I. Preliminares. — II. Actitud del legislador concursal frente a los problemas jurídicos derivados del Derecho de Familia. — III. El concurso o la quiebra y las causales de disolución de la llamada sociedad conyugal. — IV. Situaciones en que el régimen de bienes puede encontrarse al momento de la declaración de la quiebra o concurso. — V. Concurso de la “sociedad conyugal”. El concurso de ambos cónyuges. El cónyuge “colaborador”. — VI. Bibliografía.

I. Preliminares.

1. La cotidiana realidad.

Los estados de insolvencia de pequeños empresarios suelen provocar verdaderos desastres familiares. A esa situación se puede llegar por muy

(*) Comunicación efectuada por la Académica, en la sesión privada del 8 de noviembre de 2001.

(1) DELIEGE, Alain, “Le conjoint du faillite après la réforme de 1997”, Rev. de Droit Familial, 1998-2-167.

diversas causas. Espantan los datos que recibimos de los países del primer mundo: En EEUU se calcula que más de medio millón de familias de clase media se presentan a los tribunales cada año en busca de una solución a su crisis económica, y la causa más invocada es que uno de los integrantes de la familia sufrió una enfermedad o un accidente; al parecer, miles de familias de clase media son desbastadas cada año por la insuficiencia de los seguros de salud; por esta razón, se proponen modificaciones a los procesos de pequeñas causas que permitan atender eficientemente esta problemática (2). En Francia, el aumento de los pequeños concursos es también alarmante; los sujetos necesitados de este tipo de procedimientos son los llamados "accidentados de la vida", aquellos que no pueden ni siquiera enfrentar los gastos corrientes, pagar al locador, las facturas del agua, el gas, la electricidad, el teléfono; se llega a esa situación por la desocupación, las enfermedades, etc., y muchos matrimonios concluyen en divorcios o separaciones de hecho; todos estos acontecimientos transforman personas modestas en "miserables personae", por lo que el tratamiento de estas cuestiones desde lo jurídico integral llamada "lucha contra las exclusiones sociales" (3).

La pauperización de la clase media argentina de los últimos quince años muestra en nuestro país un fenómeno semejante y agravado, aunque las autoridades públicas recién comenzaran a reconocerlo a fines del año 2001.

Me he ocupado con anterioridad de la situación de la vivienda familiar frente a la quiebra del deudor, uno de los temas claves de la situación reseñada (4). Sin perjuicio de la promesa de volver sobre el tema especí-

(2) JACOBY, Melissa y otros, "Rethinking the debates over health care financing: evidence from the bankruptcy courts", p. 375/418, en *New York University Law Review*, vol 76 n° 2, May 2001.

(3) Compulsar, entre muchos, SINAY-CYTERMANN, Anne, "La réforme du surendettement. Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions", p. 1-106 en *La Semaine Juridique* 1999. La autora dice: "Il y a actuellement une véritable explosion du surendettement".

(4) Protección jurídica de la vivienda familia, N° 19, ps. 135/155, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995. En esa obra cito artículos anteriores que escribí individualmente y en colaboración con Carlos Parellada y Graciela Medina. También incorporé algunas sentencias dictadas como integrante de la sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. De igual modo, ruego al lector tener en consideración toda la bibliografía nacional y extranjera allí citada.

fico de la vivienda en un trabajo ulterior (5), en éste me aproximaré a un problema más general, cual es cómo responden los bienes de ambos cónyuges frente a la quiebra de uno de ellos.

2. Nociones elementales del pasivo del régimen patrimonial matrimonial

Los reiterados errores cometidos por abogados y síndicos cuando peticionan judicialmente o dan consejos extrajudiciales me obligan a reseñar, muy sintéticamente por cierto, los principales rasgos del régimen de bienes en el matrimonio en el derecho argentino.

a) La República Argentina conserva un sistema patrimonial-matrimonial legal, forzoso, único, inmutable, que encuadra en el régimen de comunidad de gananciales.

b) Se trata de un régimen que no hace nacer una nueva persona jurídica. Es decir, la denominada "sociedad conyugal" no configura una persona jurídica distinta a la de cada uno de los cónyuges.

c) La administración de esos bienes es separada; cada uno de los cónyuges administra libremente los bienes que adquiere (cualquiera sea la calificación, es decir, sean propios o gananciales) y para determinar quién adquiere, basta remitirse al título (art. 1276 del Cód. Civil). No

(5) Volver sobre el tema es necesario pues ha aparecido una interesante nota a fallo de Gustavo Esparza en la que critica la posición que asumí en mi obra *Protección jurídica de la vivienda familiar respecto a la constitución del bien de familia durante el período de sospecha* (Ver ESPARZA, Gustavo, "Sobre ineficacia concursal y el bien de familia. Algunas notas a fallo para su estudio", ED 190-155). El autor afirma que la constitución del bien de familia no es un acto revocable, por tratarse de un acto administrativo, que no ingresa en ninguna de las categorías mencionadas en los arts. 118 y 119). Por lo pronto, recuerdo que la Casación italiana resolvió el 20/6/2000, en sentencia n° 8379, que la constitución del fondo patrimonial no integra ningún deber jurídico, y no siendo obligatorio por ley, configura un acto a título gratuito, al no encontrar contrapartida en una atribución en favor del constituyente; por tanto, en caso de quiebra, es revocable a los términos del art. 64 de la ley de quiebras. La decisión, sin embargo, no las tiene todas consigo, y ha merecido algunas críticas de la doctrina. Ver resumen de la decisión en "Il Diritto fallimentare e delle società commerciali", n° 4, p. 913, S.P., annata LXXVI, Luglio-Agosto 2001, con nota de MACERONI, Marco, "Il diritto di famiglia e le procedure concorsuali: difficile coesistenza di due ambiti comunicanti".

obstante, hay un control del otro cónyuge para los actos de mayor significación económica (art. 1277 del Cód. Civil).

Si se trata de bienes de origen dudoso (en el sentido que no se puede determinar quién los adquirió), la administración corresponde al marido (art. 1276 del CC). Sin embargo, una visión constitucionalizada del derecho de familia lleva a entender que esta norma ha sido derogada por la incorporación a la Constitución Nacional de la Convención de no discriminación contra la mujer. Consecuentemente, los bienes de origen dudoso deben ser considerados de administración conjunta de ambos cónyuges.

d) Los bienes se distribuyen sólo después que haya operado la disolución de la comunidad conyugal por alguna causa legal (art. 1315 del CC). Es en ese momento cuando el derecho "a la ganancialidad" se convierte en un derecho "sobre los bienes gananciales".

e) La determinación de cómo responden los bienes gananciales frente a las deudas contraídas por los cónyuges, es decir, el tema del pasivo, exige distinguir dos situaciones (6):

- Cuestión de la contribución, también llamada del pasivo definitivo, regida por el art. 1275 del Código Civil.

Del mismo modo que existen bienes que serán partidos al momento de la disolución, existen deudas comunes, que pesarán sobre ambos cónyuges. La cuestión de la contribución, entonces, hace a la determinación de si, en definitiva, la obligación asumida por uno de los cónyuges debe pesar sobre la masa ganancial, o sobre los bienes propios, o la porción de gananciales que corresponde en la partición al cónyuge deudor; en otros términos, si las deudas contraídas son, al momento de la disolución de la sociedad conyugal, deudas comunes o deudas personales. La pregunta que debe responder el operador del derecho es: ¿qué

(6) He tratado esta cuestión en mi voto como integrante de la sala I de la Suprema Corte de Mendoza, en sentencia del 10/11/1992, GAVIOLA, Alberto, Suc., publicado en LA LEY, 1993-C, 245; JA, 1993-IV-465; DJ, 1993-2-186; RDCO, 1993-B-337. Dada la amplia publicidad de la sentencia, me remito a toda la doctrina y jurisprudencia allí citada.

bienes deben resultar definitivamente afectados para el pago de la deuda?: El interrogante se plantea en la etapa de la liquidación, con la finalidad de asegurar a cada esposo la exacta participación por mitades en los bienes gananciales. Es, como se advierte, una cuestión entre cónyuges o entre un cónyuge y los herederos del otro.

- Cuestión de la obligación, también llamada del pasivo provisorio, regida por los arts. 5 y 6 de la ley 11.357 (Adla, 1920-1940, 199).

La cuestión de la obligación responde a la pregunta: ¿Qué bienes puede perseguir el acreedor para el cobro de su crédito? El interrogante se plantea vigente la sociedad conyugal, y después de disuelta pero no operada aún la partición (es decir, en la etapa de indivisión poscomunitaria).

La regla general es la de pasivos separados; o sea, cada uno de los cónyuges responde exclusivamente con sus bienes propios y gananciales de su titularidad por las deudas contraídas por él durante la comunidad; los bienes adquiridos por el cónyuge que no contrajo la deuda, sean propios o gananciales, no responden por las deudas contraídas por el otro y, consecuentemente, no pueden ser agredidos por los acreedores del deudor.

El elemento que dirime la cuestión es, entonces, la adquisición y no la calificación del bien como propio o ganancial. En este sentido, se ha resuelto correctamente que “el carácter ganancial de los bienes sólo tiene virtualidad en las relaciones entre los cónyuges, pero resulta irrelevante para los terceros acreedores, cuya prenda común se haya conformada por el patrimonio de su deudor, sin distinción entre bienes propios y gananciales” (7).

La excepción a esta regla está regulada por el art. 6 de la ley 11.357. Un cónyuge responde, sólo con los frutos de sus bienes propios y gananciales por las obligaciones contraídas por el otro, si se trata de deudas

(7) Cám. Nac. de Com., sala C, 24/4/1984, Minossi de Portnoy en Gatto c. Portnoy, LA LEY, 1984-C, 371 con nota de GUASTAVINO, Elías, “Efectos del carácter de los bienes y obligaciones de los esposos con relación a ellos y a los terceros durante la sociedad conyugal”.

contraídas para atender las necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de los bienes comunes.

f) La ganancialidad no se identifica con el condominio sobre todos los bienes, pero tolera la existencia de un condominio entre cónyuges sobre cosas individualmente consideradas, sean éstas propias (art. 1264) o gananciales, si ambos cónyuges adquieren conjuntamente. En este caso:

- Cada cuota alícuota responde al acreedor del cónyuge deudor (art. 2677) y no al acreedor del cónyuge no deudor.

- El condominio puede dividirse y los bienes que entren en sustitución conservan el carácter de la cosa que estaba en condominio. Por eso, la partición del condominio sobre una cosa ganancial no configura disolución parcial anticipada de la sociedad conyugal.

3. Acciones deducibles cuando el bien está inscripto a nombre de un cónyuge que no es el titular de los fondos con los que el bien se adquirió.

a) Acciones disponibles.

¿Qué remedios tiene un acreedor que afirma que el bien que figura a nombre del cónyuge ha sido adquirido con fondos provenientes de la administración de su deudor?

El abanico de acciones posibles es el siguiente:

acción pauliana y acción revocatoria concursal

acción de simulación

acción de interposición de personas

- Importancia de la correcta individualización de la acción deducida.

Elegir una u otra vía no es cuestión carente de importancia práctica.

Así por ej., si el acreedor interpone la acción pauliana, aunque acredite que la transferencia patrimonial ha sido a título gratuito, debe probar que su crédito es anterior a esa transferencia (requisito no necesario en la acción de simulación). Si hay causa económica para esa transferencia patrimonial (por ej., con anterioridad hubo un desplazamiento de valores de la masa de administración del beneficiado del acto atacado a la masa de administración del cónyuge deudor) ¿será necesario que pruebe que el cónyuge beneficiado conocía el estado de cesación de pagos, o ese conocimiento debe presumirse por los vínculos personales que unen a ambos cónyuges?

Aunque el conocimiento se presume, es imprescindible tener en claro qué acción se está deduciendo. Efectivamente, se ha resuelto acertadamente que “si los bienes cuya transferencia se cuestiona se hallaban inscritos a nombre de la cónyuge del fallido y el síndico no acreditó que los mismos hubiesen sido sustraídos fraudulentamente de la acción de los acreedores de aquél, cabe rechazar la acción revocatoria concursal promovida, pues faltan los extremos que constituyen los presupuestos de la misma, siendo abstracto, a tales fines, analizar si dicha venta fue o no simulada, dado que los bienes estaban excluidos del desapoderamiento” (8). En el caso, se trataba de un inmueble y un automotor, bienes gananciales de titularidad de la cónyuge del fallido, que habían sido transmitidos a un tercero. El juez de primera instancia rechazó la acción revocatoria deducida contra la venta realizada por la cónyuge *in bonis* al tercero; juzgó que aún considerando que fuese necesario el consentimiento del fallido o la autorización del juez para proceder a la venta, los bienes no ingresarían al patrimonio del fallido. El síndico sostenía que la venta del cónyuge *in bonis* a un tercero había sido realizada en el período de sospecha, y que el adquirente tenía conocimiento de la cesación de pagos del fallido; también adujo que ese acto era simulado porque el precio pagado por el tercero era un tercio inferior al valor del mercado. Para confirmar el criterio del juez de primera instancia, el tribunal de apelaciones recordó el plenario de la Cámara Nacional de Comercio “Banco de la Provincia de Bs. As. c. Sztabinski” del 19/8/1975 (9) según el cual los acreedores están

(8) Cám. Nac. de Com., sala A, 29/2/1996, Pirillo, José s/ Quiebra c. Valladares, Hugo y otros en ED, 171-423.

(9) ED, 63-496, LA LEY, 1975-D, 70 y JA, 1982-III-609.

facultados para agredir el bien administrado por el cónyuge sólo probando que ha sido ilegítimamente sustraído de la responsabilidad que le es debida. Si la ex cónyuge del fallido aparecía al momento de efectuar las transferencias como única titular del dominio y administradora exclusiva de los bienes, no es posible fundar la acción revocatoria en la ganancialidad de los mismos, pues los arts. 1276 del C.C. y 5 y 6 de la 11.357, rectamente aplicados, obstan al progreso de la pretensión. El síndico equivocó el rumbo legal; sostuvo que demostrada la simulación de la venta del cónyuge al tercero promovería la acción tendiente a recuperar los bienes para la masa, pero el camino debió ser el inverso: demostrado que los bienes fueron ilegítimamente sustraídos a la masa del deudor, porque los fondos con los que se adquirieron no eran de administración del cónyuge, recién nacería la legitimación de ésta, representada por el síndico, para indagar la venta.

- *Un precedente italiano.*

La solución del caso antes reseñado es adecuada el régimen argentino, pero en lo relativo a los efectos de la falta de asentimiento del cónyuge fallido respecto del acto celebrado por la cónyuge *in bonis*, no coincide con la proporcionada por la Casación civil italiana. Este prestigioso tribunal resolvió el 24/11/2000, en sentencia n° 15.177, que en el régimen de comunión legal entre cónyuges, los actos de disposición de bienes inmuebles realizados por uno solo de los cónyuges, sin el necesario consentimiento del otro están sometidos a la acción revocatoria.

Razonó del siguiente modo: el cónyuge que no prestó el consentimiento, ni dedujo la acción de anulabilidad a los términos del art. 184 del Código Civil italiano asume, a través de la implícita convalidación, la posición de un contrayente oculto. Acaecida la quiebra del cónyuge que no participó en el acto, es admisible la acción revocatoria concursal a través de la declaratoria de ineficacia del acto con relación a la cuota del inmueble que pertenece al fallido. El tribunal meritó que la cónyuge *in bonis* había vendido un inmueble que no era de su exclusiva propiedad, pues se había comprado bajo el régimen de comunidad de bienes antes que se hubiese convenido el régimen de separación con el marido (10).

(10) Adviértase que el argumento usado por el juez italiano (no era de su exclusiva propiedad) no es válido para el derecho argentino, pues la restricción del art. 1277 del CC argentino no importa co-disposición, sino simple asentimiento al acto celebrado exclusivamente por el titular.

El juez de primera instancia había rechazado la demanda, pero la sentencia fue reformada por la Corte de Apelación de Leche, que declaró ineficaz, respecto de la masa, la compraventa en cuestión, pero sólo en lo relativo a la cuota de propiedad del fallido. Esta solución fue avalada por la Casación. Se tuvo en cuenta que la venta había sido por un precio muy inferior al que el propio quebrado declaró cuando petitionó un préstamo a una entidad bancaria. El hecho de ser cónyuges, dijo el tribunal de alzada, hace presumir que la esposa conocía el estado de cesación de pagos del marido.

El tribunal de Casación italiano se pregunta —como lo haría cualquier operador en el derecho argentino— si es posible declarar la revocatoria concursal de un acto en el que el fallido no ha intervenido. Responde que se trata de un supuesto que no tiene precedentes, y que debe ser resuelto en función de la naturaleza jurídica y los efectos del acto realizado. Argumenta que según el 2° párrafo del art. 180 del Cód. Civil italiano los actos de administración extraordinaria (como es la compraventa) deben celebrarse por ambos cónyuges y que la falta de consentimiento torna al acto anulable a pedido del que no participó, si acciona dentro del año que tuvo conocimiento del acto. Recuerda que la Corte Constitucional, en decisión n° 311 del 10/3/1988, resolvió que el régimen de la comunión legal es una estructura normativa difícilmente normada por el condominio ordinario; no hay cuotas, sino una comunidad sobre el todo, y las cuotas están sólo para saber hasta dónde se responde a los acreedores. En estas condiciones, la venta hecha por el cónyuge *in bonis* sobre el todo ha comprendido también los derechos del otro cónyuge, por lo que resulta inoponible a su masa. Ese cónyuge que no participó en el acto, ni invocó la nulidad es un contratante oculto y, por ende la acción revocatoria es proponible a los términos del art. 67 de la Ley de Quiebras (11).

La comentarista, después de reconocer el gran interés del caso por la carencia de precedentes, analiza críticamente los argumentos del tribunal.

Comienza la nota reflexionando sobre la noción de “contrayente oculto” (*contraente occulto*). Considera que el cónyuge que no participó en

(11) Cassazione Civile, sez I, 24/11/2000, Famiglia e Diritto, 2001 n° 4 p. 385, con nota de FRASCAROLI SANTI, Elena, “Comunione legale e revocatoria fallimentare di vendite immobiliari compiute dal coniuge in bonis: il coniuge fallito quale ‘contraente occulto’?”

el acto no puede ser calificado de "contrayente oculto" por el solo hecho de no haber deducido la acción de anulabilidad. Recuerda que la noción de contrayente oculto es propia de la ley concursal (no del código civil), ordenamiento que hace referencia a esta expresión para vincularla al socio oculto o al empresario oculto. Consecuentemente, es preciso analizar el régimen de la comunidad legal y determinar si guarda analogía con los supuestos tenidos en consideración por la norma. Para la autora que vengo glosando, la respuesta es negativa por las siguientes razones:

La sentencia no pudo calificar el inmueble vendido como un bien sometido al régimen de comunidad, pues cuando la mujer vendió, los cónyuges ya vivían en el régimen de separación de bienes; por lo tanto, no interesaba bajo qué régimen se compró, sino bajo cuál se vendió.

La causal invocada (falta de asentimiento), en el derecho italiano (como en el argentino) está vinculada a la nulidad, no a la revocabilidad del acto, por lo que mal podía hacerse lugar a la acción revocatoria concursal.

- Una norma expulsada de la ley italiana, introducida en el derecho español, inexistente en el derecho argentino.

El art. 70 de la ley de quiebras italiana dispone: "Los bienes que el cónyuge del fallido ha adquirido a título oneroso en el quinquenio anterior a la declaración de la quiebra se presumen, frente a los acreedores y salvo prueba en contrario, adquiridos con dinero del fallido y se consideran propiedad de él. El síndico está legitimado para tomar posesión de ellos. Si durante ese período, esos bienes fueron enajenados o hipotecados, la revocación no tiene lugar frente al tercero que prueba su buena fe".

El 10/7/1975 la Corte Constitucional italiana declaró infundada la cuestión constitucional planteada respecto de esta norma. Dijo que no vulnera el art. 3° primer párrafo (principio de razonabilidad), porque se refiere al "cónyuge", no a la mujer; ni el art. 24 (derecho de propiedad) porque está limitado a las adquisiciones durante un período de cinco años y admite prueba en contrario; ni el art. 29 (derecho a la vida familiar fundado sobre el matrimonio), porque no ataca

ni la igualdad moral de los cónyuges, ni tiene incidencia sobre la unidad familiar (12).

No obstante, después de un gran debate jurisprudencial y doctrinal, la Casación italiana decidió, el 12/2/1989, que la llamada presunción "*muciana*" prevista en esta norma no tiene aplicación cuando los cónyuges han celebrado su matrimonio bajo el régimen legal de comunidad de bienes (13).

La presunción, expulsada del derecho italiano, fue llamativamente introducida por la reforma del Código civil español del 13/5/1981 en el art. 1442 que dispone: "Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración, o en el período de retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho" (14).

La acción para denunciar la "interposición de personas".

A veces, la queja planteada por el acreedor (el bien fue adquirido con fondos de su deudor, no de su cónyuge) es canalizable invocando la llamada "interposición de personas".

Para la mejor comprensión de este aserto, es necesario recordar algunas nociones previas. Con ese objetivo, transcribiré parcialmente una

(12) Ver Riv. Il Diritto Fallimentare, 1975 parte II, p. 839.

(13) La bibliografía italiana es incontable; cientos de notas a fallos, artículos monográficos y libros se han escrito sobre el tema. Me remito a la jurisprudencia y artículos citados por MAFFEI ALBERTI, Alberto, "Commentario breve alla legge fallimentare", 3° ed., p. 234, Padova, Cedam, 1991; PANZANI, Luciano, "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", t. II, p. 236 y sigtes., Torino, Utet, 1999.; LAURENTI, Giancarlo, "Esiste ancora la presunzione muciana?" en Percorsi di Diritto Commerciale, Milano, p. 467, Ed. Giuffrè, 2000, y, especialmente, CARAVAGLIOS, Raffaele, "Rapporti patrimoniali tra coniugi e presunzione muciana", Napoli, Jovene ed., 1991; VASELLI, Mario, "La presunzione muciana", Padova, Cedam, 1953.

(14) Para los problemas planteados por la nueva norma ver, entre muchos, CUENA Casas, Matilde, "La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes. La llamada presunción muciana", Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

sentencia del tribunal que integro, la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza, donde abordé la cuestión.

“Calificada doctrina distingue dos tipos de interposición de personas:

La prevista en el Art. 955 de nuestro Código, que es la que se realiza con la intervención de un tercero que aparentemente toma el lugar de una de las partes en el contrato (convención de testafierros); implica un acuerdo simulatorio: quien transmite sabe que lo hace a quien no es el sujeto titular real del interés.

La interposición real, en cambio, supone que el tercero interpuesto adquiere efectivamente el bien o derecho que se le transmite, aunque en realidad lo hace como mandatario oculto del verdadero titular en la adquisición, ignorándolo el enajenante. Este último caso no está comprendido en el art. 955. En otros términos: en la interposición real de personas no hay simulación pues el trasmite ignora que ha tratado con el testafierro de un tercero; no hay acto simulado puesto que entre las partes (el enajenante y el adquirente) el acto es real y surte todos sus efectos. El *tradens* quiso enajenar el bien a favor del *accipiens* y no del mandante oculto. Por eso, el mandante oculto que quiera fijar el destino final de los bienes de su patrimonio tiene que recurrir no a una acción de simulación contra los intervinientes en el acto de constitución, sino a las que correspondan a las vinculaciones que unieron a quien figuró como adquirente y quien era el sujeto real del interés. Vale decir, el demandante funda su derecho no en el acto originario de transmisión de bienes, sino en el convenio paralelo (sociedad oculta, condominio, etc.). Llambías es quien inició en el derecho argentino el señero camino de la distinción al fundar sus votos como magistrado de la Sala A de la Cámara Nacional Civil (10/11/1960, LA LEY, 101-447 y sigtes.; 5/4/1974, E.D., 54-443). En consecuencia, no existiendo acuerdo simulatorio no es necesario traer a juicio al enajenante ni deducir acción de simulación” (15).

(15) Ver doctrina y jurisprudencia citada en mi voto como integrante de la sala I de la Suprema Corte de Mendoza, 15/12/1989 en ED, 144-115 con nota de BIDART CAMPOS, Germán, “La verdad real y la veracidad judicial”, en LA LEY, 1991-C, 378; en Rev. de Der. de Familia N° 5, p. 98; y en Jur. de Mza. 38/90.

La transposición de estas nociones básicas al tema bajo estudio significa que si el cónyuge que aparece como titular del bien lo adquirió con fondos que no eran de su administración sino de la de su cónyuge, pero el enajenante no formó parte de ningún acuerdo simulatorio, no es necesario demandar al enajenante; la litis se traba válida y exclusivamente entre el acreedor (o el síndico, en caso de quiebra) y ambos cónyuges.

4. Síntesis provisoria: dos reglas consecuenciales de los principios antes expuestos.

De lo anteriormente expuesto se deduce que, salvo simulación, fraude o interposición de personas en la adquisición:

a) El concurso o quiebra de un cónyuge no implica riesgos sobre los bienes de administración del no deudor.

b) El concurso implica riesgos de pérdida del derecho a la ganancialidad del no deudor, pues los bienes responden íntegramente por las obligaciones del cónyuge deudor, aunque sean gananciales.

II. Actitud del legislador concursal frente a los problemas jurídicos derivados del Derecho de Familia

Los llamados “operadores del Derecho” no están acostumbrados a abordar los temas ínter-disciplinariamente (16): el especialista en Derecho Concursal se preocupa y estudia la ley que regula este proceso; por su parte, el especialista en Derecho de Familia se desentiende del régimen concursal.

¿Qué ha hecho el legislador concursal argentino? Nada esencialmente distinto; podría afirmarse que, alternativamente, muestra:

(16) Conf. JUNYENT BAS, Francisco, “Relaciones entre la sociedad conyugal y la sociedad comercial entre esposos. Situación de ambas sociedades ante el concurso preventivo y la quiebra, en Derechos patrimoniales, Estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, t. II, p. 1036, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2001. El autor también ha desarrollado estas ideas en su artículo Una vía concursal para la sociedad conyugal, ED, 193-881.

- una “majestuosa indiferencia”;
- una cierta atención al problema;
- un desprecio a las reformas producidas hace más de medio siglo.

Citaré e intentaré explicar normas que responden a cada uno de estas tres actitudes.

1. La “majestuosa indiferencia”.

a) La competencia del juez concursal: el fuero de atracción y los juicios fundados en las relaciones de familia (arts. 21 inc. 2 y 132, LC). La intervención del síndico.

- Los textos

“Quedan excluidos de la radicación ante el juez del concurso los procesos de expropiación y los que se funden en las relaciones de familia” (art. 21 inc. 2).

“La declaración de quiebra atrae al juzgado en el que ella tramita todas las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales, salvo los juicios de expropiación y los fundados en las relaciones de familia” (Art. 132, 1° párrafo).

“El síndico es parte en el proceso principal, en todos sus incidentes y en los demás juicios de carácter patrimonial en los que sea parte el concursado, salvo los que deriven de relaciones de familia en la medida dispuesta por esta ley” (275 último párrafo).

- La intención manifiesta.

Los textos permiten al juez del concurso y al síndico expresar libremente: “No me molesten con los asuntos de derecho de familia”; *“this is not my business”* (no es asunto que a mí me interese). Vayan a otro lado donde los entiendan y atiendan; yo no quiero escuchar...

- La reacción jurisprudencial y doctrinal.

Pero ¿qué ocurre si lo que queda por resolver en este juicio derivado de las relaciones de familia es exclusivamente una cuestión patrimonial? Por ej. la sentencia de divorcio ha sido dictada y sólo queda el tema referido a la liquidación de los bienes de la comunidad conyugal.

La respuesta judicial no ha sido uniforme:

* La Cámara Nacional Civil, como tribunal de superintendencia, decidió el 25/2/1999 que "La quiebra de la ex-cónyuge no ejerce fuero de atracción sobre el juicio de divorcio, aún cuando en éste sólo queden pendientes cuestiones de carácter patrimonial" (17).

* En cambio, algunas salas de la Cámara Nacional de Comercio han resuelto que "los juicios fundados en relaciones de familia que refieren a cuestiones netamente patrimoniales (en el caso, liquidación de la sociedad conyugal), quedan bajo el fuero de atracción de la quiebra, pues de este modo se atiende al principio de universalidad y concentración impuesto por la ley para hacer efectiva la competencia del juez sobre los bienes del fallido, pagar a los acreedores en situación de igualdad y consolidar los efectos jurídicos de la declaración de quiebra, además de la conveniente participación del síndico en causas donde se involucran los bienes desapoderados" (18).

La posición asumida por la Cámara civil es la sostenida por prestigiosos y recordados maestros del derecho civil y comercial. Me refiero,

(17) La decisión lleva la firma de los doctores Jorge Alterini, Alberto Bueres y Juan Dupuis (JA, 1999-IV-171 y ED, 188-587, con nota adversa de ESPARZA, Gustavo, "Los juicios fundados en relaciones de familia ante el concurso. Un fallo y algo más que una cuestión de competencia"); conforme Cámara Segunda Civil y Comercial de San Juan, 27/10/1982, Torno Hnos. s/ Quiebra, JA, 1983-II-396.

(18) Cám. Nac. de Com., sala B, 23/6/2000 A. E. R. s/ Quiebra, LA LEY, 2001-C, 356 y JA, 2001-III-114, con nota de Esparza, Gustavo, Sobre la ley de concursos y la sociedad conyugal: un importante fallo y algunas notas sobre cuestiones de competencia. Es la posición que en doctrina sostienen RIVERA- ROITMAN Y VITOLLO, "Concursos y Quiebras", ps. 47 y 209, Ed. Rubinzal, Santa Fe, 1995; RICHARD, Efraín y otros, "Suspensión de acciones y fuero de atracción en los concursos", ps. 70 y sigtes., Ed. Astrea, Bs. As., 1994; ESPARZA, Gustavo, "Ley de concursos y sociedad conyugal", p. 247, Ed. Depalma, Bs. As., 1999.

específicamente, a Guastavino y Cámara (19), quienes afirman que las normas bajo tratamiento consagran “a la familia no como abstracción, sino refiriéndose a los seres humanos que la componen; se la reconoce en la nobleza de los pareceres y también en las inconductas que la ley sanciona; todo ello indica la necesidad de garantizar las relaciones familiares mediante el auxilio jurisdiccional del Estado y la consecuencia de obtener tutela prioritaria a los procesos fundados en esas relaciones”. En tal sentido afirman que “la dispensa de los efectos concursales a este tipo de juicios responde al mandato constitucional de tutelar íntegramente las relaciones familiares” (art. 14 bis de la C.N.). Por esa razón justifican que estén excluidos del fuero de atracción los procesos por alimentos y litis expensas; los juicios de rendición de cuentas por razones familiares (acción contra el padre como administrador legal de los bienes de los hijos, etc.), los juicios fundados en la legítima, y las acciones derivadas del régimen de la sociedad conyugal. Concretamente, consideran excluidos del tratamiento por el juez de concursos “Los juicios por liquidación o partición de la sociedad conyugal y, en general, todos los promovidos contra el concursado por el cónyuge o los herederos de éste, tendientes al reconocimiento y satisfacción de derechos emergentes de la sociedad conyugal” (20).

En mi opinión, la respuesta correcta es la de la Cámara de Comercio. Explicaré por qué:

La interpretación literal (*ubi lex non distinguit...*) lleva a la aplicación del art. 275 de la LC; esto significa que la liquidación de la comunidad podría operar sin ninguna participación del síndico, resultado que cualquier persona razonable calificaría de verdadero sin-sentido. Obviamente, podría decirse que en tal caso la liquidación no será oponible a la masa, pero si ese es el resultado, la pregunta es ¿para qué se han liquidado los bienes? ¿qué sentido tiene, en tiempos en que se busca abaratar los costos del proceso aumentarlos inútilmente con

(19) GUASTAVINO, Elías, “Los procesos fundados en relaciones familiares ante la falencia de los demandados, J.A., 1974-784; CAMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, t. I, p. 503, Ed. Depalma, Bs. As., 1982.

(20) CAMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, t. I, ps. 503/504, Ed. Depalma, Bs. As., 1978.

pericias contables y otro tipo de medidas que no son oponibles a la masa de acreedores?

La interpretación literal sirve de muy poco, sobre todo porque la ley concursal contiene otras normas relativas al derecho de familia de difícil y casi imposible comprensión (ver *infra* II.3). Más aún, los artículos referidos al fuero de atracción tienen una redacción tan imperfecta, que han dado lugar a inacabadas disputas (piénsese en los conflictos relativos a los créditos laborales, hipotecarios y prendarios, etc.).

El argumento constitucional de la protección de la familia se vuelve contra sí mismo, porque al ser excluido del concurso, el acreedor por créditos proveniente²¹ de las relaciones de familia no tiene ninguna posibilidad de controlar cómo se distribuye un patrimonio sobre el que “algún” derecho tiene y nadie explica cómo puede ejecutar fuera del concurso bienes desamparados que están bajo la égida del síndico.

b) El crédito por alimentos.

- *El texto.*

“Sólo corresponde reclamar en el concurso el crédito por alimentos adeudados por el fallido antes de la sentencia de quiebra” (art. 156, LC).

- La problemática planteada.

Los acreedores alimentarios y sus abogados pueden dar testimonio de las graves consecuencias prácticas de esta norma, a las que se suma el hecho de que este crédito carece de privilegio (21).

La realidad descrita al comenzar estas reflexiones ha sido el factor desencadenante para que —finalmente— la doctrina y la jurisprudencia comiencen a preocuparse de esta cuestión.

(21) En contra, GAROBBIO, Carlos y MINATTA, Sebastián, “La quiebra de la persona física: ¿es causal de eximición de la obligación de prestar alimentos?”, en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, p. 537, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997. Para los autores, los parientes tienen en la quiebra del deudor alimentante el privilegio del art. 246 inc 3°.

No tengo dudas que el tema requiere una mejor solución legal. Se ha dicho que:

a) "Aunque la ley concursal no prive al deudor de los sueldos necesarios para la subsistencia del deudor y su familia, siempre será discutible si su familia puede embargar la parte inembargable de su salario, que es lo que no entra en la quiebra".

b) "Si el fallido desempeña una profesión o comercio que la ley concursal o la que reglamenta su profesión le impide seguir ejerciendo por estar inhabilitado, nada podrá obtener. La "solución" es ir al juez que fijó los alimentos y decirle que está insolvente, que se ha declarado la quiebra y que no puede cumplir con la obligación legalmente fijada..." (22).

Para esa situación extrema, y pensando más en el deudor que en su familia, se ha llegado a sostener esta peregrina idea: "Declarada la quiebra e imposibilitado el fallido de cumplir con la obligación alimentaria durante el período de proceso de la quiebra, por estar desposeído de sus bienes e inhabilitado, el juez lo eximirá momentáneamente de cumplir con su obligación alimentaria, la que renacería una vez rehabilitado, siempre y cuando posea medios suficientes para hacer frente a la mencionada obligación y procurarse lo indispensable para su subsistencia" (23).

Es cierto que como decían los romanos "nadie está obligado a lo imposible", pero esto no quiere significar que la falta de bienes sea causa de exoneración (siquiera temporal) de la obligación asumida.

c) El fallido inquilino de su vivienda.

(22) GAROBBIO, Carlos y MINATTA, Sebastián, "La quiebra de la persona física: ¿es causal de eximición de la obligación de prestar alimentos?", en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, p. 537, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997.

(23) GAROBBIO, Carlos y MINATTA, Sebastián, "La quiebra de la persona física: ¿es causal de eximición de la obligación de prestar alimentos?", en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, p. 537, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997.

- *El texto.*

“Respecto del contrato de locación de inmuebles rigen las siguientes normas:... inc. 3°) Si es locatario y lo utiliza exclusivamente para su vivienda y la de su familia, el contrato es ajeno al concurso.

No pueden reclamarse en éste los alquileres adeudados antes o después de la quiebra” (art. 157).

- *El problema.*

Nuevamente, el legislador permite al juez sacarse de encima tan enojoso problema. ¿Cuál es el resultado práctico? Si el fallido no cuenta con un pariente o un amigo caritativo que pague los alquileres, al locador no le queda otra solución que no sea pedir el desalojo. La ley lo ha empujado a esta solución, tremendamente perjudicial para el deudor y su familia, que quedará sin techo. Efectivamente, aunque el locador pueda reclamar los alquileres en otro juicio, ante otro juez, luego tendrá el problema de ejecutar su sentencia sobre bienes de los que el deudor se encuentra desapoderado y están bajo el control del síndico.

d) La verificación de los créditos derivados de las relaciones de familia y de los alquileres del inmueble que es vivienda del deudor.

Para algunos autores, la “ajenidad” significa que estos créditos no verifican en el concurso. Concretamente se afirma: “Tampoco pesa sobre el titular de la acreencia carga verificatoria alguna y, por ende, la sentencia respectiva puede ser ejecutada sobre los bienes que integran la masa activa del concurso o, en su caso, los bienes desapoderados”. Cumplidos los trámites de la ley (publicación de edictos y presentación de la ratificación que prevén los arts. 6° a 8° para el concurso preventivo), cabe la ejecución forzada (24).

Para otros, en cambio, una vez obtenida la sentencia ante el juez civil, se debe concurrir al concurso a verificar. Esta solución se funda “en la

(24) GALINDEZ, Oscar, “Verificación de créditos”, p. 59, 2° ed., Ed. Astrea, Bs. As., 1997.

necesidad de evitar sorpresas, ya que de lo contrario, ante un proceso de familia por deudas alimentarias, que pueden llegar a ser de gran magnitud, no se tendría nunca determinado el pasivo y activo, y ante un tribunal distinto podrían ejecutarse todos los bienes desapoderados, sin conocimiento de la masa, mientras aún se está, por ej., en la etapa de verificación". "Al tomar el síndico conocimiento de la existencia de alguno de estos procesos, de donde pudieran surgir consecuencias patrimoniales, debe presentarse en ellos y efectuar su compulsu. Para ello no requiere autorización especial alguna, conforme lo normado por el art. 275 inc 4. En su caso, debe informar esta situación al juez del concurso, por escrito independiente al momento de presentar los informes individuales. Asimismo, deberá tenerlo presente al momento de determinar el pasivo y las demás situaciones que volcará en su informe general" (25).

Volveré sobre este tema cuando trate la cuestión relativa a los bienes sobre los cuales el cónyuge *in bonis* puede hacer efectivo su derecho a la ganancialidad. Por el momento, adelanto esta pregunta: ¿Los autores que he transcrito piensan que una sentencia de disolución de la sociedad conyugal puede ejecutarse sobre los bienes desapoderados y, en tal sentido, el cónyuge divorciado puede retirar, sin más, el 50 % que se le adjudicó en un juicio "ajeno al concurso"? ¿Pueden ejecutar esos bienes, independientemente del concurso, sin control del síndico, el pariente alimentado o el locador del inmueble destinado a vivienda?

2. Disposiciones que muestran una cierta preocupación del legislador por vincular Derecho de familia y Derecho concursal

Algunos artículos de la ley concursal muestran cierta atención del legislador a los efectos o consecuencias que las relaciones familiares pueden producir sobre el trámite concursal. Véanse los siguientes:

a) Concordato y cálculo de las mayorías.

"Mayorías para la obtención del acuerdo para acreedores quirografarios...Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación" (art. 45).

(25) CASADIO Martínez, Claudio A., "Insinuación al pasivo concursal", p. 39, Ed. Astrea, Bs. As., 2001.

b) Peticiones de quiebra y de extensión de quiebra.

- *Texto.*

“No pueden solicitar la quiebra el cónyuge, los ascendientes o descendientes del deudor, ni los cesionarios de sus créditos” (art. 81).

- *Reacción jurisprudencial y doctrinal.*

Se ha resuelto, erróneamente en mi criterio, que “la cónyuge divorciada no puede solicitar la quiebra de su ex marido invocando un crédito que tuvo su origen en hechos concernientes al vínculo matrimonial”. En el caso, la quiebra se había decretado a pedido de la ex cónyuge, teniéndose en cuenta como hecho revelador de la cesación de pagos un cheque firmado por el fallido, rechazado por el banco por falta de fondos, que él había dado como pago a cuenta de la liquidación de su gestión en la administración y explotación de bienes comprendidos en las capitulaciones matrimoniales oportunamente concertadas. El juez de primera instancia estimó no vigente el impedimento en virtud de que con anterioridad al emplazamiento previsto en el art. 84 de la LC (antes 91), ya existía divorcio vincular entre las partes. La Cámara revocó la sentencia con el argumento que el cheque tenía fecha anterior a la sentencia del divorcio vincular; afirmó que con esta solución “preservaba la intención del legislador, porque no se traían al proceso concursal cuestiones relativas a las relaciones de familia” (26). En mi opinión, la respuesta correcta es la del juez de primera instancia. Al momento de la traba de la litis, la cónyuge no era tal; había dejado de serlo en razón de que estaba divorciada vincularmente y las razones de la ley para negarle legitimación habían cesado.

También se ha decidido que si bien las normas legales guardan silencio en orden a las personas que puedan solicitar la extensión de la quiebra, el punto de partida es que pueden solicitar tal extensión todos aquellos que se encuentran legitimados para pedir la falencia de su deudor, y dado que entre dichos acreedores se encuentra excluida la esposa del presunto fallido, también lo está para solicitar la extensión (27). En el caso, la fallida sostenía que su estado de cesación de pagos obedecía a las omisiones de

(26) Cám. Nac. de Com., sala E, 14/8/1992, “Cordone Bonilla, Miguel”, JA, 1993-II-55.

(27) Cám. Apel. Civ. y Com. de San Martín, Sala II, 19/8/1982, “C de D.”, ED, 103-643.

su marido en la administración de los bienes por lo que razones jurídicas y de equidad imponían la extensión de los alcances de su quiebra a su esposo; en su opinión, debía colocarse a ambos en un pie de igualdad, decretando aún de oficio, el concurso de su cónyuge en función de los elementos obrantes en la causa. El juez de primera instancia negó legitimación a la cónyuge y al síndico que había adherido a la petición. La Cámara confirmó la falta de legitimación de la fallida, pero acogió la petición del síndico y declaró la extensión de la quiebra.

La solución dada por el tribunal no contradice el correcto criterio que legitima "al cónyuge de un socio comanditado para pedir la quiebra de la sociedad en comandita por acciones, pues la prohibición contenida en el art. 81 alcanza sólo a los parientes del deudor, siendo la sociedad comercial una persona jurídica distinta de los socios, cofiadores de las obligaciones sociales, cuya responsabilidad es de carácter subsidiario" (27 bis).

c) Bienes inembargables y bienes no sometidos al desapoderamiento. El usufructo de los bienes de los hijos menores.

—*Los textos*

"Los bienes imprescindibles para la subsistencia del fallido y su familia deben ser entregados al deudor bajo recibo, previo inventario de los mismos" (art. 177).

"Quedan excluidos del desapoderamiento... el usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero los frutos que le correspondan caen en desapoderamiento una vez atendidas las cargas" (art. 108 inc 3).

El problema

El art. 177 no merece mayores comentarios. Razones de solidaridad social lo justifican plenamente.

(27 bis) Cam. Civ. y Com. de Azul, sala I, 13/7/2001; Caphab S.A. s/ Quiebra, La Ley Buenos Aires, 2001-1472. La publicación citada contiene sólo un resumen del fallo. El texto completo me fue proporcionado por el magistrado Jorge Galdós, perteneciente a la sala II del tribunal, a quien agradezco su colaboración. La decisión cita en su apoyo las opiniones doctrinales de Maffay y Cámara; en realidad, el argumento es un *obiter dictum* pues en la primera parte del voto se afirma que el matrimonio entre el quebrado y la peticionante de la quiebra fue concertado en el extranjero y era inoponible en el derecho argentino, por haber sido contraído en violación del impedimento de ligamen.

Ahora bien, el régimen del usufructo paterno en la quiebra coincide con la normativa civil. Sin embargo, es menester señalar que esta figura, que hasta hace algunos años no preocupó demasiado a la doctrina nacional, ha comenzado a ser objeto de una profunda revisión. Recuérdese que la reforma española del 13/5/1981 intentó hacerlo desaparecer. En su actual redacción, el art. 165 del Código Civil español dice: "Pertencen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria. No obstante, los padres podrán destinar los frutos del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones. Con este fin se entregarán a los padres, en la medida adecuada, los frutos de los bienes que ellos no administren. Se exceptúan los frutos de los bienes a los que se refieren los N° 1 y 2 del artículo anterior y los de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera; pero si los padres carecieren de medios podrán pedir al juez que se les entregue la parte que en equidad proceda".

Para algunos civilistas españoles, el legislador adoleció de gatopardismo pues la contribución a las cargas familiares prevista en los arts. 155 n° 2 y 165 n° 2 y 3, permite suponer que la supresión del usufructo es más teórica que práctica. La crítica es correcta sólo en parte; "la supresión del mencionado usufructo supone un mejor control del destino de los bienes del menor, concretamente de sus frutos, con respecto a las cargas familiares. Sólo en la medida en que ese destino se realice cabe sacrificar los intereses del hijo menor; en cambio, no corresponde hacerlo cuando los mismos se enfrenten con los personales de los progenitores" (28).

En la República Argentina, la Comisión n° 8 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil recomendó en el punto 13 de su dictamen que "corresponde adecuar el instituto del usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, a los derechos de los niños en el aspecto patrimonial y al principio de solidaridad familiar".

Si bien es cierto que en el orden civil el usufructo de los padres aún hoy puede fundarse en razones de solidaridad familiar, no hay dudas

(28) BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, " De los bienes de los hijos y de su administración", en Comentarios a las reformas del derecho de familia, t. II, p. 1111, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

que deja de tener toda razón de ser en el concurso o quiebra del progenitor. Efectivamente, si los créditos por alimentos son "ajenos al concurso", es evidente que los frutos de los bienes de los hijos serán destinados a pagar a acreedores de éste que ninguna relación tienen con el sostenimiento de las cargas familiares. La solución no puede ser más injusta para el hijo, pues dejan de entrar a su patrimonio frutos que pueden ser cuantiosos para satisfacer a acreedores que no son suyos ni han contribuido al sostenimiento de su familia.

Por el momento, el remedio a tanta injusticia puede encontrarse en la emancipación del hijo (art. 131, 3° párrafo del Código Civil); pero la respuesta es insuficiente, pues deja sin solución todos los casos en que el hijo no reúne los requisitos legales para ser emancipado. Ahorabien, si la emancipación fuese posible, el síndico no puede oponerse. Tampoco puede comparecer a los juicios en los que el progenitor fallido sea privado de la patria potestad, aunque esto signifique privarlo del usufructo, que pasará al otro, y los frutos "sobrantes" ya no entrarán en su quiebra (29).

De cualquier modo, creo conveniente ser muy cauteloso al momento de reformar y prever soluciones que beneficien más a la familia que a los acreedores. No siguió este criterio la Casación italiana cuando decidió, draconianamente, que declarada la quiebra del patrimonio de un menor se extingue el usufructo legal de los padres y esos bienes pasan al activo "falimentario" (30). ¿Cuál es la razón por la cual si el usufructo es de origen convencional entra a la quiebra sólo la nuda propiedad, en cambio si es de origen legal se extingue?

3. El "olvidable" art. 108 inc. 4.

a) El texto.

Quedan excluidos de lo dispuesto en el artículo anterior (desapoderamiento) ... "la administración de los bienes propios del cónyuge".

(29) DOYHARCABAL CASSE, Solange, "Destino de los bienes propios de la mujer casada y del hijo de familia cuando el marido o el padre ha sido declarado en quiebra", en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, p. 545, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997.

(30) Corte Suprema di Cassazione, 28/2/1998, Diritto Fallimentare, 1999, n° 1, p. 70, con nota de SPARANO, Biancamaria, "Il minore e le procedure concorsuali".

b) Problemas de interpretación

He explicado, básicamente, el régimen patrimonial del matrimonio después de la reforma de la ley 11.357, completada por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810).

El intérprete provisto de esos conocimientos elementales puede preguntarse por qué el legislador de fines del siglo XX continuó trasponiendo una norma que provenía de las leyes de quiebras vigentes antes de las revolucionarias reformas operadas en el ámbito del Derecho de Familia. Piénsese que esa disposición concursal era coherente con el art. 1258 del Cód. civil en su redacción originaria, inserto en un régimen de administración marital (31).

Ese operador del derecho puede pensar, entonces, que el artículo transcrito es, con expresión de Colmo, una "superfetación legal", y deducir que es absurdo que la ley "falimentaria" excluya del desapoderamiento "la administración de bienes propios" pues un cónyuge no tiene legalmente la administración de los bienes propios del otro. Pero la cuestión no termina allí, pues conforme el art. 1276 del Cód. Civil tampoco tiene la administración de los bienes gananciales del otro.

Tamaño desconocimiento no puede presumirse en el legislador. Por eso se ha intentado dar otra explicación al artículo transcrito. En esta línea, se ha entendido que el artículo no hace referencia a la administración de origen legal (que es inexistente), sino a la administración a título de mandatario (32). La norma tendría sentido si se razona del siguiente modo:

- De conformidad con el art. 147 de la L.C. la quiebra produce la extinción del contrato de mandato.

(31) El art. 1258 del CC decía: "Habiendo concurso contra el marido, o disuelto el matrimonio, habiendo concurso contra la sociedad conyugal, corresponden a la mujer por acción de dominio, los bienes raíces o muebles que existan de los que introdujo al matrimonio, o que adquirió después por título propio, o por cambio, o por compra hecha con dinero suyo. Le corresponden también como propietaria, las inscripciones de la deuda nacional o provincial y los dineros puestos en los depósitos públicos a nombre de ella".

(32) FANZOLATO, Eduardo y ROITMAN, Horacio, "Quiebra del cónyuge", en Rev. de Derecho Privado y comunitario n° 12, p. 127 y sigtes., 1996.

- El art. 1276 último párrafo del Código Civil admite el mandato entre cónyuges; este mandato se diferencia del común porque el mandatario no está obligado a rendir cuentas.

- El art. 108 inc 4° de la LC permitiría deducir que el contrato de mandato celebrado entre cónyuges no queda resuelto si el fallido es mandatario; el contrato continuaría y los bienes propios del cónyuge, administrados por el fallido, no estarían sometidos al desapoderamiento.

Pondero el esfuerzo de la doctrina por dar sentido a la norma, pero señalo que siempre queda sin explicación la referencia a la calidad de propios pues lo mismo podría predicarse de la administración de los bienes gananciales del otro.

Por lo demás, aún admitiendo la tesis doctrinal antes expuesta, resulta necesario insistir en algunos aspectos:

Si la quiebra es del cónyuge mandante, el contrato de mandato se ha extinguido, pues los bienes del fallido (propios y gananciales) son administrados por el síndico (arts. 107 y 109, LC) y no podrían seguir siendo administrados por el cónyuge *in bonis*.

Sobre esta cuestión, recuerdo un caso resuelto el 17/3/1899 por la Casación de Roma (33). Se trataba de un mandato general irrevocable otorgado por un marido cuyo patrimonio estaba en peligro, a su mujer, de quien se encontraba legalmente separado, con la expresa declaración de que el mandato se convenía a fin de que, en su calidad de esposa, la mandataria pudiese tutelar y garantizar el derecho que tenía a la pensión anual, a los derivados de las capitulaciones matrimoniales y a las legítimas expectativas e intereses, tanto civiles como morales, de los hijos y de la familia común. La cuestión planteada tiene aristas interesantes, y la validez del mandato encontraría en el derecho argentino ciertos valladares impuestos por el art. 1977 del Cód. Civil pues:

* el mandato irrevocable protegía esencialmente los intereses legítimos del mandatario.

(33)Cit. por MONSERRAT VALERO, Antonio, "El mandato y el apoderamiento irrevocables", Zaragoza, p. 147, Ed. Institución Fernando el Católico, 1982.

* no había sido otorgado para negocios especiales.

Si la quiebra es del cónyuge mandatario:

* el contrato continúa siempre y cuando el mandante *in bonis* no revoque el mandato (lo que normalmente hará).

* el cónyuge fallido no está obligado a rendir cuentas, pero está facultado para hacerlo y, de hecho, para mantener buenas relaciones conyugales debiera hacerlo. Efectivamente, si no rinde cuentas de los actos de administración, podría quedarse con los frutos; esos frutos, en definitiva, podrían tener por destino el pago de los acreedores del fallido en contra del régimen de separación establecido por la ley 11.357 que, como he dicho, permite agredir los frutos de los bienes del otro sólo para determinados tipos de deudas (atender las necesidades del hogar, educación de los hijos, conservación de bienes comunes).

* el síndico no puede oponerse a que el fallido rinda cuentas, desde que el hecho que no esté obligado legalmente sólo significa que el mandante no tiene acción para reclamarlas, y no que el mandatario leal no las rinda.

III. El concurso o la quiebra y las causales de disolución de la llamada sociedad conyugal

1. *El art. 1294 del Código Civil.*

El art. 1294, en redacción impresa por la ley 23.515 (Adla, XLVII-B, 1535) dispone: "Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales..."

2. *Ubicación legislativa.*

Este artículo (cuya fuente se desconoce, por lo que alguien califica su origen de "fantasmal" (34)), aunque se refiere a la situación de concurso o quiebra, está ubicado en el Código Civil.

(34) DUTTO, Ricardo, "La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge", JA, 1991-IV-44. El autor aclara que la expresión fantasma está escrita en el sentido de la frase comúnmente usada: aparición inesperada y sin que nos demos cuenta.

Algunos autores sostienen que debiera estar en la ley de concursos, pues se trata de un tema referido al régimen patrimonial del matrimonio que excede la relación inter partes (35). En esta línea de pensamiento se afirma: "La acción del art. 1294 es una típica acción concursal, tanto si se la analiza desde el punto material como procesal. Desde el punto material, porque tiende al principio de concursalidad o colectividad, pues se da en el marco de un proceso concursal y con un sujeto legitimado activo que pretende hacer valer sus derechos frente a quienes son acreedores del otro cónyuge concursado o fallido. Desde el punto de vista procesal, pues su campo está dado por la apertura de un proceso concursal y en el marco procesal de ese proceso. Aun cuando se sostuviese que es competente el juez civil, seguiría siendo una acción de naturaleza procesal".

Con independencia de cuál sea la naturaleza de la acción, lo cierto es que las normas del derecho de familia incluidas en la ley de concursos generan grandes problemas de interpretación, como ya lo he señalado; no debe extrañar, entonces, que haya sido el Código Civil y no la ley concursal la que receptara esta figura.

3. Causal no automática de disolución.

El divorcio, la separación, la nulidad del matrimonio y la muerte de alguno de los cónyuges producen automáticamente la disolución de la sociedad conyugal (art. 1291, CC).

El concurso y la quiebra, en cambio, no son causales que operen *ipso iure*; por el contrario, es menester que el cónyuge *in bonis* la petición.

En posición minoritaria, Esparza (36) distingue entre concurso y quiebra. En su opinión, la sentencia de quiebra (no el concurso preventivo)

(35) ESPARZA, Gustavo, "Ley de concursos y sociedad conyugal", p. 12, Ed. Depalma, Bs.As., 1999.

(36) ESPARZA, Gustavo, "Ley de concursos y sociedad conyugal", p. 175 y sigtes., Ed. Depalma, Bs. As., 1999. Aclaro que el autor menciona los artículos con la numeración de la ley 19.551. Para facilitar la comprensión del tema, resumo en el texto la opinión de Esparza pero con cita de los artículos conforme numeración de la ley 24.522.

disuelve automáticamente el régimen de bienes. Argumenta del siguiente modo:

a) La cuestión no ha sido tratada expresamente por el ordenamiento civil ni por el concursal. El art. 1294 no lo comprende.

b) Conforme el art. 107 de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381), el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes a la fecha de la declaración de la quiebra.

El efecto del desapoderamiento es la pérdida de la administración y disposición de los bienes y, consecuentemente, la disolución de la sociedad conyugal.

c) Corroboró lo expuesto, que el art. 108 de la LC no enumere entre los bienes sometidos a desapoderamiento los que forman o pueden formar la masa de bienes de la sociedad conyugal.

d) El caso es similar al de un fallido que posee acciones en una sociedad; la sentencia de quiebra opera el desapoderamiento de esas acciones.

e) Del mismo modo que la quiebra opera la disolución de una sociedad comercial, aquí la quiebra de uno de los cónyuges hace operar la disolución del régimen de bienes.

No coincido con la solución propuesta por las siguientes razones:

No es cierto que la cuestión no haya sido resuelta por el legislador. Por el contrario, el art. 1294 regula expresamente el problema.

El desapoderamiento de los bienes del fallido no significa que quede disuelto *ipso iure* un régimen legal de bienes; sólo significa que el fallido queda desapoderado de los bienes que él administra según ese mismo régimen legal.

El desapoderamiento de las acciones de un socio no acarrea la disolución de una sociedad con responsabilidad limitada.

La semejanza con la quiebra de la sociedad es incorrecta pues ni la sociedad conyugal es una persona jurídica, ni la quiebra de un socio de responsabilidad limitada aparece la quiebra de la sociedad.

La tesis que critico contraría el régimen legal de bienes que, justamente, ha querido mantener a salvo de la acción de los acreedores del cónyuge deudor los bienes administrados por el cónyuge *in bonis*. La disolución automática significaría que el 50% de estos bienes pasen, inmediatamente, a ser agredidos por el síndico del cónyuge fallido.

4. Legitimación.

En definitiva, el art. 1294 consagra la autonomía de la voluntad del cónyuge *in bonis*. El peticona la disolución si quiere; la disolución no puede serle impuesta.

La opción es exclusiva del cónyuge *in bonis* y, consecuentemente, no puede ser ejercida por vía subrogatoria por los acreedores del cónyuge concursado, ni por el síndico (desde que no tienen en qué posición jurídica subrogarse, porque el concursado no tiene la acción). Tampoco la tienen los acreedores del cónyuge no concursado (37), pues se trata de una acción personalísima; por lo demás, ellos no están perjudicados, pues los patrimonios están separados y el concurso del cónyuge no los afecta.

Esparza critica la limitación legal. En su opinión, no se alcanza a visualizar por qué no se otorga la acción al cónyuge que está en cesación de pagos ni por qué se prescinde de la actuación o legitimación del síndico (38).

En mi opinión, insisto, la respuesta a la legitimación restringida se encuentra en el régimen de orden público de la sociedad conyugal. El art. 5° pretende que los bienes administrados por uno estén alejados

(37) Se desliza un error en la obra de LEIVA, Claudio ("La quiebra del cónyuge", p. 195, Ed. Jurídicas Cuyo, Bs. As, 2001.) cuando dice que el Proyecto de Reformas al código civil elaborado por la comisión designada por el decreto 685/95 prevé expresamente que la acción puede ser ejercida por los acreedores del cónyuge *in bonis* por aplicación de la acción subrogatoria. Por el contrario, el art. 533 de ese proyecto dice expresamente: "La acción de separación de bienes no puede ser promovida por los acreedores del cónyuge por vía de subrogación. Se cita como fuente el art. 1446 del Cód. Civil francés.

(38) ESPARZA, Gustavo, "Ley de concursos y sociedad conyugal", p. 13, Ed. Depalma, Bs. As., 1999.

del riesgo de las deudas del otro. Con la tesis que critico, todo caería por la borda, pues ante la quiebra de uno de los cónyuges, el síndico pediría la disolución de la comunidad de bienes, lo que implicaría para el cónyuge *in bonis* tener que partir bienes que hasta ese momento él seguía administrando en forma exclusiva.

5. Causales

El artículo en análisis prevé dos causales diferentes: la mala administración y el concurso.

La mala administración no necesariamente desemboca en un concurso; puede suceder, pero no acaecerá necesariamente. El concurso, en principio, es un indicio, un síntoma, de la mala administración, pero excepcionalmente podría no serlo (por ej., en los supuestos de quiebra casual).

A los fines de estas reflexiones, dedicadas exclusivamente al tema del concurso y la quiebra, interesa señalar que la mala administración que permite la disolución exige estar acompañada de una circunstancia calificante, cual es el peligro de perder el eventual derecho sobre los gananciales. El concurso, en cambio, presume esa pérdida eventual. En consecuencia, en mi opinión, pese al modo como la ley está redactada, el cónyuge *in bonis* que solicita la disolución sólo debe probar la apertura del concurso o la declaración de la quiebra. Sería un exceso de rigor ritual manifiesto exigir otra prueba (39).

6. El art. 1294 y el art. 152 bis (*prodigalidad*).

Borda, para quien el art. 1294 es una norma innecesaria, afirma que el peligro que el artículo pretende conjurar desapareció después de la re-

(39) Esparza parece sostener la tesis contraria cuando critica a la ley del siguiente modo: "La causal (concurso) bien pudo haber sido introducida sin necesidad de agregarle una circunstancia calificante (el peligro de perder su eventual derecho sobre los gananciales), ya que se ha establecido como causal objetiva. Un excesivo celo y sutileza bien podría llevar a interpretar que el peligro de perder eventualmente derechos sobre gananciales jugaría solamente como circunstancia calificante para el caso de mala administración. Ha habido una especie de indefinición conceptual en la técnica legislativa" (ESPARZA, Gustavo, "Ley de concursos y sociedad conyugal", p. 18, Bs. As., Ed. Depalma, 1999).

forma de 1968 y que, en caso de prodigalidad, el cónyuge tendría el derecho que le brinda el art. 152 bis del Cód. Civil (40). Expresa esta opinión en una sola frase, expuesta como idea complementaria; no obstante, no ha pasado desapercibida para algunos autores (41) que la han criticado del siguiente modo:

a) Se trata de dos acciones totalmente diferentes, por su historia, estructura normativa, efectos jurídicos y condiciones de operatividad y funcionamiento.

La acción por prodigalidad tiene por fundamento la defensa del patrimonio familiar en resguardo del cónyuge y sus hijos o herederos; la acción del art. 1294 trata de proteger los intereses del cónyuge no concursado en lo que hace a su porción de los gananciales. No hay otro interés que el de uno de los cónyuges.

b) El art. 152 bis exige requerimientos estrictamente síquicos o caracterológicos que no son necesarios en el 1294.

c) El art. 152 bis requiere que se haya dilapidado una parte importante de los bienes, elemento no necesario para la presentación del concurso, que puede ser un remedio para evitar la pérdida del patrimonio.

d) La vía del art. 152 bis es excepcional y extrema; la del art. 1294 puede ser intentada en los primeros tramos del desorden económico tratando un salvataje de la porción de gananciales.

7. Competencia. Intervención del síndico. Remisión

¿Quién es el juez competente en la acción por disolución de la sociedad conyugal fundada en la quiebra o concurso del cónyuge? ¿El juez del concurso o el juez civil? Si la sentencia de quiebra no ejerce fueron de atracción sobre este proceso ¿debe intervenir el síndico?

(40) BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Familia", 8° ed., t. I, N° 437, Bs. As., Ed. Perrot, 1989.

(41) ESPARZA, Gustavo, "Ley de concursos y sociedad conyugal", p. 67, Ed. Depalma, Bs. As., 1999.

Ambos problemas han sido abordado supra II. 1., por lo que me remito a lo allí dicho (42).

8. *Efectos de la sentencia que declara la disolución de la sociedad conyugal por concurso o quiebra del cónyuge*

a) ¿Qué efectos produce la sentencia de disolución fundada en el concurso o quiebra sobre los bienes gananciales que eran de administración del cónyuge fallido?

Los autores que han tratado el tema coinciden en que el cónyuge *in bonis*:

no es acreedor de dominio ni tercero regido por el art. 138 de la LC.

“El concursado o fallido no detenta los gananciales en razón de que les fueron entregados por título no destinado a trasferirle el dominio, sino que se encuentra en esa relación con los bienes en mérito a un estatuto económico previsto legalmente” (43).

Más allá de la denominación, lo cierto es que ninguna norma concede al cónyuge un derecho a que su parte sea separada; en otros términos, no tiene “derecho a la separación”.

No tiene privilegio para tomar el 50% de sus gananciales (44).

Las diferencias doctrinales residen en que mientras para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, para tomar el 50 % del valor de sus gananciales el cónyuge *in bonis* debe esperar que cobren todos los acree-

(42) Por el fuero de atracción de la quiebra en el supuesto del art. 1294 del CC se ha pronunciado DUTTO, Ricardo, “La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge”, JA, 1991-IV-50.

(43) ESPARZA, Gustavo, “Ley de concursos y sociedad conyugal”, p. 90, Ed. Depalma, Bs. As., 1999.

(44) GAROBBIO, Carlos E. y otros, “Efectos de la quiebra sobre el régimen de los bienes propios y gananciales. Quiebra del cónyuge”, en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, p. 525, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997.

dores de su cónyuge, una posición minoritaria entiende que el cónyuge puede verificar su crédito y concurrir con el resto de los acreedores quirografarios para cobrar a prorrata. En otros términos, el crédito del cónyuge engrosaría el pasivo, disminuyendo de este modo las posibilidades de cobro de los acreedores del cónyuge.

La jurisprudencia prácticamente unánime del país sostiene la primera posición. En tal sentido se ha resuelto que "de la formulación positiva del art. 1294 del CC a partir de la ley 23.515, no puede extraerse que el cónyuge no fallido que obtiene la separación de bienes por quiebra del otro pueda lograr la mitad de los gananciales (o el valor bruto de ellos) antes que se desinterese a los acreedores del fallido y del concurso, pues ello implicaría convertir al cónyuge *in bonis* en una suerte de acreedor de dominio (*rectius*, titular de un derecho a la separación, al estilo de los consagrados en los arts. 142, 143, 150, LC) o a un acreedor preferido a todos los demás acreedores del fallido. Esto último no es posible ya que el reconocimiento de tal jerarquía preferencial exigiría una norma clara y concreta, pues los privilegios no pueden crearse por analogía y, ante la duda, debe estarse en contra de su existencia, al ser éstos una excepción a la universalidad concursal y a la noción del patrimonio como garantía de todos los acreedores" (45).

En otro caso de análogas circunstancias fácticas (la única variante es que la cónyuge había pedido la separación de bienes después de declarado el concurso y pretendió su derecho a la ganancialidad en la quiebra posterior por incumplimiento del acuerdo), la sala E de la Cámara Na-

(45) Cám. Apel. CC Rosario, sala I, 5/3/1993, "Vicentini de Balcala, E.C.", en j., "Balcala Gabriel s/Concurso preventivo, hoy quiebra, p/ separación de bienes", ED, 153-463, con nota de GOWLAND, Alberto J., "El concurso: desafortunada reaparición en la ley 23.515 de una desaparecida causal de bienes (dos sentencias coincidentes)". Fue también la posición asumida por la Cám. Civ.Com. y Lab. de Venado Tuerto, 6/11/1990, "Inc. de Separación de bienes en Saint Martín", JA, 1991-IV-45, con nota aprobatoria de DUTTO, Ricardo, "La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge". Es la opinión implícitamente aceptada por Belluscio cuando dice: "En rigor, tal como ha quedado redactado, el supuesto del artículo no tiene clara posibilidad de aplicación pues si el concurso definitivo (quiebra) supone la insolvencia, el eventual derecho sobre los bienes gananciales ya se habrá perdido, absorbido por los acreedores del fallido (BELLUSCIO, Augusto C., "Las instituciones de derecho comercial en los anteproyectos de reforma del régimen patrimonial del matrimonio", RDCO, t. 25, p. 544, 1992.

cional de Comercio resolvió que “en caso de solicitarse la separación de bienes por aplicación del art. 1294 del CC durante el trámite del concurso preventivo de uno de los esposos, la respectiva liquidación no podrá tener lugar hasta tanto no queden satisfechos los acreedores; sobrevinida la quiebra, el cónyuge podrá hacer efectivo su crédito si hubiese remanente, pues no puede pretender preferencia al pago de los acreedores por recompensas a su favor” (46).

b) Si estos son los efectos ¿qué aplicación práctica tiene la norma en discusión?

El operador del derecho puede pensar que esta norma no sirve al cónyuge *in bonis*, pues la sentencia de disolución lo obligará a llevar a la masa del cónyuge concursado el 50% de los bienes que eran de su administración exclusiva y, en cambio, tomará el 50% de los bienes que eran de administración de su cónyuge (hoy fallido) tarde, mal y nunca, pues cobrará sólo después que hayan sido satisfechos todos los acreedores del concursado (47).

(46) Cám. Nac. Com., sala E, 16/3/1993, Coelho, E s/ Quiebra, ED, 153-469 (se desliza un error en la publicación de la última frase del dictamen del fiscal de Cámara, quien aparece aconsejando se revoque la decisión cuando en realidad toda la argumentación tiende a la confirmación, tal como lo hace luego el tribunal (jueces Arecha y Guerrero).

(47) Así parece entenderlo Jorge Mazzinghi (Ver “El concurso como causa de separación de bienes”, ED, 131-236) cuando afirma que el art. 1294 suscita infinitas perplejidades. “El cónyuge no adquirente de los bienes gananciales tiene sobre los adquiridos por el otro un derecho eventual que sólo se hace efectivo al producirse la disolución de la sociedad conyugal. Podría pensarse que el legislador quiso que el cónyuge no concursado pueda concretar su derecho eventual separando de los bienes del concursado la mitad que le corresponde en expectativa y aportando, por su parte, la mitad de los bienes gananciales de que fuera titular. Pero esta solución entra en abierta contradicción con el régimen de deudas imperante; el encogimiento de la garantía de los acreedores que tanto preocupaba a Guaglianone se produciría retroactivamente, dado que la declaración del concurso será siempre anterior al pedido de separación de bienes basado en dicha causal”. Hasta aquí coincido con su opinión. Pero luego critica—injustamente en mi criterio— a Zannoni, autor para quien el Art. 1294 configura una protección de los derechos del cónyuge no concursado para el futuro. Dice Mazzinghi que esta idea no es fácilmente captable pues no se ve en función de qué el cónyuge concursado podría obligar al otro a dividir sus gananciales; ello podría ocurrir si sobreviniera otra causal de disolución de la sociedad conyugal, pero mientras ella no sobrevenga, el art. 5° de la ley 11.357 pone a

Se trata de una verdad parcial. Efectivamente, un cónyuge *in bonis* que tenga muchos bienes gananciales de su propia administración no pedirá la disolución de la sociedad conyugal, pues inmediatamente de producida "se achica" la masa de su administración al tener que aportar al concurso el 50% que correspondió a su cónyuge en la partición.

Sin embargo, la acción puede tener interés para el cónyuge *in bonis* que no tiene demasiados bienes gananciales de su administración porque (48):

- Cesará, para el futuro, el régimen de ganancialidad. Puede ocurrir que un cónyuge no tenga bienes de su administración y titularidad al momento de solicitar la disolución, pero tiene en miras encarar una actividad económica de la que puede aguardar beneficios.

- Merced a esa sentencia, administrará los bienes que adquiriera en el futuro sin las restricciones del 1277.

- Si hubiese algún remanente en el concurso del cónyuge, recogerá todo o parte de sus gananciales.

- Abrirá el juego de las recompensas y la recomposición de los bienes propios empleados en ventaja de lo ganancial.

- Normalmente, esta sentencia permitirá concluir con los roces y desavenencias entre los cónyuges directamente causados por la gestión de bienes comunes.

buen recaudo los gananciales que administre el cónyuge no concursado. Por cierto que si el concursado reclamara luego la separación de bienes el otro debería desprenderse de la mitad de sus gananciales, y no podría en cambio obtener la mitad de los del otro, absorbidos por el concurso. Pero esta consecuencia es inevitable y el nuevo art. 1294 no la resuelve: si el no fallido pide la división de bienes, se verá obligado, por su propia iniciativa a entregar al otro cónyuge la mitad de los gananciales. No se advierte qué ventaja o protección resultaría para él de la norma analizada". Como explico en el texto, el art. 1294 otorga legitimación sólo al cónyuge *in bonis*, y el interés en el cese de la ganancialidad para el futuro puede obedecer a un sinnúmero de razones.

(48) MENDEZ COSTA, M.J., "Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515", cap. IX, ps. 227/240, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1987.

9. Efectos de la sentencia. Continuación. La tesis minoritaria.

a) He adelantado que Esparza, en minoría, afirma que el cónyuge que ha disuelto la sociedad conyugal por la vía del art. 1294 tiene derecho "al porcentaje de gananciales netos, sin esperar el remanente que resta una vez desinteresados los acreedores del otro cónyuge" (49). Dicho en otros términos, el cónyuge *in bonis* verifica y concurre con los acreedores quirografarios con quienes cobra a prorrata.

- Argumenta del siguiente modo:

El art. 1° ley 24.522 dispone que el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados.

Puede considerarse, sin torturar los textos que los gananciales del otro cónyuge están dentro de estas exclusiones.

El concurso modifica los arts. 5° y 6° de la ley 11.357, que deben ser interpretados conjuntamente con el art. 1294 del Cód. Civil. La modificación se produce porque los arts. 5° y 6° deben adecuarse a la nueva situación fáctica y jurídica dada por la apertura de un proceso concursal y el ejercicio de una acción que hace nacer el principio de concurrencia. Estas normas no hacen mención al concurso, por lo que no contradice su texto afirmar que esa especial situación jurídica modifica la solución que ellos prevén.

La doctrina civilista afirma que la disolución de la sociedad conyugal produce, por un lado, un encogimiento de la garantía de los acreedores (antes tenían el 100% de los bienes que administraba su deudor), y por otra, un estiramiento de esa garantía patrimonial (pues después de la disolución han agregado el 50% que corresponde en la partición a su deudor y que antes estaban en el patrimonio administrado por el cónyuge).

El acreedor del fallido no ve disminuido los bienes sobre los que se va a cobrar; cobrará sobre los mismos bienes que tenía antes, pero tendrá

(49) ESPARZA, Gustavo, "Ley de concursos y sociedad conyugal", p.73, Ed. Depalma, Bs. As., 1999.

un acreedor más que concurrirá con él (el cónyuge de su deudor que optó por la disolución).

La situación es la misma de aquel acreedor que contrató con su deudor pero luego se encuentra que además de él hay otros acreedores cuyos créditos son posteriores a él.

El cónyuge acreedor también aporta bienes.

Es injusto que no pueda percibir su cuota sobre los bienes que el otro administra.

Las leyes se presumen conocidas también por los acreedores; éstos deben saber que si su deudor es una persona casada, hay otro que participa en el 50% de los adquiridos por título oneroso con posterioridad a la celebración del matrimonio.

El cónyuge *in bonis* es, entonces, un acreedor quirografario (art. 1259, CC).

Consecuentemente le alcanzan los efectos del concordato; pero, por expresa disposición legal, está excluido del cálculo de las mayorías y no puede votar.

Desde lo axiológico, la solución se justifica porque permite atemperar “algunos de los tremendos efectos que en toda relación de familia trae un concurso o quiebra, al menos abriendo la posibilidad de que el cónyuge no concursado conserve el 50% de los bienes para no dejar en la total indigencia a la familia. Un acreedor puede recuperarse de un avatar económico resultante de ver restringida su posibilidad de cobro. En cambio, una familia que pierde todos sus bienes, además del perjuicio económico, sufre un daño personal que difícilmente sea recuperable. Máxime que no estamos hablando de la gran empresa, sino de la pequeña y mediana empresa, como es generalmente una empresa de familia”.

- No obstante lo expuesto, Esparza reconoce que:

es “necesaria una reforma legislativa que contemple el problema en su adecuada importancia y dé una solución que fije inequívocamente la situación eliminando la incertidumbre”.

La solución propuesta tiene un efecto negativo sobre el crédito porque en todo concurso, los acreedores tendrán que compartir los bienes con otro que se presenta con un valor equivalente al 50% de los bienes gananciales que pudieran estar en el patrimonio de su deudor.

Normalmente, ese porcentaje tampoco estará libre, porque el cónyuge *in bonis* ha firmado avales, fianzas, que también comprometen ese 50%.

b) La posición de Carreira González parece más extrema, pero no está claro para mí si sus argumentos son de *lege lata* o de *lege ferenda*, ni cuál es en realidad la solución que propicia para una futura reforma de la ley. Afirma que el art. 1294 ha preservado el derecho eventual del cónyuge no concursado sobre los bienes gananciales, y este derecho sólo puede ser protegido a costa del concurso. En su opinión, "la norma ha dado primacía al cónyuge y no al concurso sobre dichos bienes; el legislador quiso que el cónyuge no concursado pueda concretar el derecho eventual, separando la mitad que le corresponde en expectativa y aportando, en su caso, la mitad de los gananciales de los que fuese titular. Los términos fuertes del artículo suponen una atenuación al precepto de universalidad patrimonial establecida en el art. 1 de la ley concursal". Sin embargo, concluye diciendo que hay que modificar la normativa concursal y civil, armonizar sus preceptos, sopesar dos intereses tan caros a nuestra sociedad con justicia y armonía, y otorgar mayor rol al cónyuge *in bonis* en el concurso protegiendo realmente los derechos que tiene en expectativa. Dentro de esa armonización, propicia la derogación del art. 1294 puesto que "se erige frente al derecho de los acreedores concursales en protección del derecho larvario del cónyuge no concursado, lo que constituye un notorio desequilibrio" (50).

10. Crítica a la tesis minoritaria de Sparza.

No desconozco que el jurista marplatense persigue mejorar la posición jurídica del cónyuge que carece de bienes gananciales de su admi-

(50) CARREIRA GONZALEZ, Guillermo, "Efectos patrimoniales del proceso falimentario sobre la sociedad conyugal. Un aporte más sobre la tésis del artículo 1294 del Código Civil. ¿Un verdadero acertijo jurídico o una excepción al principio de universalidad?", Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, p. 553, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997.

nistración, y que en esa situación, aún en los comienzos del nuevo milenio, normalmente se encuentra la mujer.

No obstante el loable propósito perseguido, no es posible prestar adhesión a la tesis antes resumida pues, en mi opinión, carece de todo apoyo normativo. Explicaré por qué:

- Entre las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados mencionadas en el art. 1° de la ley 24.522 no se encuentran los bienes gananciales. He explicado que el régimen patrimonial del matrimonio argentino no genera cotitularidad entre ambos cónyuges, salvo que ambos adquieran bienes determinados en forma conjunta. Si el bien ha sido adquirido por uno solo de ellos, es esa titularidad y no el carácter de ganancial lo que decide la suerte frente a los acreedores.

- Es verdad que el tema del pasivo durante la indivisión postcomunitaria (etapa que va desde la disolución a la partición) ha torturado a la doctrina, pero respecto de las deudas contraídas durante la comunidad, se llega al mismo destino cualquiera sea la tesis que se sostenga (51) desde que:

* No hay norma que expresamente disponga que los arts. 5° y 6° no rigen durante la indivisión para las deudas contraídas durante la comunidad.

* La limitación del derecho del cónyuge a los gananciales líquidos (es decir, lo que queda después de haber pagado a los acreedores) es también la solución que el código proporciona en materia sucesoria (arts. 3474, 3475 y concs); así, los acreedores del causante (en el caso, del fallido) tienen derecho a oponerse a la partición y a la entrega de los bienes mientras sus créditos no hayan sido satisfechos.

No hay razones normativas para que el divorcio u otras causales de disolución de la sociedad conyugal produzcan modificaciones a la ga-

(51) Compulsar las diversas opiniones en sentencia de la Suprema Corte de Mendoza, del 10/11/1992, GAVIOLA, Alberto, Suc., publicado en LA LEY, 1993-C, 245; JA, 1993-IV-465; DJ, 1993-2-186; RDCO, 1993-B-337.

rantía patrimonial que tenían los acreedores antes de ese hecho. Respecto de la muerte (una causal de disolución) decían los franceses: "*La mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme; que les choses se passent comme si le défunt était vivant*". En otros términos, producido el divorcio u otra causal de disolución, el acreedor anterior debe tener frente a sí los mismos bienes que tenía antes de la existencia del proceso colectivo. Es que el acreedor no contrató con una sociedad, sino con una persona casada que le respondía con todos los bienes de su titularidad (propios y gananciales).

La garantía de su crédito debe seguir siendo la misma mientras no exista publicidad de la real mutación de cada uno de los bienes.

* El art. 1315 del CC concede al cónyuge no titular un derecho a los bienes, y no sobre los bienes; consecuentemente, previamente hay que deducir el pasivo.

El propio Guaglianone, autor de la metáfora del encogimiento y el ensanchamiento, explica cómo se desarrollan los efectos de su singular e inteligente teoría: "Las partes alícuotas emergentes de la disolución de la sociedad conyugal son indeterminadas, en el sentido de que, antes de concluirse la liquidación, su cuantía exacta se ignora y hasta puede ser cero.

Sólo el proceso de liquidación dará una cifra y sólo la partición las reflejará sobre bienes singulares". "Es esencial que se reconozca a los acreedores personales del ex administrador un remedio que los ponga a cubierto de las contingencias vinculadas con el sistema matrimonial patrimonial de su deudor; en otras palabras, un remedio por el cual, consultando el hecho de que esos acreedores contrataron teniendo en cuenta bienes que aparecían como de propiedad exclusiva del deudor, los acontecimientos y consecuencias suscitados por cambios en la situación familiar de éste tengan sólo una importancia interna, no afecten en general a los terceros que se habían edificado una seguridad sobre la situación patrimonial establecida antes de disolverse la sociedad conyugal" (52).

(52) GUAGLIANONE, Aquiles, "Teoría de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal en el derecho positivo argentino", N° 318 y sigtes. especialmente n° 322, Ed. Ediar, Bs. As., 1965.

Es verdad que los bienes que responden siguen siendo los mismos, pero es un eufemismo afirmar que la garantía patrimonial de los acreedores no disminuye cuando se incorpora un acreedor que puede llegar a tener un crédito equivalente al 50% de los bienes a liquidar.

Los acreedores conocen las leyes; saben que el deudor es casado y, por eso conocen que los bienes que administra, que son de su titularidad, aunque sean gananciales, responden en su totalidad y no en un 50%.

No se trata de volver a los viejos tiempos en los que los derechos de la mujer resultaban postergados frente a los acreedores del marido (53), pues el régimen legal argentino, como he dicho, permite que la mujer no comprometa los bienes gananciales que ella administra. En otros términos, la cuestión a debatir en la quiebra del marido no se vincula a los bienes gananciales administrados por la mujer (que también invocará en su favor los arts. 5° y 6°, ley 11.357) sino a los gananciales administrados por el marido por haber sido adquiridos por él.

El razonamiento de Esparza, en determinado momento parece dar un salto lógico, pues todos los argumentos van encaminados a sostener que el cónyuge puede separar el 50% de los bienes. Sin embargo, la solución que propicia, como he dicho, es la de permitir que el cónyuge participe a prorrata luego de verificar, como simple acreedor quirografario. La solución tampoco tiene base normativa desde que:

* El art. 1259 está derogado; sin administración marital, el texto carece de todo sentido.

* la verificación encuentra un valladar (no decisivo), cual es que no se trata de un crédito anterior al concurso pues el derecho a los gananciales recién se actualizó con la disolución y ella es posterior pues, justamente, la causal invocada para petitionar la disolución de la sociedad conyugal es el concurso.

(53) Ver BONELLI, Gustavo, "I diritti della moglie nel fallimento del marito", t. XXII, 1924, PP, p. 493, en Riv. del Diritto Commerciale e delle obbligazioni.

11. Momento a partir del cual opera la disolución

El art. 1294, al igual que el viejo texto que sustituyó, silencia el momento a partir del cual se disuelve la sociedad conyugal; por lo tanto, es posible "resucitar" la antigua polémica y enumerar cuáles son, en abstracto, los posibles momentos a partir del cual opera la disolución:

- Día de la apertura del concurso o declaración de quiebra.
- Día de interposición de la demanda de disolución.
- Día de notificación de la demanda de disolución.
- Día en que la sentencia de disolución pasa en autoridad de cosa juzgada.

En mi opinión, cabe la interpretación analógica del art. 1306 del CC; en consecuencia, la sentencia de disolución tiene efectos retroactivos al día de notificación de la demanda de disolución por concurso o quiebra, salvo los derechos de los terceros de buena fe.

12. Rehabilitación del fallido.

La rehabilitación del fallido no es causal de "renacimiento" de la sociedad conyugal. Estos esposos continuarán con el régimen de separación de bienes aunque el fallido haya sido rehabilitado ¿Podrían volver al de la sociedad conyugal? ¿Se estaría introduciendo por esta vía un supuesto de validez de los acuerdos de los cónyuges?

No hay que temer a la autonomía de la voluntad en esta materia; operada la rehabilitación, la vuelta a la sociedad conyugal es posible por acuerdo de partes y bajo los requisitos fijados por el art. 1304 del CC (54).

(54) Dutto parece afirmar que la inscripción de la sentencia de rehabilitación operaría como rehabilitadora de la sociedad conyugal (DUTTO, Ricardo, "La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge", JA, 1991-IV-52). No coincido con esta posición. En mi opinión, la rehabilitación en la quiebra no borra el acto de voluntad del cónyuge, manifestado en la opción conferida por la ley de separar sus bienes. Ya he dicho que, normalmente, el concurso es expresión de mala adminis-

11. *El art. 1294 ¿beneficia o perjudica las relaciones matrimoniales?*

En mi opinión, la solución legal beneficia las relaciones matrimoniales pues, a opción del cónyuge *in bonis*, se elimina un factor de conflicto.

12. *Proyecto de reformas al código civil de 1998.*

El art. 471 del proyecto de reformas de 1998 dispone:

“La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:

- a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;
- b) en caso de concurso preventivo o quiebra del otro cónyuge;
- c)d)

El texto, idéntico al que contenía el art. 532 del proyecto preparado por la Comisión designada por dec. 468/92 (Adla, LII-B, 1641), tiene las siguientes ventajas sobre el vigente:

- Aclara que el requisito del peligro de perder el eventual derecho a los gananciales sólo es exigible para la causal de mala administración.

- Aclara que la causal comprende tanto el concurso preventivo como la quiebra.

Sin embargo, deja vigente la principal discusión doctrinal y jurisprudencial, es decir, los efectos que esta sentencia produce sobre la masa ganancial de administración del fallido.

IV. Situaciones en que el régimen de bienes puede encontrarse al momento de la declaración de la quiebra o concurso

No es raro encontrar un abogado que aconseja a su cliente divorciarse para poder salvar algo de sus bienes en la quiebra. El “consejo” supone

un gran desconocimiento del régimen legal argentino. Analizaré las diferentes situaciones que pueden presentarse.

1. Sociedad no disuelta al momento de declaración de la quiebra o apertura del concurso.

Como he explicado, la ganancialidad no se identifica con el condominio.

Consecuentemente, si al momento de declaración de la quiebra o de la apertura del concurso el régimen de comunidad subsiste (porque no ha operado ninguna causal de disolución) el cónyuge no titular *in bonis*, no tiene derecho a peticionar en el concurso el 50% de sus gananciales.

- En tal sentido se ha resuelto: "La circunstancia de ser el fallido titular registral del inmueble cautelado no hace posible la aplicación del régimen de ganancialidad de bienes como si se tratase de un condominio a los efectos de desafectar una porción de dicho bien del desapoderamiento producido a consecuencia de la declaración de quiebra (55).

- La carga de la prueba de la titularidad puede presentar algunas dificultades. Se ha decidido que "el cónyuge *in bonis* que pretende separar bienes de su titularidad, tiene que acreditar esa calidad". "Para lograr sustraer de los efectos del desapoderamiento concursal provocado por la falencia del cónyuge a los bienes muebles incautados,

tración, por lo que aunque hayan cesado los efectos de la quiebra, podrían permanecer los efectos de la mala administración. Sería un exceso de rigor ritual manifiesto exigir al cónyuge que inicie un nuevo juicio invocando otra causal de separación. Por lo demás, como bien explica Zannoni, la vuelta al régimen de comunidad sin un acto expreso que así lo declare genera inconvenientes graves (ZANNONI, Eduardo, "Derecho de Familia", t. 1, N° 603 y sigtes., 3° ed., Bs. As., Ed. Astrea, 1998).

(55) Cám. Nac. Com., sala B, 23/3/1995, "B.H.J., s/ Quiebra s/ incidente de desafectación", ED, 166-576 con nota de GUSTAVINO, Elías, "La quiebra y el cónyuge del fallido" y LA LEY, 1995-D,599, con nota de A.C.P., "Cónyuges y quiebras". El dictamen del fiscal de Cámara es recordado en la breve nota puesta al pie: considerar el inmueble ganancial bajo el régimen del condominio provocaría una suerte de "limbo jurídico"; la presunta cuota del cónyuge que no figura en el título resultaría inejecutable por los acreedores del titular; pero tampoco lo sería por los del condómino ganancial, ya que no luciría su nombre en el respectivo registro.

debe acreditarse ser titular de los mismos, esto es haberlos adquirido por cualquier título antes o después del matrimonio pues sólo así quedan excluidos de las posibilidades de agresión patrimoniales de los acreedores del esposo deudor, sean los bienes propios o gananciales" (56).

Coincido con la solución con algunas reservas; es menester analizar de qué bienes muebles se trata. He dicho, y explicaré luego con mayor detalle, que según el art. 1276 del Cód. Civil, si el origen de los fondos es dudoso se presume la administración marital, pero esa norma —en mi criterio— ha devenido en inconstitucional luego de la incorporación de la Convención de no discriminación contra la mujer en la Constitución Nacional (57). Por eso, si los muebles se encuentran dentro de un inmueble administrado por el marido (por ej., maquinarias de una fábrica), la solución es correcta. Pero si se refiere, por ej., a muebles que conforman el hogar conyugal, debe presumirse la coposesión y, consecuentemente, sólo podría subastarse el 50 % de todos aquellos bienes que sean embargables.

Un caso de singulares características debió resolver la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial sala I de Santa Fe. Si es que he interpretado correctamente los votos, los hechos eran los siguientes: en el concurso del esposo se subastó el 50% de dos inmuebles; uno, inscripto en el registro a nombre de ambos cónyuges y el otro, de titularidad exclusiva del marido. No se sabe por qué el juez del concurso dispuso la venta de sólo el 50% del segundo inmueble.

Una misma persona se adjudicó en sendas subastas las cuotas partes de los dos inmuebles. Ulteriormente, la esposa inició demanda por división de condominio contra el adjudicatario. El demandado se opuso; sostuvo que no existiendo constancia del divorcio ni de otra causal

(56) Cám. Nac. Com., sala C, 14/6/1991, Granados, Ernesto s/ Quiebra, La Ley, 1993-C, 241, con nota de HIGHTON, Federico, "Bienes gananciales ante la quiebra del cónyuge".

(57) Cám. Apel. CC Azul, sala I, 18/2/1998, Miretzky, José c. Roller, ED, 177-495, con nota desaprobatoria de GUASTAVINO, Elías, "¿Inconstitucionalidad del art. 1276 2° párrafo del Código Civil después de la reforma de la Ley Suprema de 1994?".

de disolución de la sociedad conyugal, la actora no podía pedir la división del condominio; también invocó que el marido no había prestado asentimiento al acto de división, no obstante tratarse de un acto de disposición.

El juez de primera instancia rechazó las defensas e hizo lugar a la demanda. La Cámara confirmó la decisión, pero con diversos fundamentos. El voto de la mayoría contiene algunas afirmaciones difíciles de compartir, cuales son que el concurso del marido había producido la disolución de la sociedad conyugal y que al disponerse el 50% de titularidad del marido, el otro 50 % era un bien propio de la actora. La minoría, en cambio, distingue adecuadamente la situación de ambos inmuebles: el que ambos cónyuges titularizaban en condominio, no presenta especial dificultad, pues la partición no implica disolución anticipada, desde que la cuota parte conserva el carácter ganancial del todo; la defensa relativa a la falta de asentimiento conyugal también resultaba improcedente, pues sólo podía ser invocada por el cónyuge y no por el tercero (58).

2. Sociedad disuelta al momento de declararse la quiebra o el concurso (por muerte o divorcio, u otra causal que no implique disolución del matrimonio)

La disolución de la sociedad conyugal actualiza el derecho a los gananciales; pero aún así, el derecho a separar los bienes que corresponden al cónyuge que antes no los titularizaba no siempre aparece con claridad. Es menester distinguir diversas situaciones:

a) Partición de bienes aprobada antes de la declaración de la quiebra o concurso.

En este supuesto, cabe reconocer al cónyuge el derecho a separar los bienes.

- ¿Que ocurre si la partición no ha tenido acceso registral e incluye bienes registrales?

(58) Cám. Apel. Civ. y Com., sala I, Santa Fe, 30/10/95, Jurisprudencia Santafesina, N° 25, p. 67, fallo n° 0064.

En mi opinión, el derecho de separación existe aunque los bienes adjudicados al cónyuge *in bonis* sean registrales y la partición no ha tenido acceso registral siempre y cuando ese acto haya tenido otro tipo de publicidad (por ej., posesoria).

Fundo mi posición en una interpretación *a fortiori* del art. 146 de la LC (59). Si un boleto de compraventa otorga al comprador el derecho a que el bien se escriture a su nombre ¿cómo no autorizar la transferencia en favor de quien por haber actualizado su derecho a los gananciales tiene ahora un derecho sobre la cosa?

- ¿Qué sucede si los bienes adjudicados son de aquellos de origen dudoso, pues no está claro el origen de los fondos?

Cabe recordar un caso planteado ante los tribunales, de especial interés por las circunstancias fácticas que lo rodearon: se había declarado la quiebra de la mujer; en una ejecución contra el marido se habían embargado bienes muebles no registrables destinados al uso agrícola. El síndico de la quiebra se presentó a la ejecución individual y solicitó se suspendiera el remate. El juez de primera instancia rechazó la petición y argumentó del siguiente modo:

La esposa había sido declarada en concurso con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal y antes de la partición.

Los bienes muebles a los que se refiere la sindicatura fueron objeto del convenio celebrado en el juicio de divorcio de los cónyuges, convenio en el que se les reconoció el carácter de gananciales. Atento a los términos de ese acuerdo deben considerarse gananciales de titularidad conjunta, correspondiendo a su respecto la aplicación de la tesis de su sujeción al régimen del condominio, directamente o por analogía. Esto supone la posibilidad de ejecutar la porción indivisa del cónyuge deudor. Esta conclusión, en principio, no experimenta ninguna modifica-

(59) Para las razones por las cuales el art. 146 de la LC exige algún tipo de publicidad me remito a mi voto emitido en la sentencia plenaria de la Suprema Corte de Justicia del 30/5/1996, in re "Fernández, A.", en JA, 1997-I-83, con nota de ROUILLON, Adolfo, "Reflexiones sobre ciertos límites al reconocimiento, en la quiebra, del derecho a escriturar inmuebles adquiridos por boleto".

ción por el concurso o quiebra de la esposa, por lo que durante la vigencia de la sociedad conyugal, tratándose de bienes gananciales de titularidad conjunta, no pueden ser absorbidos íntegramente por los acreedores de la quiebra, sino sólo en el 50% de propiedad de la fallida.

Sin embargo, lo convenido por los esposos no puede serle opuesto al acreedor del marido ejecutado en el proceso singular, pues no ha sido homologado ni ha recibido la publicidad necesaria como para producir efectos respecto a ese tercero.

La Cámara razonó con otra línea argumental:

El acreedor de la ejecución pretende el remate del 100% de los bienes muebles; la sindicatura de la fallida, en cambio, pretende sustraer esos bienes de la ejecución individual en la misma medida. El juez ordenó la venta del 100% de los bienes muebles no registrables, en razón de que el convenio era inoponible al acreedor; sin embargo, el propio acreedor petitionó en dos oportunidades que el embargo se trabara sobre el 50% indiviso ganancial correspondiente al demandado.

Ninguno de los recurrentes acepta que se trate de gananciales de titularidad conjunta y con participación igualitaria de los ex cónyuges. En realidad nada hay en el convenio que reconoce a esos bienes carácter ganancial, el de ser de titularidad conjunta aplicándosele el régimen del condominio.

Para establecer cuál de los cónyuges tiene la gestión de los gananciales y por ende cuál puede comprometerlos sometiéndolos a la persecución de los acreedores, prevalece la tesis de que la titularidad no requiere mencionar el origen de los bienes empleados en la adquisición; basta la constancia de quién es el adquirente.

Las adjudicaciones realizadas en las sentencias de disolución de la sociedad conyugal son eficaces respecto de terceros cuando toman estado público, que en el caso de los inmuebles y muebles registrables, es desde su anotación.

Por eso, los interesados terceros contendores (síndico de la quiebra de la esposa y acreedor del marido) tenían la posibilidad de probar que la adquisición era exclusiva en favor de alguno de ellos. En autos se ha

acreditado que ambos cónyuges conjuntamente constituyeron un gravamen prendario sobre esos bienes, lo que denota la existencia de un condominio de partes indivisas gananciales. En consecuencia, cada cónyuge debe responder ante sus acreedores con el 50% indiviso.

El segundo párrafo del art. 1276 del Cód. Civil estatuye que si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuese dudosa, la administración y disposición corresponde al marido; ergo responderían por el total ante los acreedores particulares de éste (arts. 5° y 6°, ley 11.357). Pero esta solución no es acorde con la tendencia legislativa general y debe considerarse que se encuentra normativamente superada, a cuya declaración está autorizada esta Cámara en función del principio *iuria curia novit*; conforme a la jerarquía de rango constitucional otorgada por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional a la Convención sobre la eliminación de todas las formas contra la discriminación de la mujer, tal principio de igualdad ha adquirido primacía ante un eventual conflicto con cualquier norma interna, gozando de operatividad. Por eso, caracterizada doctrina sostiene que el Art. 1276 debe pasar a un segundo plano por resultar discriminatorio y, por ende, inconstitucional. Esa declaración lleva a sostener la administración conjunta; en tal caso corresponde declarar que esos bienes responden en un 50% a los acreedores de un cónyuge y en el otro 50 % a los del otro (60).

Guastavino criticó la solución dada por la Cámara de Apelaciones; entiende que:

* el art. 1276, 2° párrafo no es acorde con la tendencia legislativa comparada; sin embargo, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, no obstante su minuciosidad y amplio contenido, no es autoejecutoria sino programática;

* en el caso, la declaración de oficio de inconstitucionalidad privó a la parte afectada del derecho de defensa y de la posibilidad de invocar las razones de la no autoejecutoria de esa Convención.

(60) Cám. de Apel. Civil y Com. de Azul, sala I, 18/2/1998, "Miretzky c. Roleri, Manuel" en ED, 177-491 con nota de GUASTAVINO, Elías, "¿Inconstitucionalidad del artículo 1276, 2° párrafo del Código Civil después de la reforma de la ley suprema de 1994?". El fallo también se comenta en Rev. del Derecho Priv. y Comunitario N° 18, p. 443 por Horacio Roitman y José Antonio Di Tullio.

Concluye que es necesaria la reforma de la legislación civil “para dar operatividad a la Convención, pero existe pendiente una importante tarea del Poder Legislativo que debería perfilar los matices discriminatorios en contra de la mujer distinguiéndolo de los que no lo son”.

Me permito discrepar con el prestigioso académico, a cuya memoria rindo homenaje. En mi opinión, la Convención es operativa y no estando en juego aspectos fácticos, sino estrictamente normativos, la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de la norma no violó el derecho de defensa en juicio (61).

- Finalmente, puede ocurrir que exista un “convenio” de partición por el cual se compensen las cosas adjudicadas por sumas de dinero ¿Qué debe hacer el cónyuge *in bonis* en este caso?. En mi opinión, pese a lo que afirman enfáticamente los arts. 21 inc 2°, 132 1° párrafo y 275, el cónyuge debe presentarse a pedir verificación de su crédito. Ante los tribunales argentinos se ha planteado la cuestión si en el concurso del cónyuge que debe pagar puede plantearse un incidente desindexatorio. La doctrina legal sentada por el tribunal es que “puesto que el valor de las cuotas pactadas por el ahora concursado y su esposa en el acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal homologado en el juicio de divorcio podía fluctuar según las pautas fijadas por las partes, es inequívoco que éstas, virtualmente, difirieron la fijación del capital con sujeción a un precio de mercado determinable al momento del pago de cada cuota, por lo cual cabe concluir que tal situación no puede ser considerada consolidada, por lo cual se halla incluida dentro del régimen de la ley 24.283 (Adla, LIV-A, 30)”. Sin embargo, en concreto, “no habiendo quedado acreditado que el monto total de las cuotas desatendidas por el concursado del acuerdo de disolución de sociedad conyugal homologado en sede civil, y base del crédito reclamado por la incidentista, sea comparativamente exorbitante respecto de la proporción de patrimonio que le fuera adjudicado al primero en dicho convenio, cabe considerar que no se ha verificado la desproporción habilitante

(61) Me remito a las razones expuestas en un trabajo de mi autoría “Reflexiones en torno a la declaración de inconstitucionalidad de oficio”, en *El Poder Judicial*, obra colectiva dirigida por el Dr. Dardo Pérez Guilhou, ps. 235/250, Ed. Depalma, Bs. As., 1989.

de la morigeración del pasivo prevista por la ley 24.283". En el caso, en el divorcio se había pactado mediante convenio homologado, que el marido pagaría una suma de dinero. En el concurso ulterior, el síndico verificó que quedaban aún 32 cuotas impagas y verificó por casi 2.000.000; fue entonces cuando el marido planteó el incidente desindexatorio con la suerte ya referida (62).

b) Quiebra o concurso declarado en el período de indivisión postcomunitaria

Disuelta la sociedad conyugal (por ej., por muerte o por divorcio) se abre, hasta la partición, la etapa de la indivisión postcomunitaria (que puede coincidir con la indivisión hereditaria, en caso de muerte de uno de los cónyuges).

- Como integrante de la sala I de la Suprema Corte de Justicia tuve oportunidad de pronunciarme en un caso de especiales características (63). En esa oportunidad se resolvió que las deudas del cónyuge premuerto, cuyo patrimonio ha sido declarado en quiebra, deben satisfacerse con imputación al acervo (arts. 3431 y 3474) por lo que la cónyuge supérstite sólo recibirá los derechos que como socia le correspondan una vez que se haya pagado a los acreedores del causante con los bienes que estaban inscriptos a su nombre. La muerte y el concurso —se argumentó— no deben producir modificaciones respecto a la garantía patrimonial que tenían los acreedores cuando el causante vivía. Producida la muerte o la quiebra, el acreedor anterior debe tener frente a sí los mismos bienes que tenía antes de la existencia del proceso colectivo. Es que el acreedor no contrató con una sociedad, sino con una persona casada que le respondía con todos los bienes de su titularidad (propios y gananciales); de allí que la garantía de su crédito debe seguir siendo la

(62) Cám. Nac. Com., sala D, 26/9/2000, "H.R.E. s/Concurso preventivo s/incidente de revisión", ED, 191-215.

(63) 10/11/1992, "De la Roza de Gaviola", en j. "Gaviola Alberto Sucesión", en LA LEY, 1993-C, 244, JA, 1993-IV-464, DJ, 1996-2-186, RDCO, 1993-B-335, Foro de Cuyo 11-756 y ED 160-71, con nota de GUSTAVINO, Elías, "Los gananciales del fallido y el enigma del artículo 1294 del Código Civil". El fallo también ha merecido un capítulo del libro de LEIVA, Claudio, "La quiebra del cónyuge", ps. 226/265, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

misma mientras no exista publicidad de la real mutación de cada uno de los bienes (ver supra III.8).

- Con criterio análogo se ha resuelto que "como el régimen de ganancialidad sólo es operativo para el caso de disolución de la sociedad conyugal, ésta no puede invocarse si sucedió con posterioridad a la falencia, que comprende deudas anteriores al divorcio afectadas al régimen genérico de deudas". El tribunal entendió que "la sentencia que dispone la disolución de la sociedad conyugal no importa la separación inmediata de bienes; a partir de allí pende un estadio llamado de indivisión post comunitaria que desembocará en la partición de los bienes" (64). El comentador de la sentencia aclara que si la sentencia de separación de bienes fuese anterior a la declaración de falencia, habría entre los cónyuges un condominio; sin embargo ese condominio funciona solamente entre las partes y, mientras no se lo exteriorice mediante la pertinente inscripción en el Registro, no será oponible a terceros. Por eso, en su opinión, aunque no es común que se tome nota registral de ese condominio, es útil hacerlo cuando por diversas razones el proceso de liquidación de la sociedad conyugal debe ser postergado. Pero mientras el condominio no se exteriorice y se torne oponible a terceros, el bien inmueble que figura inscripto a nombre del deudor responde por las deudas que éste haya asumido y queda incluido en el desapoderamiento.

V. Concurso de la "sociedad conyugal". El concurso de ambos cónyuges. El cónyuge "colaborador"

1) No concursabilidad de la "sociedad conyugal"

He explicado que la sociedad conyugal no es una persona jurídica distinta a la de los cónyuges. Consecuentemente, no debe extrañar que algunos jueces se nieguen a abrir el concurso o declarar la quiebra de la "sociedad conyugal". En este camino, la Cámara Nacional de Comercio, Sala C resolvió que "la concursabilidad de la sociedad conyugal debe ser rechazada ya que, de posibilitarla, se daría lugar a una indebida superposición de regímenes patrimoniales de orden público, como son el

(64) Cám. Nac. de Comercio, sala D, 28/4/1988, "N.J.A." en ED, 131-236 con nota de Mazzinghi, Jorge, "El concurso como causa de separación de bienes".

concurzal y el patrimonial, afectando la finalidad para la cual el legislador los ha concebido. En el caso, ambos cónyuges solicitaron la formación del concurso preventivo de la sociedad conyugal, integrada por ambos, a la que atribuyeron la calidad de sujeto de derecho; rechazada la petición en primera instancia, al fundar el recurso de apelación, mantuvieron esa postura. El tribunal rechazó el recurso y dijo: "Conforme el criterio mayoritario, en nuestro sistema legal la denominada sociedad conyugal no parece encuadrar en la connotación de persona de existencia ideal en los términos del art. 2° de la ley 24.522, con aptitud para constituirse en sujeto concursal distinto de las personas individuales que la componen" (65).

Es cierto que, aunque carece de personalidad, el patrimonio del fallecido es concursable (art. 2° inc. 1, L.C.), pero existe una disposición legal que expresamente lo admite y fija los requisitos, base normativa de la que se carece tratándose de comunidad conyugal. Por lo demás, la indivisión hereditaria crea un sistema de administración que ninguna semejanza tiene con la sociedad conyugal.

2. Esposos que actúan "como socios de una sociedad irregular". Petición de quiebra o de extensión de la quiebra a la pretensa "sociedad irregular"

a) Preliminares. Las sociedades irregulares entre cónyuges y las normas de la ley de sociedades. Opiniones críticas de Cámara y Zannoni

Las sociedades entre esposos han generado desde siempre polémicas interminables.

Cámara recuerda que algunas sociedades comerciales surgieron en Italia, en la Edad Media, con un tinte netamente familiar, pues la sociedad colectiva aparece cuando fallece el padre y sus herederos deciden continuar la explotación comercial o industrial de aquél, a cuyo efecto se asocian asumiendo responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales. Continúa diciendo que entre las varias sociedades familiares están las "sociedades entre cónyuges, muy corrien-

(65) Cám. Nac. de Com., sala C, 22/4/1997, "Manrique, Manuel Jorge s/ Conc. Prev." en ED, 174-147, con nota de El Búho, "Freno a una extravagancia concursal".

tes en el mundo económico contemporáneo; no hay duda que numerosas causas económicas, morales y políticas favorecen en la actualidad la sociedad entre esposos, tema sobre el cual casi no se pensaba en el siglo XIX" (66).

Doctrina y jurisprudencia se dividen en dos sectores: uno que admite la posibilidad de coexistencia de una sociedad conyugal con una sociedad irregular, y otro que la rechaza. De cualquier modo, una y otra critican la solución del art. 29 de la ley de sociedades por no responder al sistema general de las nulidades societarias.

Respecto de esta crítica, transcribiré las opiniones de Cámara y Zannoni, por ser las más representativas:

Advierto al lector, *ab initio*, que para Cámara, dado que la sociedad no constituida regularmente no es una de las sociedades típicas contempladas en el estatuto legal, escapa a la limitación del art. 27 de la L.S., pues en su opinión, esta norma sólo se refiere a las sociedades típicas; en consecuencia, la sociedad irregular puede ser constituida por ambos cónyuges satisfaciendo los requisitos sustanciales, es decir, aportes, *afectio societatis*, etc. Aclara que la mera ayuda de la mujer no importa sociedad comercial; no existe sociedad irregular si, por ej. se ha probado que las ventas se efectuaban siempre a nombre del esposo; en otros términos, la prestación de acciones que sólo traduce la circunstancia de ayudarse, socorrerse mutuamente, soportar el peso de la vida y dividir su destino común, no constituye regulación específica de situaciones económicas.

Luego argumenta: El art. 29 de la ley de sociedades, muy escuetamente, declara: "Es nula la sociedad que viole el art. 27. Se liquidará de acuerdo con la Sección XIII". La nulidad impuesta por la ley es absoluta; por tanto, es inconfirmable e imprescriptible; en el derecho argentino, la sociedad es nula, pero juega como causal de disolución, a pesar de que Uría piensa que no cabe hablar de disolución de una sociedad radicalmente nula, por aplicación del viejo adagio "*quod nullum est, nullum producit effectum*".

(66) CAMARA, Héctor, "Sociedades entre cónyuges en nuestro derecho", en Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903", ps. 79 y sigtes., Ed. Depalma, Bs. As., 1985.

En materia de nulidades societarias cabe seguir a Pic cuando dice "*La nullité d'une société n'agit que pour l'avenir*". El art. 16 de la L.S. sienta la regla general: "La nulidad o anulación que afecte el vínculo de uno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias". La incapacidad de derecho que pesa sobre uno de los cónyuges no debería llevar a la liquidación de la sociedad, bastando con desatar ese vínculo y mantener la empresa; por ende, lo que corresponde es la rescisión parcial del contrato conforme el art. 92 de la L.S.

Consecuentemente, no se alcanza a comprender por qué el legislador se ha inclinado a declarar nula la sociedad irregular entre cónyuges, contrariando el principio general del art. 16, primera parte. Lamentablemente, la posible aplicación de ese art. 16 choca inevitablemente con la norma especial (el art. 29) por lo que la sociedad será declarada nula y por lo tanto se liquidará. Declarada la nulidad de la sociedad entre cónyuges, corresponde abrir la etapa de liquidación.

En definitiva, el art. 29 es una norma desafortunada, por estar reñida con la estimativa jurídica, desde que el marido o la mujer pueden celebrar sociedad con un tercero pero no con su propio consorte; además, la realidad ha demostrado que se trata de una norma insuficiente (67).

Respecto de las nulidades societarias, Zannoni enseña que:

La pluralidad del acto social constitutivo como contrato plurilateral de organización permite distinguir los vicios que sólo afectan al vínculo del socio, de aquellos que afectan el acto constitutivo como tal.

Difícilmente se puede aplicar el principio clásico "lo que es nulo no produce efectos" consagrado por el art. 1050 del Cód. Civil, porque la complejidad de los intereses que la nulidad afecta obliga a evitar eventuales enriquecimientos injustos que pudieran obtenerse; en consecuencia, merece especial consideración el interés de los terceros que

(67) CAMARA, Héctor, "Sociedades entre cónyuges en nuestro derecho, en Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903", ps. 79 y sigtes., Ed. Depalma, Bs. As., 1985.

han contratado con la sociedad de modo de no lesionar la seguridad jurídica del tráfico basada en la buena fe; la única forma de conjugar esos intereses es recurriendo a la aplicación de la teoría de la "sociedad de hecho" para cubrir su actuación en el pasado.

El art. 16 de la L.S. consagra un principio general cual es que la nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias. La fuente del artículo es el 1420 del código italiano de 1942. La falta de capacidad es un vicio de los requisitos comunes del acto constitutivo. Pero a juicio general de la doctrina, la incapacidad del otorgante afecta su vínculo y no el de la sociedad como tal. En otras palabras, el vicio derivado de la incapacidad que conlleva a la anulación se manifiesta sólo en relación del incapaz. Hay entonces una contradicción entre los arts. 16 y 29 de la 19.550 (Adla, XXXII-B, 1760); el art. 29 también está en contradicción con el principio general de conservación de la empresa previsto en el art. 100.

La comisión que redactó la ley de sociedades juzgó incompatible la coexistencia de dos regímenes económicos. Pero la *ratio legis* se satisface declarando nulo el vínculo que suponga esa coexistencia (el acto constitutivo será nulo de nulidad absoluta, arts. 1043 y 1047, C.C.), manteniendo, de ser posible, la validez de la sociedad. En otras palabras: la prohibición no afecta a la sociedad sino a los socios incapaces de constituir o integrarla. No se alcanza cabalmente a comprender por qué el legislador se ha inclinado por declarar nula la sociedad, contrariando el principio del art. 16. Será de aplicación entonces el art. 23, 1° parte, para el pasado, mientras nadie plantee la nulidad, y en consecuencia, los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales. "Adviértase la paradoja, pues es precisamente esa responsabilidad ilimitada y solidaria la que funda la incapacidad. El régimen de nulidad, así regulado, no logra proteger el régimen patrimonial del matrimonio y mal grado la incapacidad, los efectos patrimoniales de la existencia de la sociedad del tipo prohibido no han logrado evitarse ¿Hay forma de evitarlo? Creemos que una adecuada aplicación del concepto de ineficacia permitiría descubrir modos más conducentes de salvaguardar, simultáneamente, el régimen patrimonial del matrimonio y la validez de la sociedad. En efecto, si no obstante ser válida la sociedad, la ineficacia sólo afectara

las relaciones entre los cónyuges, el asunto giraría en sus verdaderos límites. Se estaría no ante un problema de nulidad de la sociedad sino de ineficacia relativa del vínculo societario que une a los cónyuges con ella". Concluye que bien vale la pena meditar sobre dos preguntas: 1. ¿no será preferible revalorizar los argumentos que demuestran la posibilidad de que los cónyuges constituyan o integren cualquier tipo de sociedades? 2. En caso contrario, ¿qué remedios eficaces puede brindar el derecho para evitar la constitución y los efectos de una sociedad integrada por ambos cónyuges no obstante la prohibición? (68).

b) Consecuencias de la polémica anterior en materia concursal.

Un sector, que sigue de cerca a Cámara, sostiene que si la sociedad de hecho entre cónyuges estuviese alcanzada por la prohibición del art. 27, le sería aplicable la sanción de nulidad del art. 29 con la consiguiente liquidación del ente social, lo que trae consecuencias absolutamente contradictorias con el sistema matrimonial, por lo que debe aceptarse la posibilidad de superposición de ambos regímenes y permitirse el concursamiento de la sociedad irregular.

Otro entiende que ante la manifiesta incompatibilidad del régimen matrimonial y el de las sociedades de hecho comerciales, debe preferirse el primero en razón del orden público propio de su formulación legislativa. La incompatibilidad de ambos regímenes es evidente a poco que se compare el esquema de gestión conjunta y responsabilidad solidaria de las sociedades irregulares (art. 21 a 26, ley 19.550) con el régimen de responsabilidad separada y gestión independiente que caracterizan al régimen patrimonial del matrimonio (arts. 1276 del CC y 5° y 6°, ley 11.357). Esto significa que no se puede solicitar la quiebra ni mucho menos el concurso preventivo de una sociedad irregular formada por los cónyuges.

Ambas posiciones encuentran respaldo doctrinal y jurisprudencial.

- Jurisprudencia y doctrina que avala la posibilidad del concursamiento de una sociedad irregular formada por los cónyuges.

(68) ZANNONI, Eduardo A, "Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario", ps. 42 y sigtes., N° 15/19, Ed. Astrea, Bs. As. 1980.

El juzgado de primera instancia de concursos y sociedades N° 4 de Córdoba resolvió el 13/11/1986 que la nulidad decretada de oficio de la sociedad de hecho integrada por cónyuges no impide la declaración de la propia quiebra si concurre el presupuesto objetivo de la cesación de pagos, debiéndosela extender a sus socios conforme el art. 164 de la ley 19.551 (Adla, XXXII-B, 1847). La declaración de nulidad y de falencia tienden a la liquidación, y si bien la segunda permite un acuerdo resolutorio, frente a la nulidad de la sociedad el acuerdo sólo puede ser ofrecido en tanto importe un modo de liquidación de la sociedad que sea más conveniente al concurso" (69).

La decisión fue criticada. Transcribo gran parte de la nota a fallo del profesor Romero porque contiene la mayoría de los argumentos que la doctrina vierte sobre el particular.

Resulta un absurdo, dice el jurista cordobés, que habiendo una comunidad de bienes impuesta por la ley de fondo en un régimen de orden público como es el matrimonial, que establece la forma en que cada cónyuge responde con sus bienes, se lo deje a un lado y se busque solución en normas previstas para situaciones de hecho, marginales y sancionatorias. El régimen de las sociedades de hecho pretende proteger la fe pública, beneficiar a los terceros, atento a la falta de una publicidad regular; pero estas normas no son aplicables a la sociedad conyugal que tiene un sistema *ex lege*, de orden público, frente al cual tiene poca envergadura la voluntad de las partes. Aceptar la existencia de una sociedad de hecho por la sola manifestación de los cónyuges, dice, importa tanto como posibilitarles, por su sola expresión, la violación del régimen protegido, todo lo cual constituye un sin sentido. La sociedad conyugal no configura un sujeto de derecho ni tiene un patrimonio independiente, ni aportes, ni divide utilidades. Por el contrario, el régimen de irregularidad societaria implica la existencia de un sujeto de derecho distinto de los socios, que adquiere derechos y contrae obligaciones y, esencialmente, constituye a los socios en codeudores solidarios y principales pagadores de todas las obligaciones.

(69) Juzg. de Primera Instancia y 7° Nominación Civil y Comercial de Córdoba. Juzg. De Concursos y Sociedades N° 4, 13/11/1986, "Moselli y otra, Soc. de hecho p/ Quiebra propia" en RDCO, p. 159, año XX, 1987.

“Si como lo hace la sentencia, se entiende que existe una sociedad de hecho, los problemas serán de difícilísima si no imposible solución; en efecto, las distintas participaciones y consecuentemente la cuota de liquidación que corresponderá a cada uno de los socios, se determinarán en relación con los aportes realizados pues toda otra solución sería violatoria de la garantía constitucional del derecho de propiedad. Por el contrario, en la sociedad conyugal, la totalidad de los bienes se adquiere según su origen, que les confiere una calidad; esto determinará que en la eventual división de la sociedad conyugal se dividen sólo los bienes gananciales (no los propios) y no se hará la distribución en virtud de los aportes, sino que se repartirán por partes iguales. Parece entonces un recurso sin sentido distinguir entre una sociedad conyugal titular de los bienes y una sociedad de hecho titular de la gestión porque en verdad la finalidad última de cualquier instituto societario está constituida por la vocación de participar en las utilidades, esto es en la propiedad de los bienes mediante la partición de los beneficios. Así es que esta última consecuencia es francamente incompatible con el sistema legal de la sociedad conyugal.

Cuando todo este tema es traído a las situaciones de insolvencia la dificultad se agranda. Mediando una familia legalmente constituida, el legislador ha proporcionado una regulación precisa sobre los bienes, los derechos y las obligaciones. El nuevo ente que se pretende es de existencia imposible y por tanto no puede darse su quiebra” (70).

En la misma línea que la sentencia anteriormente criticada, y sin mayores motivaciones, otro Juzgado Civil y Comercial de Córdoba resolvió que “resulta procedente la apertura del pequeño concurso preventivo solicitado por los cónyuges en su carácter de únicos integrantes de una sociedad de hecho, pues la peticionante es un sujeto comprendido en las previsiones del art. 2° de la ley 24.522, y se ha acreditado la existencia de seis trabajadores en relación de dependencia, circunstancia que por sí sola es suficiente para calificar al proceso en los términos del art. 288 de citado cuerpo legal” (71).

(70) ROMERO, José Ignacio, “Empresa familiar, sociedad de hecho y quiebra”, RDCO, p. 160 y sigtes., año XX, 1987.

(71) Juzg. Civ. Com., 33 Nom., Córdoba, 22/6/99, LLC, 2001-961, fallo n° 3623, comentado por José Ignacio Romero: “El concurso preventivo de la sociedad conyugal”.

También se ha decidido que “teniendo en cuenta que ambos cónyuges son los únicos socios (en el caso la sociedad es nula por violación del art. 27 de la ley 19.550) resultan obligados solidarios por todas las operaciones sociales y la quiebra de la sociedad importa la de sus socios con responsabilidad ilimitada” (arts. 23, ley 19.550 y 164, 19.551). En el caso, se acreditó: que la empresa constructora tenía por únicos titulares al fallido y su esposa; que ésta conjuntamente con aquél actuaba en la conducción y administración, compartiendo personal y patrimonialmente las responsabilidades del giro de dicha empresa (por ejemplo, era la esposa quien libraba los cheques para atender los pagos de la empresa; autorizaba órdenes de entrega de mercaderías a los proveedores y recepcionaba certificados de obra); que la empresa no tenía otros bienes diferentes a los de los esposos y que el desequilibrio económico financiero de esa empresa llevó a la cesación de pagos a los esposos. El peticionante de la quiebra adhirió al pedido de la sindicatura en cuanto a la extensión de la quiebra a la cónyuge, y pidió que también se declarase la quiebra de la sociedad de hecho. El juez consideró acreditada esa sociedad y dijo que conforme el art. 27 la sociedad era nula, debiendo liquidarse, por lo que habiéndose cumplido los plazos legales debe procederse a su liquidación, pero no de conformidad con la ley de sociedades sino con las disposiciones de la ley de concurso. En consecuencia extendió la quiebra a los cónyuges y a la sociedad de hecho.

En este caso, la sentencia recibió comentario favorable de María J. Méndez Costa. La prestigiosa profesora santafecina parte de la separación de deudas previstas en los arts. 5° y 6° de la 11.357 y sienta la regla de la imposibilidad jurídica de que la sociedad conyugal, como tal, sea concursada o que el concurso o la quiebra de un cónyuge arrastre al otro, siendo ambas consecuencias de la insensibilidad del patrimonio sometido a la gestión de un cónyuge por las deudas del consorte. Sin embargo, dice, nada obsta a que los cónyuges lleguen a ser deudores conjuntos, simplemente mancomunados o solidarios, por intervenir como sujetos en idéntica posición en el negocio o incurrir en responsabilidad emergente de un mismo hecho ilícito. La relativa frecuencia con que se presenta la actividad conjunta de los esposos en la esfera patrimonial, obliga a plantearse la alternativa de que puedan probarse los presupuestos de una sociedad de hecho. Infiriéndose de hechos probados que las deudas han sido contraídas conjuntamente, la responsabilidad de los esposos será simplemente mancomunada, porque la solidaridad ha de provenir de la ley, de la sentencia o del pacto; por el

contrario, los socios de la sociedad comercial de hecho quedan solidariamente obligados por las operaciones sociales, siendo esta obligación además de ilimitada no subsidiaria (art. 23, ley 19.550). Es indudable que la sociedad comercial de hecho está vedada a los cónyuges porque escapa a la tipificación de las únicas sociedades permitidas por el art. 27, siendo innecesario subrayar que la *ratio legis* del art. 27 reside en impedir la presencia de los dos esposos con responsabilidad ilimitada y solidaria dentro de una misma sociedad por considerarlo incompatible con la separación de deudas consustancial a la sociedad conyugal. Por otro lado, explica, la doctrina ha puesto de relieve la singularidad del régimen de nulidad de las sociedades comerciales. A diferencia del Código Civil, la ley de sociedades admite la existencia y reconoce la gestión del ente cuya constitución registra el vicio que provoca la sanción legal. Es decir, la nulidad opera como causal de disolución en homenaje a la personalidad jurídica de la sociedad y por exigencias de protección de los terceros y del tráfico económico jurídico. De cualquier modo la apreciación de la prueba para demostrar la sociedad de hecho entre cónyuges debe ser estricta por tratarse de una sociedad prohibida y por las especiales relaciones que vinculan a los esposos entre sí. Por eso, hay que conceder particular importancia al aporte de bienes, pero sin rechazar la evidencia que se desprende de una gestión comercial que excede los límites del deber de colaboración conyugal, todo sujeto a la cuidadosa e ilustrada apreciación del juzgador. El caso que se comenta es un interesante ejemplo de esa prudente valoración (72).

En esta misma tendencia, respecto de la extensión de la quiebra, dice Otaegui: "El art. 27 de la Ley de Sociedades dispone que los esposos sólo pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, siendo nula la sociedad que viole tal norma, la que deberá liquidarse de acuerdo a la sección XIII (art. 29, L.S.). Se ha sostenido que en tal supuesto, siendo la sociedad nula no corresponde la quiebra de la misma y extenderla a sus socios esposos, sino que hay que declarar la quiebra principal de tales socios esposos. Sin embargo, puede afirmarse que si la sociedad debe liquidarse conforme a la sección XIII de la L.S. y está en cesación de pagos, es un sujeto quebrable y, en tal caso, la

(72) MENDEZ COSTA, María Josefa, "Sociedad comercial de hecho entre cónyuges", LA LEY, 1991-D, 215. En ese comentario el lector encontrará reseñadas todas las decisiones judiciales publicadas hasta la fecha de su redacción.

quiebra debe extenderse a los esposos por ser socios con responsabilidad ilimitada (arts. 160 y 16, L.C.). En el caso de la sociedad comercial de hecho entre cónyuges son aplicables las pautas señaladas para la quiebra de la sociedad de hecho” (73).

También respecto de la extensión se ha dicho: Dado que el proceso concursal no puede tener como sujeto pasivo más de una persona física o jurídica, no es posible acumular los procesos concursales de ambos cónyuges. Se admite, sin embargo que esa unificación opere cuando hay confusión patrimonial. O sea, puede ocurrir que las deudas hayan sido contraídas por los esposos, que no sea posible claramente deslindar la imputación de deudas y bienes; esto es propio de la quiebra, no del concurso. Pero esto no significará que existan dos quiebras distintas acumuladas sino que es una sola que se extiende al otro sujeto. “En este caso, se forma una masa única (sin distinguir bienes propios y gananciales) y los acreedores de ambos cobrarán con el producido de la venta del activo total” (74).

- Jurisprudencia y doctrina que no admite la posibilidad de superposición entre el régimen patrimonial matrimonial y la sociedad irregular.

Otras salas de la Cámara Nacional de Comercio niegan la posibilidad de apertura del concurso de una pretensa sociedad de hecho entre cónyuges.

La cuestión fue abordada por la sala D, ante un pedido del síndico de extender la quiebra al otro cónyuge por “confusión patrimonial” (El síndico sostenía que esa confusión había generado una sociedad irregular). El tribunal sostuvo que las constancias del expediente no permitían tener por cierta tal sociedad irregular; que la atribución de tareas a la cónyuge para lograr beneficios comerciales no importa que ésta forme otra comunidad patrimonial diversa de la sociedad conyugal; “la existencia de una sociedad irregular requiere aportes destinados a desarrollar la gestión económica, y en el caso, el tribunal no cuenta con

(73) OTAEGUI, Julio, “La extensión de la quiebra, p. 55, Ed. Abaco, Bs.As., 1998.

(74) LAZZATTI, Pablo y FERRER, Patricia, “Acumulación de procesos”, en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, p. 543, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997.

prueba o indicio de que hubiese existido otro aporte de la cónyuge que no fuese la prestación del trabajo, conducta propia de alguien que integra la sociedad conyugal. En el derecho argentino los cónyuges pueden ser socios comerciales sólo en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada (art. 27, L.S). Una sociedad constituida en violación de esa norma sería nula". "La confusión patrimonial que justificaría la extensión a los términos del art. 165 inc. 3° también requiere de especial motivación. En el caso, el síndico la invocó, pero no explicó de qué modo esa confusión de bienes excede lo propio del régimen matrimonial en lo ganancial. En ese ámbito, no son exigibles libros ni registros de lo correspondiente a los consortes, siendo práctica social la administración promiscua del dinero. El funcionario no describió los impedimentos hallados para delimitar claramente el activo del cónyuge fallido; dicho en otros términos, no justificó discursivamente la existencia de confusión patrimonial inescindible de la mayor parte de los activos y pasivos que requiere la norma invocada" (75). Es difícil afirmar si el tribunal rechazó la petición porque entendió que ambas sociedades no son compatibles, o porque la sociedad de hecho no fue probada.

Más concretamente, desde la doctrina se ha expresado que "la sociedad irregular entre cónyuges es inexistente y sólo existe la sociedad conyugal con su propio régimen de bienes y su propio sistema de disolución y liquidación (76). No obstante, se admite como posible la extensión de la quiebra por confusión patrimonial (art. 161 inc. 3), aunque aclarándose que el caso es de difícil configuración, pues bajo un régimen imperativo de gestión separada, la eventual confusión no es fácil que se opere (77).

(75) Cám. Nac. de Com., sala D, 29/11/1991, "Izrael de Solari, Sara y otras/Quiebra", ED, 148-579.

(76) JUNYENT BAS, Francisco, "Relaciones entre la sociedad conyugal y la sociedad comercial entre esposos. Situación de ambas sociedades ante el concurso preventivo y la quiebra", en *Derechos Patrimoniales, Estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, t. II, p. 1055, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2001.

(77) JUNYENT BAS, Francisco, "Relaciones entre la sociedad conyugal y la sociedad comercial entre esposos. Situación de ambas sociedades ante el concurso preventivo y la quiebra", en *Derechos patrimoniales*, Estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, t. II, p. 1067, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2001. El autor cita el caso "Mondino José s/Quiebra", resuelto por la sala B, integrada por Díaz Corde-

c) Una solución alternativa a la que adhiero.

En mi opinión, la tesis que admite la coexistencia de una sociedad de hecho con el régimen patrimonial del matrimonio de pasivos separados genera muchos inconvenientes prácticos, pues lo cierto es que ambos regímenes son incompatibles, como se ha explicado más arriba.

Creo preferible una tercera posición, que desarrolló en Mendoza desde la magistratura mi recordado amigo Guillermo Mosso, juez probo, a cuya memoria también rindo homenaje a través de estas líneas.

En la decisión bajo comentario, se dijo que para aquellos supuestos en que el patrimonio de ambos cónyuges está comprometido con deudores comunes, es factible petitionar el concurso o la quiebra de ambos cónyuges y a ese procedimiento se le aplicarán las normas del concurso preventivo del agrupamiento (art. 66 LC) (78).

Lo dicho en esa decisión ha sido explicado del siguiente modo por quien fuera secretario del tribunal y hoy es titular de otro de los juzgados concursales de la provincia de Mendoza: "La realidad comercial muestra que marido y mujer suelen actuar como socios ante terceros, hora por voluntad propia, hora obligado por las circunstancias. Puede suceder que hayan resuelto constituir una sociedad por acciones o una sociedad de responsabilidad limitada pero que no perfeccionen el trámite de constitución, por lo que mientras la sociedad así opere, será considerada irregular, con la consiguiente responsabilidad solidaria de los socios. Además, es práctica bancaria requerir la garantía del cónyuge en las operaciones comerciales que cierran con sus clientes; o bien, en casos de sociedades regularmente constituidas, que sean sus socios, los cón-

ro, Piaggi y Morandi: "Constituyen indicios que en su conjunto denotan la existencia de una confusión patrimonial la coincidencia de pasivos y que los bienes que integran el activo, si bien figuran con titularidad de uno de los esposos, han sido adquiridos con ingresos del otro".

(78) Ver sentencia del juez Guillermo Mosso, del 16/10/1997, ED, 180-65, comentado por ESPARZA, Gustavo, "Sentencia concursal y régimen de bienes del matrimonio", o el elogio crítico del fallo escrito por el comentarista, y en *Doctrina Societaria*, abril 1998, N° 125, p. 992, comentado por Claudio Anido: "La concursabilidad de la sociedad conyugal".

yuges, garantes en forma particular de las obligaciones de la sociedad. En estos casos, los cónyuges no pueden pretender el concurso preventivo de la sociedad conyugal. Una solución posible es recurrir al procedimiento de los arts. 65 y sigtes. de la L.C., no porque la sociedad conyugal constituya un grupo económico, que en sí mismo tampoco es un nuevo sujeto de derecho, sino porque por lo general los esposos serán garantes o fiadores o avalistas recíprocos. Seguramente la cesación de pagos de uno de ellos, dada las relaciones de solidaridad que trascienden las meramente comerciales, significará la cesación de pagos del otro. Difícil es que así no sea. No obstante, aunque ello no ocurra, tal circunstancia no es óbice por aplicación del art. 66 de la L.C. que sólo requiere la cesación de pagos de uno de los integrantes del agrupamiento.

Será esta la única forma de evitar que los acreedores agredan el patrimonio de quien permanece *in bonis*, pudiendo éste, al decir de Manóvil, encontrar sosiego en el hecho de que su garantía no sea ejecutada antes de quedar definido el destino concursal del deudor principal. En el supuesto de fracaso del concurso preventivo, los procesos liquidativos se seguirán en forma separada, respondiendo los bienes propios y gananciales de la mujer por sus deudas y los propios y gananciales del marido (y los de origen dudoso) por las suyas, salvo el supuesto del art. 6° de la ley 11.357, en que la responsabilidad se extiende a los frutos de los bienes del otro cónyuge, siempre que hayan sido verificados como tales; o los supuestos excepcionales de extensión de responsabilidad, cuando se compruebe el concierto fraudulento de los cónyuges destinados a burlar a los acreedores de uno de ellos, inscribiendo un bien a nombre del otro, cuando en realidad se adquirió con fondos de aquél, siendo menester en este caso que se invoque y pruebe la simulación relativa; o los casos de responsabilidad compartida (garantías personales o reales, obligaciones solidarias o mancomunadas), respecto de los cuales se aplican las normas de la L.C. que regulan las relaciones entre concursos (art. 166 y sigtes., L.C.)” (79).

(79) FRAGAPANE, Héctor Ricardo, “La conyugalidad (no la sociedad conyugal): un presupuesto de concurso por agrupamiento”, en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, p. 531, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997.

No puedo decir qué destino tendrá el nuevo camino abierto por la Justicia de mi provincia, pero en mi opinión, en un modo razonable de compatibilizar todos los intereses en juego.

Una decisión de la sala D parece contradecir este criterio pues resolvió que "la existencia de conexidad entre los procesos concursales (concursos de ambos cónyuges), no implica per se la existencia de un conjunto económico en sentido estricto, ni tampoco la existencia de algunos elementos en común afecta la autonomía procesal de cada una de las presentaciones concursales"; de este modo, rechazó el pedido de designación de una sindicatura única para ambos procesos y que ambos tramitaran por ante el mismo juez. Sin embargo, quizás fueron las circunstancias fácticas las que llevaron al rechazo de la solución. Efectivamente, el dictamen del Fiscal de Cámara, seguido por el tribunal, hace mención al incumplimiento del límite temporal previsto por el art. 68 de la L.C.; además, reconoce que las condiciones a demostrar cuando se pretende tener por configurada la existencia del grupo son complejas e implican el análisis de vastos elementos y un minucioso examen de ellos (aspectos relacionados con comunidad de administración y fiscalización, interdependencia en diversos aspectos, vinculación patrimonial, etc.), considerándose que, en el caso, los recaudos no fueron demostrados (80). Creo, entonces, que más que un rechazo de la doctrina judicial que sostengo, fue un rechazo de la pretensión por no haberse cumplido los requisitos.

VI. Bibliografía

Además de las obras generales de Derecho de Familia y de Derecho Concursal, puede compulsarse la siguiente bibliografía específica.

Albrecht, Paulina, Los bienes del cónyuge del fallido (Una norma anacrónica en el proyecto de ley de concursos, LA LEY ACTUALIDAD, 11/5/1995.

Anido, Claudio, La concursabilidad de la sociedad conyugal, en *Doctrina Societaria* N° 125, t. IX, p. 997, Abril de 1998.

(80) Cám. Nac. de Comercio, sala D, 18/6/1998, "Bergamalli s/ Conc. Prev. en *Doctrina Societaria*, p. 713, N° 135, Ed. Errepar, febrero de 1999.

Arianna, Carlos A., *Insolvencia y familia. Bienes excluidos del desampoderamiento*, en *Derecho patrimonial de la familia*, p.105/112 Córdoba, Alveroni, 2000.

Barbero, Omar U., *Separación judicial de bienes entre cónyuges*, DJ 1988-I-529.

Belluscio, Augusto C., *Las instituciones de derecho comercial en los anteproyectos de reforma del régimen patrimonial del matrimonio*, t. 25, p. 521. RDCO, 1992.

Bresso, Laura y otros, *El bien de familia y la quiebra, Derecho Concursal argentino e iberoamericano. III Congreso argentino de derecho concursal*, t. III, p. 501, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997.

Cámara, Héctor, *Sociedades entre cónyuges en nuestro derecho*, en *Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903*, ps. 79 y sigtes., Ed. Depalma, Bs.As., 1985.

Capparelli, *La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el art. 1294 del Cód. Civil*, LA LEY, 1988-B, 909.

Carreira González, Guillermo, *Efectos patrimoniales del proceso falimentario sobre la sociedad conyugal. Un aporte más sobre la tésis del art. 1294 del CC. ¿Un verdadero acertijo jurídico o una excepción al principio de universalidad?*, *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso argentino de derecho concursal*, t. III, p. 553, Ad Hoc, Bs. As., 1997.

Chechile, Ana M., y Rodríguez, Analía, *El concurso de uno de los cónyuges como causal para solicitar la separación judicial de bienes*, JA, 1998-III-893.

Doyharcabal Casse, Solange, *Destino de los bienes propios de la mujer casada y del hijo de familia cuando el marido o el padre ha sido declarado en quiebra*, en *Derecho Concursal argentino e iberoamericano, III Congreso argentino de derecho concursal*, Bs. As., t. III, p. 545, Ed. Ad Hoc, 1997.

Dutto, Ricardo, *La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge*, JA, 1991-IV-48.

El Búho, *Freno a una extravagancia concursal*, ED, 174-147.

Esparza, Gustavo, *Ley de concursos y sociedad conyugal*, Ed. Depalma, Bs. As., 1999.

Esparza, Gustavo, *Sentencia concursal y régimen de bienes del matrimonio, o el elogio crítico del fallo escrito por el comentarista*, ED, 180-66.

Esparza, Gustavo, *Los juicios fundados en relaciones de familia ante el concurso. Un fallo y algo más que una cuestión de competencia*, ED, 188-587.

Esparza, Gustavo, *Sobre ineficacia concursal y el bien de familia. Algunas notas a fallo para su estudio*, ED, 190-155.

Fanzolato, Eduardo y Roitman, Horacio, *Quiebra del cónyuge*, en *Rev. de Derecho Privado y comunitario* N° 12, p. 127, 1996.

Fragapane, Héctor R., *La conyugalidad (no la sociedad conyugal): un presupuesto de concurso por agrupamiento*, *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, p. 531, Ed. Ad Hoc, Bs. As. 1997.

Garobbio, Carlos, y otros, *Efectos de la quiebra sobre el régimen de los bienes propios y gananciales. Quiebra del cónyuge*, *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*. III Congreso Argentino de Derecho Concursal., t. III, p. 525, Ed. Ad Hoc, Bs. As. 1997.

Gowland, Alberto J., *El concurso: desafortunada reaparición en la ley 23.515 de una desaparecida causal de separación de bienes (dos sentencias coincidentes)*, ED, 153-463.

Guastavino, Elías, *Los procesos fundados en relaciones familiares ante la falencia de los demandados*, JA, 1974 Sec. Doc. 784.

Guastavino, Elías, Los gananciales del fallido y el enigma del art. 1294 del Código Civil, ED, 160-71/85.

Guastavino, Elías, Efectos del carácter de los bienes y obligaciones de los esposos con relación a ellos y a los terceros durante la sociedad conyugal, LA LEY, 1984-C, 371.

Guastavino, Elías ¿Inconstitucionalidad del art. 1276, 2º párrafo del Código Civil después de la reforma de la ley suprema de 1994?, en ED, 177-491.

Highton, Federico, Bienes gananciales ante la quiebra del cónyuge, LA LEY, 1993-C, 241.

Junyent Bas, Francisco, Relaciones entre la sociedad conyugal y la sociedad comercial entre esposos. Situación de ambas sociedades ante el concurso preventivo y la quiebra, en Derechos patrimoniales, Estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, t. II, p. 1036, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2001.

Junyent Bas, Francisco, Una vía concursal para la sociedad conyugal, ED 193-881.

Lazzatti, Pablo y Ferrer, Patricia, Acumulación de procesos, en Derecho Concursal argentino e iberoamericano, III Congreso argentino de derecho concursal, Bs. As., t. III, p. 543, Ed. Ad Hoc, 1997.

Leiva, Claudio, La quiebra del cónyuge, Ed. Jurídicas Cuyo, Bs. As, 2001.

Mazzinghi, Jorge, El concurso como causa de la separación de bienes, ED 131-241.

Mendez Costa, María J., Visión jurisprudencial de la sociedad conyugal, Santa Fe, Ed. Rubinzal, 1998, 129.

Méndez Costa, María Josefa, Sociedad conyugal de hecho entre cónyuges, LA LEY, 1991-D, 215.

Otaegui, Julio, La extensión de la quiebra, Abaco, Bs. As., 1998.

Rivera, Julio C., Intersecciones del derecho de familia y el derecho concursal, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, X Congreso Internacional de Derecho de Familia, t. II, p. 161, Ed. Rubinzal, 2000.

Romero, José Ignacio, *Empresa familiar, sociedad de hecho y quiebra*, p. 160 y sigtes., R.D.C.O., año XX, 1987.

Romero, José Ignacio, *El concurso preventivo de la sociedad conyugal, LLC*, 2001-961.

Sajón, Jaime, *El concurso de uno de los esposos y los bienes en el matrimonio*, ED, 126-919.

Zannoni, Eduardo, *¿Son ejecutables los bienes gananciales adquiridos por el cónyuge supérstite por las deudas que él contrajo después de la disolución de la sociedad conyugal?* JA, 1985-I-501.

Zannoni, Eduardo A, *Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario* ps. 42 y sigtes., N° 15/19, Ed. Astrea, Bs. As., 1980.

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCION, LAS LEYES Y LA REALIDAD ARGENTINA

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

Cuando el Presidente de nuestra corporación, doctor Horacio García Belsunce, me sugirió disertar ante mis ilustrados colegas sobre un problema de mi elección, acepté el mandamiento como una honrosa tarea. No tenía ante mí el tema a desarrollar, pero bien pronto me decidí sobre la conveniencia de abordar los problemas de nuestra realidad, buceando en nuestros antecedentes constitucionales y leyes, inquiriendo a través de nuestras vicisitudes históricas el análisis comparativo con los fenómenos sociales, económicos y políticos que hoy nos agobian.

Me inclinó a ello lo que el propio García Belsunce había expresado sobre la función de las Academias al disertar en el homenaje tributado por nuestra corporación a los ex Presidentes de la misma. Expresó entonces nuestro Presidente: "Las Academias son, conjuntamente con las Universidades, el signo más alto del grado de cultura de un país y constituyen el órgano adecuado de la sociedad para la manifestación, progreso y acrecentamiento de las ciencias, las artes y las letras". "Nuestra Academia de Derecho no vive dentro de una campana de cristal, sino que siente y se hace parte de los problemas del país, los que estudia y encara dentro de los límites dados por su competencia específica".

En concomitancia con ello, varios señores académicos han estudiado problemas de actualidad dentro del corriente año. Así ocurrió con Lino Palacio, Eduardo Aguirre Obarrio, Félix A. Trigo Represas, Julio César

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 13 de diciembre de 2001.

Otaegui, Julio César Rivera, Aída Kemelmajer de Carlucci, Santos Cifuentes y Jorge Horacio Alterini, quienes en temas de índole pública o privada han disertado sobre cuestiones de interés general. Y qué decir de las permanentes inquietudes de Augusto Mario Morello y de Jorge Reinaldo Vanossi, quienes incursionaron en materias de su especialidad y realizan docencia ciudadana dentro y fuera de nuestra corporación. Todo ello, con la permanente contribución al debate y esclarecimiento de nuestro Presidente, García Belsunce, al comentarlos o en la presentación de los oradores.

Para enjuiciar el primero de los elementos que han gravitado y gravitan en la situación actual, la Constitución que nos rige, debemos remontarnos a sus orígenes y el papel desempeñado por la misma en nuestro devenir histórico y político.

Nuestro país nació bajo el signo del Derecho. En el famoso Cabildo Abierto del 22 de Mayo, la sapiencia jurídica de Juan José Passo derrotó la tesis de Villota y dio base a la resolución que depuso para siempre el poder hispano en nuestra tierra.

Mariano Moreno, a su vez, es el autor de la Doctrina Constitucional de Mayo, como bien lo ha demostrado el Dr. Segundo V. Linares Quintana en una conferencia realizada en nuestra entidad (1), donde exhibió la influencia que en aquél ejerció Montesquieu con su idea de la Constitución equilibrada y la separación de los poderes.

Asoman pronto los conflictos, centrados entonces, desde la incorporación de los diputados provinciales a la Junta de Mayo, en la rivalidad entre porteños y provincianos.

Diversos intentos de Reglamentos, Estatutos y Constituciones se suceden, con breve y a veces efímera duración. En el Congreso de 1824-26 asoma la discusión doctrinaria entre unitarios y federales, con la frustrada Constitución de 1826. La anarquía y la disolución de los poderes nacionales es ya un hecho peligrosamente reiterado. Y el enfrentamiento entre unitarios y federales, a veces excusa formal en la lucha por el

(1). LINARES QUINTANA, Segundo V., "Mariano Moreno y la doctrina constitucional de Mayo", disertación en la sesión pública en homenaje al prócer, en el bicentenario de su nacimiento, por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el día 28 de Septiembre de 1978 (ANALES)

poder, mantiene al país al margen de la ley común reclamada por sus mentes más esclarecidas.

En 1830 Corrientes comisiona a su ex gobernador Don Pedro Ferré para concluir pactos preliminares con otras Provincias tendientes a la realización de un Congreso que organizara al país bajo la forma federal. Concluye el emisario correntino tratados preliminares con Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos. Pero, cuando llega el momento de discutir la estructuración misma del pacto, en las reuniones que se realizaban en la ciudad de Santa Fe, empiezan las dificultades con los representantes del Gobierno de Buenos Aires, ejercido por Rosas, que alegaban falta de instrucciones. Ferré se retira y el Pacto se firma, pero con un artículo dilatorio. Aunque Corrientes lo firma después para encarar la reclamada organización constitucional, el art. 16 daba pie a las dilaciones, arguyéndose que las provincias no estaban en la paz y tranquilidad previstas en el artículo citado.

Viene luego el largo y cruento período de inconstitución, bajo el predominio rosista. Durante el mismo, asoma a la vida pública una nueva generación, la llamada de 1837, quienes habrían de prohijar la fórmula bajo la cual alumbró la Constitución tantas veces reclamada.

“En efecto, estos jóvenes adoptan como emblema que individualiza sus comunes creencias el retorno a Mayo. Allí está su matiz primigenio, ajeno por cierto a cualquier raíz europea. Antes que una elucubración intelectual, adoptan la requisitoria primaria del sentimiento. Había que salvar la Patria volviendo a sus más puras esencias. Por eso escogieron la estirpe de mayo como símbolo de su filiación y de sus objetivos en la acción política que los conjuraba”.

“Necesitaban clarividencia y valor para perfilar sus objetivos y ejecutar los arbitrios que los llevaran al triunfo. Singular situación la de esos jóvenes, hijos de la universidad rivadaviana y de hogares proclives al unitarismo, pero que advertían en su mayoría su falta de adecuación al medio (2)”.

Aclaro que con lo expuesto no ignoro el bagaje intelectual de esos jóvenes que, comandados por Echeverría, habían bebido intelectualmente

(2) AGUIRRE LANARI, Juan R., “Los fundadores de la ciencia política en la Argentina”, anticipo de “ANALES”, Año XXIV, segunda época, Número 17.

en los autores europeos entonces de actualidad. Lo que acentuó es que la fórmula política parte de conocer la *realidad social de Argentina* como guía inspiradora de la solución aconsejable. Y la de ser fieles a “los principios de la revolución del 25 de Mayo ahogados a la sazón por la reacción godo-saladerista”, como bien lo afirmara Jorge M. Mayer (3).

Echeverría propugnaba la necesidad de “una reforma radical en nuestras costumbres; tal será la obra de la educación y de las leyes”. Esa fue la obra que otros integrantes de dicha generación, Sarmiento, Mitre, Alberdi y los pensadores y estadistas que constituyeron el país, alimentaron en su común cruzada.

El punto de partida, que explica el éxito de la Constitución por ellos conquistada, fue —como sostuvo Echeverría— el examen de “nuestras leyes, nuestras costumbres, nuestro estado social, determinar primero lo que somos...”; “...no salir del terreno práctico, no perderse en abstracciones; tener siempre clavado el ojo de la inteligencia en las entrañas de nuestra sociedad”.

Echeverría fue el corifeo, quien legó a Alberdi su pensamiento, con la premonición de su próxima muerte. Alberdi fue, según Mariano de Vedia y Mitre, “el más agudo, el más equilibrado y el más lógico intérprete de la realidad argentina” (4). Autor de la última de las palabras simbólicas del Credo de la Joven Generación, donde estudia los antecedentes unitarios y federales de nuestro país, vuelca la fórmula que triunfaría en el Congreso Constituyente de 1853.

Lo hace en su célebre libro “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”. Allí, en el capítulo XXIV de su libro, afirma: “la República Argentina es tan incapaz de *una pura y simple federación* como de una pura y simple unidad. Ella necesita, por sus circunstancias, de una *federación unitaria o de una unidad federalista*” (5).

(3) MAYER, Jorge M., “Alberdi y su tiempo”, t. 1, p. 223, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2ª ed.

(4) de VEDIA Y MITRE, Mariano, “Historia general de las ideas políticas”, t. XIII, p. 111, Buenos Aires, 1946.

(5) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, incluida en “organización de la Confederación Argentina” por Juan Bautista Alberdi. Nueva edición con un estudio preliminar de las ideas políticas de Alberdi por Adolfo Posada, p. 134, El Ateneo, Madrid, 1913.

Alberdi busca un “término medio, que representa la paz entre la *Provincia* y la *Nación*, entre la *parte* y el *todo*, entre el localismo y la idea de una *República Argentina*. Será pues, nuestra fórmula legal un *gobierno mixto*, consolidable en la unidad de un régimen nacional, pero no indivisible como lo quería el Congreso de 1826, sino divisible y dividido en gobiernos provinciales limitados, como el gobierno central, por la ley federal de la República” (6).

De esta manera, Alberdi encuentra la Constitución normal, natural, del país, que no fue una simple copia de la Constitución norteamericana, como tuvo ocasión de afirmar en el Senado de la Nación, ante críticas injustas, apelando, entre otras opiniones, a la de nuestro distinguido académico, el Dr. Carlos María Bidegán (7).

Esa generación, a través de Alberdi, escudriña con realismo los males que deben derrotarse. Advierte el mal del desierto, que agobiaba al país. “La Constitución debe ser hecha para poblar el suelo solitario del país de nuevos habitantes y para modificar la condición de la población actual. Su condición, según esto, es esencialmente económica” (8). “*La población y cuatro o seis puntos con ella relacionados es el gran objeto de la constitución*. Tomad los 100 artículos —término medio de toda constitución—, separad 10, dadme el poder de organizarlo según mi sistema, y poco importa que el resto votéis blanco o negro” (9).

Este es el gran remedio que proclama Alberdi, en frase imperecedera: “*En América, gobernar es poblar*”. Las garantías civiles consagradas por la Constitución de 1853 dieron realidad a la fórmula alberdiana, traduciendo la generosa frase del preámbulo, que abrió los horizontes del suelo argentino a todos los hombres de buena voluntad que quisieran poblarlo.

Otro integrante de la generación de 1837, Juan María Gutiérrez, amigo íntimo de Alberdi, sería en el Congreso de Santa Fe el encargado de

(6) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases ...”, Ob. cit., p. 114.

(7) AGUIRRE LANARI, Juan R., “Reforma de la Constitución Nacional”, Imprenta del Congreso de la Nación, 1993, p. 11 y siguientes.

(8) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases ...”, Ob. cit., p. 180.

(9) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases ...”, Ob. cit., p. 181.

concretar sus ideas, llevando las mismas a la práctica, junto a varios de los recordados constituyentes de 1853.

Pero había que persuadir a los detentadores de las situaciones provinciales. Así lo vio claro Juan Pujol, asesor de Urquiza y autor del pensamiento de reunir a los gobernadores en San Nicolás de los Arroyos, como lo reconoció éste expresamente en carta al mismo (10). Así se suscribe el famoso Acuerdo, que sería base del Congreso constituyente de 1853, que dicta la Constitución.

Como consecuencia del rechazo del Acuerdo de San Nicolás, se produce la escisión de la Provincia de Buenos Aires, que no envía diputados a Santa Fe. "Urquiza y Mitre divergen en los procedimientos excogitados, pero coinciden intelectual e históricamente en el gran principio de la organización nacional bajo el imperio de una sola bandera. Aquél es la experiencia que interpreta y conoce una realidad sociológica; él, más que nadie, puede dar testimonio que el poder entregado a sus manos no tiene misión liberticida. Mitre, en cambio, que sufrió proscripción y derrota, es vocero de la sensibilidad agudizada de la metrópoli ante hechos hoy episódicos, pero que en aquel momento se prestaban a justificadas prevenciones" (11).

Las divergencias entre Buenos Aires, que no había aceptado la Constitución y la Confederación Argentina, terminan con el pacto de Unión del 11 de Septiembre de 1859 o Pacto de San José de Flores. En el mismo se determina que Buenos Aires podrá examinar la Constitución de 1853, ejerciendo así su poder constituyente originario y proponer reformas, las que fueron consideradas en una Convención ad-hoc reunida en Santa Fé. Las reformas propuestas, que acentuaron la estirpe federal de la Constitución, delinearon finalmente una ley común para todo el suelo argentino.

Bajo el imperio de la Constitución de 1853-60, en medio de graves conflictos internos y hasta internacionales, como la sangrienta contienda contra el Paraguay, la Argentina sintió el llamado del destino y avanzó hacia un futuro venturoso. Hay una bella frase de Abel Posse que

(10) Puede verse la carta en el Archivo de Pujol (PUJOL, Juan, "Corrientes en la organización nacional", t. III, p. 194, Buenos Aires, año 1911).

(11) AGUIRRE LANARI, Juan R., "Mitre, estampa moral de un político", p. 17, Buenos Aires, 1964, Imprenta del Congreso de la Nación.

sintetiza a esa Argentina en ascenso: "La aventura de la construcción de la Argentina fue maravillosa, porque se hizo uniendo la economía a la cultura y sometiendo ambas a un gran diseño político liderado por gobernantes en los que siempre prevalecía la inteligencia" (12).

La generación del 80 alineó una espléndida constelación de repúblicas. Divergiendo muchas veces hasta con violencia, la razón los devolvió a la concordancia y el patriotismo y los unió en pos de comunes ideales. Es que entre ellos no divergían en las líneas fundamentales, señaladas por la Constitución que ellos o sus mayores habían alumbrado.

El primero de los grandes temas desnudados por la visión de Alberdi, *poblar el desierto*, tuvo una explosiva respuesta con *la inmigración*. Nuestros fundadores vieron el problema argentino y lo enlazaron hábilmente con la realidad europea de entonces. Esta contaba con capitales y vastas masas desposeídas, que además vivían el temor de las contiendas bélicas y la leva reclutando ejércitos. La Argentina les ofrecía un nuevo escenario, que abría sus oportunidades por igual a todos, ignorando las escalas sociales estratificadas que eran a veces obstáculos insalvables en la Europa de antiguos privilegios y mayorazgos y que dividían las familias entre afortunados herederos y secundones relegados. Aquí estaba la América prometida, con libertad para sus creencias, con igualdad de derechos civiles entre argentinos y extranjeros y con un inmenso espacio abierto a los brazos que quisieran fecundarlo.

Dice Marcos Aguinis en su libro titulado "El atroz encanto de ser argentinos": "Hubo varios países de perfil inmigratorio, pero en ninguna otra parte el aluvión produjo un impacto tan intenso como en el nuestro. Debemos recordarlo y valorarlo. El balance con la población original sufrió un vuelco sin precedentes. Los Estados Unidos parecían el receptor más activo del planeta, pero allí, hacia 1934, había un extranjero y medio por cada diez habitantes, mientras que en la Argentina ya eran tres por cada diez: ¡el doble! Por eso es justa la broma de Octavio Paz, que dijo "los mexicanos descienden de los aztecas, los peruanos de los incas y los argentinos...de los barcos" (13).

(12) POSSE, Abel, "De la épica colectiva a la aventura individual", La Nación, Sección Cultura, 17 de Julio de 2001.

(13) AGUINIS, Marcos, "El atroz encanto de ser argentinos", p. 55, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2001.

Otro alto exponente a la vez de la generación del '37 y de la del '80, Domingo Faustino Sarmiento, realizó un aporte sustancial educando a la población en crecimiento. Sarmiento aportó, además de su reconocida intuición para penetrar en la esencia de nuestros fenómenos políticos, el producto de vastas y meditadas lecturas. Compuso así páginas brillantes que lucen en el periodismo, en el libro, en el debate parlamentario, en los actos de gobierno y en su proverbial vocación para aprender y para difundir en el más amplio círculo los elementos que elevaron la educación cívica de los ciudadanos.

“Educar al soberano” fue su frase famosa, a la que sirvió con tanta eficacia y resonancia que trascendió nuestras fronteras, permitiendo que en países hermanos se lo califique como “Maestro de América”.

Bajo el auspicio del afán sarmientino y de la generación del '80, se multiplicaron las escuelas y colegios secundarios. La ley 1420 de educación obligatoria, laica y gratuita, fue una fragua que democratizó a la sociedad argentina, sentando en el mismo banco igualitario a ricos y pobres, a los argentinos de antigua estirpe con los hijos de extranjeros que necesitaban asimilarse a nuestras costumbres para evitar el rechazo social que en muchos casos sintieron como afrenta en sus lugares de pertenencia. Esa natural igualación entre los argentinos la consiguió también el servicio militar obligatorio, que ayudó en muchos casos a completar la enseñanza proveyendo oficios que encumbraron muchas vidas.

Bajo tales auspicios, la Argentina asistió al desarrollo de una promisoriosa clase media, con una escala social abierta y que hoy parece angostarse con accesos más restringidos para quienes esgrimen las mismas armas honestas de otros tiempos.

El progreso fue incontenible a partir de nuestra unidad nacional bajo el imperio de una ley común. Se incorporaron los territorios al sur del Río Negro y se fueron consolidando nuestras fronteras nacionales. Las líneas ferroviarias cruzaron nuestro territorio con una extensión que nos puso holgadamente a la cabeza de la América del Sur, como también lo estuvimos por largos años con la inauguración de los subterráneos.

Dice Mariano Grondona en su reciente libro “La realidad - El despertar del sueño argentino”: “Rico como un argentino, decían en París allá por los años veinte. Tenían razón. La Argentina de las primeras décadas

del siglo XX estaba entre las naciones más ricas del planeta. En 1908 figuraba séptimo por su producto por habitante, detrás de Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, el Reino Unido, Suiza y Bélgica, pero delante de Holanda, Alemania, Dinamarca, Canadá, Austria, Francia, Suecia y, de lejos, Italia y España. Todavía en 1928, al finalizar una década de gran crecimiento en Europa y en la propia Argentina, nuestro país figuraba en el duodécimo lugar. Lo habían pasado por muy poco Holanda, Canadá, Dinamarca, Francia y Alemania, pero quince países a los que hoy llamamos desarrollados, entre ellos Japón, seguían detrás de él" (14).

Nuestra educación fue de vanguardia en el ámbito regional. Las universidades argentinas lucieron un prestigio acorde con el país en ascenso; a ellas, particularmente a la de La Plata, acudían estudiantes de Centro y Sud América, que regresaban a su medio con loas para sus maestros, convirtiéndose en Embajadores permanentes de nuestra Nación. Me tocó, cuando ocurrió lo de Malvinas, conocer a un prestigioso líder político venezolano, el doctor Luis Beltrán Prieto Figueroa, antiguo militante de Acción Democrática y más tarde candidato presidencial del MAS. Su presentación fue: "Soy un hijo de la Universidad de La Plata", obsequiándome libros de su autoría, con encendidos estudios sobre Sarmiento, a quien admiraba porque, además de Abogado, había sido maestro.

Nuestra cultura también se expandió en el ámbito regional, donde las publicaciones y editoriales argentinas tuvieron largos años de primacía. Y lo mismo cabe señalar sobre la penetración del cine y el tango argentino, éste todavía en vigencia en América y el mundo.

Esta empinada obra de gobierno se inició en la segunda mitad del siglo XIX, adquiriendo un ritmo de sostenido desarrollo por las generaciones que presidieron Mitre, Sarmiento, Avellaneda, Pellegrini y Roca, ejecutores ilustres de las ideas de la generación del '37, plasmadas por los congresales del '53.

Su obra se basa en la existencia de una plena seguridad jurídica para aquellos que confiaban sus fondos y hasta le entregaban la apuesta de sus vidas al país, confiando en su honor y en su destino.

(14) GRONDONA, Mariano, "La realidad. El despertar del sueño argentino", Planeta/La Nación, p. 100, Buenos Aires, 2001.

Los gobernantes supieron honrar los compromisos asumidos, como Avellaneda, que proclamó dramáticamente: "Ahorraremos sobre el hambre y la sed de los argentinos". En un ambiente más restringido, los correntinos vimos gestos como el del Gobernador Mariano I. Loza, a principios del siglo XX, quien otorgó un préstamo de su propio peculio para que la Provincia pudiera pagar a sus servidores.

Los gobernantes fueron acompañados por una sociedad que no rehuía comprometerse en momentos de crisis. Relata Juan Balestra, en su clásica obra "El Noventa"; la asunción de Carlos Pellegrini a la Presidencia. Este se encerró con un grupo de banqueros y hombres de fortuna y les dijo que aunque la Constitución —ante la renuncia del Presidente— lo acababa de hacer Presidente, no aceptaría si no fuera capaz de evitar la ruina que amenazaba al país. Les explicó que necesitaba de ocho a diez millones de pesos para pagar en Londres, nueve días después, la deuda externa y la garantía de los ferrocarriles. "Si no tenemos el coraje de apelar los bienes, podemos perder lo que nos queda a más de lo que ya hemos perdido: sólo arriesgándolo todo podemos salvarlo todo", les dijo, anunciándoles las bases de un empréstito interno. Pellegrini invitó a suscribir y a pagar de inmediato, al contado, el empréstito. Allí les entregó las bases y se fue a una pieza contigua. Los asistentes fueron anotando su contribución y cuando volvió, Pellegrini leyó: "Dieciséis millones! Bueno, ahora sí soy Presidente!" (15).

Así era esa clase dirigente, digna de los próceres que la encabezaban. No invocaban la Patria en vano, la sentían plenamente y le enseñaban con naturalidad a sus hijos el culto de la misma y de los valores de patriotismo, coraje, austeridad y sacrificio que constituyeron los soportes de una gran Nación. Hablaban del progreso indefinido con la fe y la pasión de los constructores que elaboraron desde sus cimientos el edificio augusto de la República.

A esa clase no la integraban únicamente los hombres de fortuna. También una creciente clase media constituida por los hijos del país y por los inmigrantes arraigados en su tierra de adopción, que ahorraban peso sobre peso para enviar a sus hijos a la universidad, proyectándolos a los círculos de futuros dirigentes. La integraban también maestros y educa-

(15) BALESTRA, Juan, "El Noventa", ps. 243/4, Imprenta López, Buenos Aires, 1935.

dores, fieles a la prédica sarmientina, que no les escabullían el cuerpo al despoblado y eran respetados consultores en las ciudades y pueblos en todo nuestro territorio.

Así era esa clase dirigente en la que se apoyaban nuestros estadistas: austera, cultora del trabajo como único medio de mejoramiento individual y colectivo, que sabía que junto a los derechos surgían deberes de inexcusable cumplimiento.

Los invito a recordar las afirmaciones precedentes para comparar aquella conjunción de dirigentes con la hedonística sociedad de nuestros días, que reclama sobre sus derechos, sin duda con justicia, pero olvidada con llamativa uniformidad y frecuencia, la existencia correlativa de deberes.

Con lo hasta aquí expuesto, concluyo el análisis y juicio del primero de los factores que integran estas reflexiones: la Constitución Nacional de 1853-60, que presidió con éxito la vida del país en el período que hemos recordado.

Cierto es que en la realidad argentina actual, que integra con las leyes el resto de los factores en examen, debemos señalar que dicha Constitución fue reformada en 1994.

Cuando el intento reformista hubo de ser analizado legislativamente, como miembro de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación, expresé en mi dictamen mi disidencia total con el de la mayoría, que aconsejaba apoyar la reforma.

Junto a otras consideraciones, afirmé en mi despacho de minoría, al fundar mi disidencia total: "La verdad es que nuestra Constitución Nacional, inspirada en principios que han superado el curso de los tiempos, ejemplo de la ideología liberal que trajo a nuestro país seguridad jurídica y una prosperidad que admiró el mundo, sigue conteniendo en la sabiduría de sus disposiciones todas las virtualidades necesarias para amparar nuestro progreso y la felicidad de sus habitantes. Ninguna de sus cláusulas se opone a tales objetivos. Para conseguirlos, no necesitamos reforma alguna, sino el cumplimiento leal de sus disposiciones. Ella permite la sanción legislativa de todas aquellas normas que se estimen necesarias, las que se pueden adecuar, dentro del molde constitu-

cional, a los cambios que el legislador y la prudencia de los jueces consideren conveniente frente a la experiencia y a los eventos que sobrevengan”.

“Mientras tanto, podemos continuar con nuestra admirada Constitución, que ha resistido muchos embates y no ha obstaculizado jamás el progreso del país y la felicidad de sus hijos. Sólo un acuerdo levantado, patriótico y superador de apetencias o adversidades sectarias, indicativo de una unidad nacional de convicciones, puede resultar exitoso y aconsejable. No existiendo tales condiciones en este momento, resulta justificado oponerse al intento reformista”.

En el curso del debate, defendiendo la Constitución vigente de quienes la consideraban una copia de la norteamericana, apelando entre otros en lo publicado al respecto por nuestro distinguido colega, el doctor Bidegain, expresé mi temor de que se repitieran errores de aquel constitucionalismo teorizante o profesoral que describió Alcalá Zamora, citado por Linares Quintana, “el cual había abierto el cauce a constituciones divorciadas de la realidad, mostrándose esos hombres más cultos que sabios y más sabios que prudentes”.

Lo cierto es que la Constitución fue reformada, en cumplimiento de designios políticos que fueron corporizados en el famoso Pacto de Olivos.

No puedo entrar al análisis detallado de las reformas aprobadas, pero sí debo señalar algunos males que derivaron del proceso reformista. En primer lugar, la inconveniencia de la reelección misma. En efecto, al acortar a cuatro años el término del mandato del Presidente para permitir la reelección, ocurre que antes de los dos años del mandato se asiste a una puja entre los aspirantes a la Presidencia, que toman a la elección bianual como un test de la futura elección presidencial. Todo plan de largo aliento resulta dificultado; priman las perniciosas políticas de coyuntura y la permanente agitación electoral que daña al país.

En segundo lugar, la inconveniencia evidente de algunas reformas políticas sancionadas, como la institución del tercer Senador por cada Provincia y por la Capital. Lo real es que se desnaturalizó la conformación del cuerpo, antes preservado en su imagen, creándose una burocracia que en mucho contribuye al gasto público desmesurado que hoy

constituye uno de los males cuya revisión exige la opinión pública de manera perentoria.

Una institución también creada, como el Consejo de la Magistratura, se ha prestado y continúa siendo objeto de opiniones encontradas, como seguramente surgirán ahora mismo en nuestro seno. Sobre esta institución he tenido ocasión de referirme ante ustedes hace ya tiempo. Coincido con el doctor Vanossi en que la estructuración del mismo, inspirada en el modelo español, fue una fórmula inconveniente (16). Pero aun así, creo que constituye un intento de abstraer de la órbita exclusivamente política el nombramiento y remoción de los magistrados judiciales, excepto los de la Corte Suprema, lo que, aún a costa de los inconvenientes ya anotados, constituirá a la postre un progreso en la materia.

Me baso en mi experiencia en el Senado, donde pude advertir que por imperio de circunstancias difícilmente superables, el control del nombramiento de los jueces quedaba de hecho en manos de la Comisión de Acuerdos, cuya coincidencia con el Poder Ejecutivo decretaba la suerte de los postulados.

Recuerdo que desde el siglo pasado, por circunstancias originarias que no vale la pena recordar y a despecho de las críticas entre otros del Senador por Corrientes, Manuel Florencio Mantilla, el Senado resolvió que el cuerpo prestaría los acuerdos en sesión secreta.

Hace ya varios años, a iniciativa del Senador Gass, el cuerpo resolvió que las sesiones serían públicas. Aún más, establecimos que a diferencia de la práctica anterior, los pedidos de acuerdo serían públicos y no podía tratarse sobre tablas ninguno de ellos sin transcurrir una semana. Durante ese lapso se podían recibir, por cualquiera de los Senadores, las objeciones de los particulares o instituciones interesadas, a cuyo fin se dispuso entregar a la prensa la nómina de los candidatos propuestos.

Pues bien, nunca llegó a mi despacho oposición alguna y presumo que algo igual o similar habrá ocurrido con la generalidad de los Senadores. Como consecuencia de ello, con el sólo filtro de la Comisión de

(16) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., "El estado del derecho en el constitucionalismo social", p. 820 y siguientes, Ed. Eudeba, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 2000.

Acuerdos, se llenó una gran cantidad de vacantes, algunas de las cuales recibieron candidatos reprochables, según se supo después ante la conducta de los mismos.

Creo que, aun con inconvenientes, la labor selectiva estará mejor desempeñada por el Consejo de la Magistratura. Aun cuando en la misma ya afloran motivaciones políticas en algunos integrantes, creo que a la postre la labor será mejor desempeñada de lo que surgió de un control exclusivamente político.

Con respecto al Consejo de la Magistratura creado, cabe criticar lo establecido por el art. 114 de la Constitución, que pone a cargo del mismo la administración del Poder Judicial y la ejecución del presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. Aunque los conflictos previsibles han sido disimulados o mitigados por la prudencia de las partes intervinientes, creo que se han sobredimensionado las facultades del Consejo en los aspectos anotados, gozando de un presupuesto que cobija una costosa y abultada burocracia, que en nada ayuda a las carencias evidenciadas en otros ámbitos del Estado Nacional.

La reforma de 1994 agregó un capítulo sobre “Nuevos derechos y garantías”, dentro de la tónica de las modernas constituciones y sancionó la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, tema que nuestra corporación analizó con la de Córdoba recientemente.

Creo que no es este el momento de juzgar la reciente reforma constitucional. Recibí el intento con prevenciones, atento a las entonces recientes experiencias fracasadas de Colombia y Brasil, aunque felizmente los ejemplos que cité desfavorablemente no se dieron en nuestro caso. Lo real es que juramos la Constitución y debemos acatarla, aunque discrepemos con algunos aspectos parciales.

Llegamos así a la situación actual y al tercero de los factores que me propuse analizar: la realidad argentina y las leyes que la rigen.

Sin que intente ser una enumeración exhaustiva, ni dirimir la importancia de los problemas entre sí, nadie duda en señalar la preocupación general sobre los mismos. El desempleo, la inseguridad, la corrupción, el descrédito de la dirigencia política y sindical, el cuestionamiento de algunos miembros de la justicia, la educación, el grave deterioro de la salud pública atendida por organismos estatales, la emigración de nues-

tros jóvenes con pérdidas de destacados científicos y profesionales, el deterioro del MERCOSUR y el panorama internacional, son algunos problemas que se acentúan ante una grave situación económica. El alto grado de endeudamiento y la imposibilidad de atender los compromisos internos y externos, aparte del debilitamiento de los sectores productivos, nos enfrenta a la más grave crisis económica de nuestra historia, ante un Estado en quiebra y la opinión pública en zozobra por el incierto panorama cuyo desenlace trae temor a propios y extraños, lo que explica las medidas tomadas últimamente.

En la imposibilidad de examinar todos los temas apuntados y sin que signifique darle primacía frente a otros, por ser materia regida por las leyes y por ende encuadrada directamente en el ámbito de nuestra corporación, trataré la crisis de la representación política, severamente cuestionada por la opinión pública.

A ella se refiere el diario La Nación el 16/11/2001, expresando: “Resulta alentador que mientras la dirigencia política en general hace oídos sordos frente a la demanda generalizada de una amplia reforma estructural que mejore los niveles de representatividad, distintas organizaciones cívicas promuevan estudios y debates públicos acerca de formas para mejorar la selección de nuestros candidatos a cargos electivos y del elevado gasto que insume la actividad pública”.

“En las elecciones legislativas del 14 de Octubre último, alrededor del 40% del electorado votó negativamente —anulando su sufragio o votando en blanco— o se abstuvo de concurrir a las urnas. Tal guarismo sin precedente en los últimos tiempos ha sido interpretado como un *voto castigo* global a la clase política”.

Aparte de otros cuestionamientos a la clase política, uno de los más esgrimidos en la actualidad es la crítica a las llamadas *listas sábanas* con las que se debe elegir a los candidatos para cargos electivos, como ocurre con los diputados nacionales. En la materia rige el *sistema de representación* proporcional con *lista bloqueada*, según sabemos.

Entre las numerosas opiniones vertidas que he tenido ocasión de leer, me resultó muy útil la de nuestro colega Jorge Vanossi, en su libro “El estado de derecho”, con cuyas conclusiones en general coincido (17).

(17) VANOSI, Jorge Reinaldo A., ob. cit., p. 419 y siguientes.

Así ocurre cuando afirma que no existe un sistema electoral inocente, neutral, que lo que hay son, sí, sistemas electorales más cercanos al *valor justicia*, y sistemas electorales más cercanos al *valor eficacia*.

Acierta Vanossi cuando ubica, con Stuart Mill, al *sistema de representación proporcional* basado en el *valor justicia*, dado que el mismo tiende a reproducir en la representación que se elige para la Cámara como una reproducción en pequeña escala del mapa del país, de las expresiones políticas del país.

Personalmente, desde hace muchos años me he expresado a favor del *sistema de representación proporcional*. Así lo hice cuando en los años sesenta se nos requirió por el Poder Ejecutivo, a los profesores de la Facultad de Derecho, nuestra opinión sobre el sistema aconsejable. También publiqué entonces en el diario La Nación un artículo con idéntica preferencia, alertando sobre la posibilidad de que el votante frustrado eligiera encomendar su representación a grupos de presión o interés, realidades éstas que empezaban entonces a considerarse por la Ciencia Política.

Mi crítica era al *sistema vigente llamado de representación de las minorías* o de lista incompleta, que, pese a su intención, resultaba entonces casi siempre compartiendo los resultados de los sistemas mayoritarios. Pensado para la época en que se imaginaban sólo dos partidos —radicales conservadores— no representaba al arco político, más extendido a la sazón. Particularmente, durante la presidencia de Perón, quienes adversaban al oficialismo debían —necesariamente— votar al radicalismo para no perder su voto, dada la menor chance de los restantes partidos políticos también opositores. Muchos votaban entonces a disgusto candidatos que no representaban a sus ideas pero a los que sentían más cercanos que los del oficialismo, para no perder el voto, como se decía.

Una reacción parecida se suscita hoy, apostrofando al sistema vigente y reclamando su reemplazo por el *sistema de voto por circunscripción uninominal*. Las críticas, sin duda tienen peso, en cuanto se reclama que el bloqueo de listas no permite seleccionar a los candidatos y al final, por las maquinarias que dominan los partidos se maneja su confección por unos pocos, en desmedro de la participación ciudadana. Ello ha traído, se dice, la abstención y el crecido rechazo que recordamos anteriormente. En cambio, con el *sistema uninominal*, el votante

de cada circunscripción, más reducida territorialmente, puede elegir al candidato de su preferencia, incluso a independientes que no se someten al control de los partidos existentes.

Este sistema está prestigiado por el apoyo intelectual que le prestó Joaquín V. González como Ministro de Interior obteniendo su sanción legal. Gracias al mismo se incorporó Alfredo Palacios, representando al barrio de la Boca. Reemplazado luego, lo restauró Perón en 1951, mostrando el peligro e injusticia de mañosas circunscripciones diseñadas para favorecer al oficialismo, lo que permitió al mismo, como señala Vanossi, obtener las nueve décimas partes de los escaños de la Cámara y la oposición, con su mismo número de votos (que no disminuían), bajó de 44 diputados a 12.

Aun suponiendo, lo que no es seguro, que las circunscripciones se confeccionen sin parcialidad o sin argucias como las señaladas, existe sin embargo una consideración que hace desaconsejable el sistema, como lo señala Vanossi, en opinión que comparto: "Bastaría que con muy poca diferencia de votos un solo partido ganara en un espectro territorial muy grande, para que se llevara todos los diputados, y que la oposición, con muy pocos votos menos, no tuviera diputados" (18).

En sentido similar se pronunció recientemente el Profesor de derecho constitucional Dr. Emilio Ibarlucía, quien señala, ejemplificando el inconveniente recordado: "En las recientes elecciones, por ejemplo, si se hubiera aplicado el *sistema de circunscripción*, en la mayoría de las provincias el justicialismo hubiera obtenido cerca del 80% de las bancas en diputados. Pero algo parecido hubiera pasado a favor de la Alianza en las elecciones que hubo para la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires desde que se constituyó".

De todas maneras, aparecen válidas las razones que critican las llamadas "*listas sábana*" *bloqueadas* que obligan al votante a elegir candidatos desconocidos por sus méritos, introducidos por las maquinarias de los partidos. Para subsanarlas, recomienda Vanossi el *voto de preferencia* dentro del sistema proporcional, explicando que "hay distintas variantes, pero permite como común denominador, en todas ellas, que

(18) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., ob. cit., p. 435.

el votante pueda —de alguna manera— participar más activamente a través de la *modificación de las listas*, en un *doble sentido: verticalmente y horizontalmente*. Verticalmente, cambiando el orden: al candidato que está décimo ponerlo primero, al que está primero ponerlo quinto y así sucesivamente; u horizontalmente, sacando un candidato de una lista y promoviéndolo en otra. Así, si yo quiero votar a mi partido y hay alguien que me molesta de mi partido, pero yo reconozco que fulano de tal, de otra lista, es una gran persona, entonces tacho el nombre que me molesta y pongo al otro” (19).

Coincido con lo expuesto y creo que de este modo se evita la justamente criticada *lista sábana*, emergente del *bloqueo de listas*, manteniéndose el sistema de *representación proporcional*, resguardándose así el respeto a la conformación política del país. No olvidemos que el gobierno constitucional es esencialmente el respeto por las minorías, que deben poder canalizar sus opiniones sin trabas que las ahoguen.

No obstante lo dicho, producto de mi antigua convicción favorable al sistema de representación proporcional, por la justicia del mismo en cuanto al reparto de representantes respecto de los partidos políticos intervinientes, me corroe una duda. Aquella convicción es exacta, en tanto los partidos políticos abarquen todo o el mayor espectro de las opiniones. Pero, si el conjunto de los partidos es adversado por considerables sectores de opinión que se expresan negativamente frente a las propuestas de los mismos, a través del llamado “voto bronca”, ¿no sería viable *una alternativa, aún dentro del sistema de representación proporcional?*

Además de los arbitrios recordados que propicia Vanossi, creo conveniente añadir otros elementos. Para que el votante pueda evadir las propuestas de los partidos actuales, que no lo satisfacen, habría que brindar a los ciudadanos, independientes de los mismos, la posibilidad de presentarse como candidatos en listas auspiciadas por un mínimo de adhesiones de su distrito.

Deberían introducirse modificaciones legales reduciendo razonablemente los requisitos exigidos para los partidos políticos, posibilitando la

(19) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., ob. cit., p. 435

oferta de listas de candidatos independientes cohesionados por motivaciones comunes, bajando a límites prudentes el número de patrocinantes y allanando requisitos reglamentarios, permitiéndoles así el acceso al comicio. Recientemente (02/12/01) el periódico "Nuevo Siglo", dirigido por Gerardo Ancarola, en un editorial titulado "Empezar de nuevo", destacaba el esfuerzo de la sociedad civil en presentar propuestas en los momentos que vivimos. Creo que además de propuestas hay que allanar el camino del comicio para los que se sientan con vocación para ello. La sabia frase de ayer: "Quiera el pueblo votar", puede completarse hoy: "*Quiera y pueda* el pueblo votar según sus convicciones".

Admito que también debe ser estudiado con atención el llamado *sistema binominal*, al que se refiere La Nación en un artículo de fondo (01/11/2001), señalando que se aplica en Chile. Después de recordar el inconveniente que anotamos para el sistema de *circunscripción uninominal*, señala el diario: "El *sistema de circunscripción binominal*, en cambio, cumple —como el uninominal— con el requisito de proporcionar inmediatez a la relación entre el candidato y el elector. Pero eso suma otro mérito y es que permite un mayor grado de proporcionalidad y pluralismo, pues al elegirse dos diputados por cada circunscripción territorial se abre la posibilidad de que los candidatos elegidos no pertenezcan al mismo partido".

La premura del tiempo me impide el examen de otros sistemas electorales. Quiero decir, finalizando el tema, que la reforma, ya sean las explicadas u otra que pueda parecer mejor, resulta impostergable y debemos intentarla. Como dijo Mitre, cuando todos se equivocan es porque todos tienen razón.

Pero la reforma que se adopte no tendrá solidez si la juventud y aquellos que ya no lo son mantienen su retraimiento para actuar en política. Yo se muy bien lo difícil que es este quehacer y los renunciamentos que se imponen a los que buscan en la actuación pública su retribución en los honores y no en el enriquecimiento personal. Por esta razón, muchos han desertado o directamente no ingresaron a la faena por discordar con la dirigencia actual o con los modos de actuación en la política. No ocurre así en otros países donde existe una clase política con talento y prestigio, como en Chile y Uruguay. Deseo que también en el futuro inmediato, ante la crisis que nos golpea, jóvenes con talento y patriotismo, despojándose de prevenciones, asuman el rol conductor de la

nave del Estado. Esta sería la mejor reforma política, que no necesita de la ley sino del ánimo de los argentinos. Así se podría responder al llamado de los Obispos, quienes reclaman: "Es necesario recrear la política como principal instrumento de gestión del bien común, de modo tal que sea ella la que dirija y encauce también a la economía en el marco de las instituciones republicanas vigentes" (La Nación, 11/12/01, p. 9).

Tiene estrecha relación con el tema la necesidad de reducir drásticamente el costo político. Por ejemplo, debe acometerse con premura la reforma de las constituciones provinciales, a la manera de Córdoba, implantando una Cámara única, y podando también los dispendios en el orden municipal.

Señores académicos: la brevedad del tiempo acordado nos impone finalizar estas reflexiones. Frente al panorama económico y social que enfrentamos al escribir estas líneas, debo abstenerme en el enjuiciamiento y la predicción inmediata.

Pero sí me atrevo a coincidir con Alemann y Grondona, quienes proponen una crisis reactivadora para despertar a nuestra dirigencia política, obligándola al acuerdo en aspectos fundamentales que nos saque de la confusión y guíe al Estado hacia el puerto conveniente (20).

Creo que son apropiadas las circunstancias para coincidir en una refundación de nuestra vida política y social, acometiendo reformas necesarias en la sociedad de nuestros días. Hay que revitalizar el ánimo argentino, como dice una alta tribuna de doctrina, que agrega: "Hay cosas que en épocas oscuras suelen no verse, aunque existen y esperan ser convocadas. Mucho hay de bueno en el país, pese a las desesperaciones; mucho hay de talento, sin oportunidades de manifestarse; mucho también de insistencia en la omisión de valores postergados injustamente. Surge, pues, que hay una gran reserva con la que se puede contar, con la que se puede avanzar hacia un tipo de sociedad mejor organizada, sustentada en normas que merezcan confianza, afirmada en los valores de la educación, del trabajo, de la producción y el crecimiento" (21).

(20) "Proponen una crisis reactivadora. Enfoques de Alemann y Grondona", La Nación (04/07/01), p. 2, Sección 2.

(21) "La palabra filosófica sobre el país", La Nación (29/11/01), p. 18.

Agrego por mi parte que esos valores, latentes a veces, se exhiben auspiciosamente en muchos casos que, en homenaje a la brevedad traigo escritos en nota complementaria de esta exposición (22). Se trata de

(22) Cito diversos ejemplos publicados todos en el diario La Nación, por lo que consigno la fecha, junto a expresivos títulos, que muestran signos positivos:

1. 11/07/01 - Exterior, p. 2: "Según un informe de la ONU sobre desarrollo humano: nuestro país mejoró su posición. La Argentina, a la cabeza de América latina. Pese a la crisis, su calidad de vida supera a la del resto de los países de la región".

2. 18/10/01 - P. 1 y 19: "Seleccionados entre 40 trabajos - Estudiantes argentinos premiados en Sudáfrica - Inventan un generador de electricidad".

3. 008/09/01 - Ciencia y Salud, p. 11: "Investigación del Conicet: es un trabajo conjunto de dos equipos locales - Alzheimer: un importante descubrimiento argentino - Relaciona dos genes que controlan la proliferación neuronal. Fue publicado por una prestigiosa revista internacional...".

4. 10/11/01 - Ciencia y Salud, p. 11: "Claudio Burgos. Un mendocino internacional - La semana última logró realizar una variante de trasplante que conecta dos corazones que laten acompasadamente".

5. 23/10/01 - p. 1: "Un pianista argentino sorprende al mundo. Salió segundo en un concurso en Milán. Horacio Lavandera, que con sólo 16 años se ha revelado como un prometedor pianista, resultó segundo en un concurso, en el que se declaró desierto el primer puesto".

6. 24/10/01 - Cultura, p.10: "Medios: el emprendimiento comenzó hace siete años - Las revistas escolares de Bahía Blanca que atraen a maestras del continente. Una empresa familiar edita más de 450.000 ejemplares por mes en 15 títulos dedicados a educadores. La Editorial Bahiense comenzó haciendo moldes para osos de peluche. Hoy, las publicaciones se venden en varios países. Todas entregan material didáctico.

7. 25/10/01 - p. 1 y 12: "Crece la oferta de novelas argentinas", artículo de Juana Libedinsky que muestra que el 2001 se perfila como un año excepcional, a pesar de la crisis, para el cuento y la novela de autores argentinos, géneros en los que, tradicionalmente, se mantuvo alejado el lector medio local".

8. 15/11/01 - Información General, p 14: "Una feria para la vanguardia del diseño - Hay objetos, ropa, accesorios, muebles y joyas hechos por diseñadores argentinos - Es una iniciativa para promover el diseño nacional".

9. 20/11/01 - p. 1: "Una cama que ayuda a curarse - Rota al paciente y así previene úlceras. Por sus características únicas, la cama diseñada en la UBA, ya fue patentada en los Estados Unidos y en cinco países de la Comunidad Europea."

10. 29/11/01 - Ciencia y Salud, p. 13: "Por un convenio de cooperación entre la CONAE y la NASA - Dos experimentos argentinos parten hoy a bordo del Endeavour. Fueron elaborados por estudiantes universitarios de Rosario y Haedo. Se estudiará la cristalización de sustancias en el espacio y también probarán un nuevo sistema para el desplazamiento de las partes móviles de los satélites".

ejemplos coleccionados solamente en los últimos meses del presente año, registrados por la prensa. Ejemplos altamente elocuentes de actividad e inteligencia creativa y de solidaridad social de argentinos que se sobrepone a la sociedad hedonista con visión de futuro, recreando el espíritu de fe e inteligencia de quienes nos precedieron. Valores culturales que son necesarios en la sociedad del conocimiento de hoy, para lo cual el pueblo argentino tiene atributos reales y potenciales que debemos estimular por medio de la educación.

11. 25/11/01, p. 1: "Acumula premios y se abre mercados. Fin de año a todo tren para el cine argentino. Los films nacionales obtuvieron ocho premios en el Festival de Huelva. Subiela se llevó el de mejor director. Mención especial para "Bolivia", que el jueves había ganado en Londres".

12. 06/12/01 - P. 24: Un prototipo de auto solar. Estudiantes de una escuela técnica diseñaron el vehículo. Tiene capacidad para una persona y puede alcanzar los 20 Km/h. Quieren probarlo en un viaje hasta Chascomús".

13. 08/12/01, p. 23: Una alumna argentina, con la mejor ortografía. Fiorella Rímola, de Tucumán, es campeona iberoamericana. La competencia se hizo en Bogotá. La representante de nuestro país, de 18 años, terminó de cursar este año en una escuela técnica. En noviembre había obtenido el certamen nacional. Una adolescente argentina tiene la mejor ortografía entre 88 millones de estudiantes de todo el continente y España. Se trata de Fiorella Rímola, de 18 años que ganó el II Concurso Hispanoamericano de ortografía, realizada en esa ciudad, informó ayer la agencia EFE".

14. 09/12/01 - P. 28: Investigadores del hospital Alvarez. Hallan cómo predecir la hipertensión gestacional. Puede ser detectada en la octava semana. Se logra mediante un análisis de sangre que mide la presencia de marcadores bioquímicos. El descubrimiento fue premiado por la Academia Nacional de Medicina".

15. 12/12/01 - P. 12: Descubren una causa de apnea. Si se obstruye la respiración al dormir, el cerebro altera completamente su actividad eléctrica. Un científico argentino obtuvo un importante premio por descubrir el mecanismo. Explica por qué la afección se trata con presión continua de aire. El órgano también influiría en la atracción sexual. Se trata del Dr. Jorge M. Alfani, Profesor de Fisiología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Morón".

16. 12/12/01 - P. 1: Un final fuerte para un 2001 de gran actividad. Los museos cierran el año a toda orquesta. "Cajero automático" y "250 pesos" no serán los únicos que se recuerde de este fin de 2001. Porque dos platos muy fuertes dan un cierre a toda orquesta para un año que llamó la atención por la oferta artística y su respuesta en el público, en plena crisis y cuando pocos lo esperaban. Pasado mañana llegará al país Sol Le UIT, uno de los artistas norteamericanos más importantes del siglo XX, para inaugurar seis museos hechos especialmente para la Fundación Proa y conversar sobre un proyecto público para la Ciudad. Y el Museo de Arte Latinoamericano (MALBA) lanzará hoy su primera muestra temporaria "Políticas de la Diferencia", considerada la mayor exposición de arte iberoamericano de los últimos tiempos, cuya producción española podrá verse en el Centro Cultural Recoleta. Todo esto en un año en el que pasaron 90.000 personas por el Malba en los tres meses de vida, y en el que el Museo Nacional de Bellas Artes, con muestras multitudinarias como De Picasso a Barceló y Rodin, espera superar la marca del año último de 1.200.000 personas.

Señores académicos: las metas propuestas son indiscutibles. Para obtenerlas hace falta inexcusablemente un auténtico e inmediato acuerdo de unidad nacional. Deben ponerse ya a trabajar los dirigentes políticos y sociales, delineando por encima de intereses particulares, un proyecto de país deseable y posible, acordando los pasos adecuados para ello. Quienes se nieguen o retaceen su concurso a ese imperativo, serán sancionados por su conciencia, por el pueblo y por la historia.

Vaclar Havel, el intelectual que preside la República Checa, al abrir la primera sesión de este milenio del FMI y del Banco Mundial, luego de

También abundan iniciativas que muestran en el pueblo argentino un creciente desarrollo en su espíritu solidario, que es exhibido sistemáticamente con noticias y artículos, como por ejemplo el de Hugo Cetrángelo "Un ejemplo de eficiencia y solidaridad" (La Nación, 08/11/01, Notas, p. 17). Se refiere a la labor que el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) realiza desde 1990 con el programa Pro Huerta que llega a 480 mil familias pobres (2,6 millones de personas) en todo el país.

En el mismo diario, (05/06/01, Política, p. 9) se destaca: "Las ONG, una tendencia cada vez más difundida - Un grupo para cambiar experiencias." Se enumera la acción de estos organismos, con ejemplos diversos, mostrando una faz cada vez más desarrollada y gravitante en el seno de nuestra sociedad. El mismo diario (30/11/01), p. 16, en el artículo titulado: "Fortalecer el sector social", agrega refiriéndose a las ONG: "También en nuestro país se producido un sensible expansión de esto que se ha dado en llamar el tercer sector —para diferenciarlo del Estado y de la empresa privada lucrativa—, a partir de un caudal cada vez mayor de apetencias insatisfechas de la sociedad, la que ha ido generando sus propias estructuras en la búsqueda de soluciones para cada caso. Así, funcionan hoy unas 80.000 organizaciones solidarias en el territorio nacional, en las que 1.500.000 de personas actúan como voluntarios y otras 400.000 trabajan en relación de dependencia. Pero la gran diferencia con lo que generalmente ocurre en el escenario internacional es que el régimen legal en que están encuadradas resulta antes disuasorio que promocional, y más limitativo que estimulante.

Aparte del hecho de que las duras circunstancias económicas tienden a acotar el aporte de la gente y de las empresas por encima de los mejores impulsos altruistas, los condicionamientos fiscales restringen sensiblemente la capacidad de las ONG de obtener fondos. La legislación tributaria, por ejemplo, permite deducir como donación sólo un importe equivalente al 5% de las ganancias netas sujetas a impuesto, y únicamente cuando se destine el importe a una breve lista de objetivos, cuando años atrás autorizaba deducir hasta el 20 por ciento."

En el mismo diario La Nación (19/08/01), Fundación Diario La Nación, suplementos Solidarios, Sociedad y Valores, p. 1, se encabeza y sintetiza el material que abarca con un sugestivo título: "Una responsabilidad que compete a todos - Las Actitudes en nuestra comunidad - El avance silencioso y sostenido de la conciencia solidaria, la fuerte valoración de la familia, las organizaciones del sector social y las iglesias, y el sentimiento de pertenencia de ser argentino permiten confiar en que los cambios que se reclaman, se

resaltar la necesidad de reestructurar la economía de los países en desarrollo, dijo: "Más importante, como salta a la vista, es reestructurar el propio sistema de valores en que se apoya nuestra civilización actual. Se trata de reforzar esencialmente el sistema de normas morales".

Y se pregunta: "Cómo hacerlo sin un nuevo y poderoso auge de la espiritualidad humana?" (23).

Yo creo, señores, que estas fuerzas espirituales necesarias serán potenciadas por la crisis que nos pone a prueba. Y que cuando el sol de Mayo alumbre el 2010, nuevamente esa generación de argentinos lo saludará con el orgullo de la Patria renacida.

produzcan, y que esto suceda en el escenario de orden y respeto mutuo necesario para la convivencia y el crecimiento".

(23) Citado por OLIVERA, Enrique, "Las dos globalizaciones", La Nación (02/07/01), Notas, p. 17.



III

XIV REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

PROGRAMA

Tema: Condición jurídico - política de la Ciudad de Buenos Aires (*)

Día 25 de octubre:

15: Acto de apertura. Palabras del señor académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, doctor Horacio A. García Belsunce.

15.30: Doctor Antonio María Hernández: *"La Ciudad de Buenos Aires en la Constitución Nacional"*.

16: Doctor Germán J. Bidart Campos: *"Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires"*.

16.30: Doctor Lino E. Palacio: *"La justicia de la Ciudad de Buenos Aires"*.

17: Café.

17.30: Doctor Jorge R. Vanossi: *"Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires"*.

18: Doctor Augusto M. Morello: *"Acerca de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires"*.

18.30: Debate.

Tema: El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado (*)

Día 26 de octubre:

10: Doctor Julio I. Altamira Gigena: *"La responsabilidad estatal por daños"*.

(*) Los trabajos que se mencionan están publicados en la Serie II, Obras, Números 29 y 30.

10.30: Doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci: *“Los daños causados en rutas concesionadas”*.

11: Doctor Ramón D. Pizarro: *“La reparación del daño patrimonial derivado de conductas antijurídicas lucrativas. Situación actual. Perspectivas”*.

11.30: Café.

12: Doctor Antonio Vázquez Vialard: *“La responsabilidad en la ley de riesgos de trabajo”*.

12.30: Doctor Horacio Roitman: *“Responsabilidad en la quiebra”*.

13: Luncheon.

15: Doctor Efraín H. Richard: *“Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades”*.

15.30: Debate.

18: Acto de clausura. Palabras del señor académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, doctor Olsen A. Ghirardi.

20.30: Comida en el Salón Dorado del Jockey Club, con señoras.

IV

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



LA ENSEÑANZA DEL DERECHO (*)

POR JOSÉ DOMINGO RAY

SUMARIO: I. Reflexión general. — II. Ingreso a la Universidad. — III. Orientación profesional o académica. — IV. Plan de estudios. — V. Métodos de enseñanza. — VI. Métodos de promoción. — VII. Distintos criterios de evaluación. — VIII. Asistencia obligatoria y exámenes libres. Enseñanza a distancia. — IX. Doctorado y Postgrado. — X. Síntesis.

I. Reflexión general

Existe coincidencia en que las universidades argentinas enfrentan una de las más grandes crisis que les ha tocado vivir en su historia. Las causas de esta situación son múltiples y variadas: los cambios institucionales, erradas políticas universitarias, su aplicación en el plano administrativo y docente y la proliferación de universidades que no tienen en cuenta que en ellas es donde se debe exigir el nivel más alto de la educación y selección para formar los distintos claustros y, en especial, el docente.

La configuración de una Facultad sin serias exigencias en el cuerpo docente y en el alumnado, es decir para profesores y alumnos, está lejos de contribuir a los fines de una buena formación universitaria y de las necesidades del país, degenerando en última instancia en la proletarización de sus egresados y, por lo tanto, de la profesión.

(*) Este estudio ha sido aprobado en el plenario del 28 de junio de 2001.

Esto no significa que deba prescindirse de los *cursos de otro nivel, los de información general, llamados de extensión universitaria* y de todo lo que pueda hacerse para que la universidad contribuya a solucionar los problemas que interesan a la comunidad y la elevación cultural de los habitantes de la República.

Este trabajo tiene por finalidad presentar reflexiones sobre los principales temas que deben ser tenidas en cuenta para elaborar los planes de estudio en la facultades de derecho y encarar la enseñanza que se debe impartir.

El problema de la enseñanza en las facultades de derecho se encuentra vinculado a la *organización de las universidades y a las exigencias de la sociedad*, en cuanto al tiempo para graduarse, número de profesores y de profesionales y requerimientos de la comunidad. Este es un aspecto de los problemas en consideración que no puede dejarse de lado (1).

Así como la instrucción puede adquirirse mediante el esfuerzo solitario de un autodidacta, la enseñanza —como se señaló en un trabajo que figura en nuestros Anales— supone la intervención de un maestro y un discípulo, un profesor y un estudiante (2).

(1) El profesor de la Universidad de Columbia, John N. Hazard, decía que el pronunciamiento por un determinado sistema, método o plan de estudios, en vez de otro, debe hacerse después de considerar lo que el Estado, los contribuyentes en general, y las familias de los estudiantes, están dispuestos a aportar para formar buenos profesionales, así como también que las costumbres de la colectividad, sus recursos y el tiempo de que el estudiante puede disponer para obtener su diploma son factores que no pueden olvidarse al proponerse cualquier reforma.

Las circunstancias ambientales deben tenerse muy en cuenta y más de una vez las olvidan quienes teorizan sobre los métodos, organizaciones y sistemas de enseñanza del derecho. Ver prólogo al libro "Les Sciences Social dans L'enseignement supérieur Droit" Relación del profesor Charles Eisenmann, de la Universidad de París, en nombre del Comité Internacional de Derecho Comparado (UNESCO), Ginebra 1954 ("Acerca de la Enseñanza de las disciplinas Jurídicas", J. D. Ray, Rvta. Jurídica de Buenos Aires 1958, pág. 147).

(2) Conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del señor académico doctor Marco Aurelio Risolía, "La enseñanza del derecho", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tomo VII, año 1963, pág. 61.

No se trata de tomar un punto de partida que excluya otras alternativas, pero sí la exigencia de superar una situación que debe encararse con seriedad y al margen de toda política minúscula, ya sea de tipo demagógico o que no tome en cuenta la realidad social y que, por otra parte, olvide el nivel de estudio y formación que gradualmente debe alcanzarse en los estudios universitarios.

La función de la Universidad se cumple a través del cuerpo docente que son los responsables del nivel que deben tener los estudios universitarios.

La cátedra debe estar reservada a quienes demuestren aptitud y vocación por el estudio y el mantenimiento de la categoría docente debe ser puesto a prueba a lo largo del desempeño en los distintos grados que debe haber en la carrera profesoral.

A ese efecto he puntualizado los distintos temas que deben ser materia de análisis en lo que hace a las facultades de derecho (3) y la conveniencia de obtener un consenso al que no se llega cuando se encara cada uno de ellos.

II. Ingreso a la Universidad

Es una realidad que ingresan a la Universidad estudiantes cuya formación e información es deficiente para encarar los estudios que deben hacerse en la misma y es imprescindible superar este primer punto para analizar los siguientes. En nuestra conferencia sobre "El Derecho y los valores", en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires (4), después de referirnos a la crisis en nuestra sociedad, destacamos que para rescatar el debido funcionamiento de las instituciones no hay

(3) En un artículo periodístico, Julián Marías decía que sí comparaba su Universidad, la de las ciudades bombardeadas, con la que se instauró después de la guerra, a pesar de lo que tanto había que hacer en aquella, peor fue la demolición pacífica posterior que los efectos bélicos sobre esas ciudades (La Nación, 9 de mayo de 1989).

En la Argentina no hay duda de que la Universidad de Buenos Aires tenía y tiene que adaptarse al siglo XXI, incorporar nuevas metodologías, como lo señalamos en la década de 1956 a 1966, pero no podemos dejar de reconocer que la Universidad de Buenos Aires tenía y aún tiene un prestigio que se corre el riesgo de perder.

(4) Conferencia en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires del 6 de setiembre de 1999. Ver Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, tomo XXXIII, año 1999, pág. 29.

otra alternativa que valorizar la enseñanza desde el seno familiar, en la escuela primaria y el colegio secundario. Al poner el acento en la educación familiar y escolar considero que en ella deben plantarse las raíces para la formación del hombre de bien del mañana. Y a los padres les cabe la responsabilidad de inculcar a sus hijos el hábito por el estudio, el trabajo, la lectura y superar el facilismo que conspira contra una formación sólida para el futuro y, en especial para el nivel terciario, es decir el universitario (5).

Cabe descartar el ingreso irrestricto, ya que, cuando se ha establecido, los resultados han sido negativos.

Es evidente que la enseñanza del derecho, como toda enseñanza universitaria en general, requiere que el estudiante cuente con una formación mínima, ya que se trata de coronar una secuencia que comienza en la escuela primaria, sigue en la secundaria y culmina en la universidad con el título. La última etapa, la universitaria, sólo puede ser afrontada por quienes cuenten con un acervo adquirido en las anteriores, que demuestre sus aptitudes, voluntad y dedicación a la adquisición de conocimientos para su futura labor en la sociedad.

Teniendo en cuenta esa realidad acerca de la preparación de los estudiantes secundarios, *la Universidad debe procurar que sea en ella o, eventualmente, en el colegio secundario, el ámbito en el que se desarrolle el plan que formalice la facultad, bajo la dirección y con profesores designados por ella para formar a quienes ingresan a la misma.*

Roberto Martínez Ruiz descarta esta alternativa —la del colegio secundario— por la dificultad para ponerla en práctica.

Debo aclarar que la presenté como alternativa por la importancia que reviste el tema y el tiempo que requiere una formación seria para los estudios universitarios y que la dificultad que entraña sólo permitirá aceptarla con el cumplimiento de los requisitos a establecer.

Hay consenso en que *la facultad es la institución mejor habilitada para determinar las materias que deben incluirse en el curso de ingreso*

(5) Guillermo Jaim Etcheverry, "La tragedia educativa", Buenos Aires, 1999.

y la forma de impartir la enseñanza en el mismo. Debe centrarse sobre temas específicos y sectores del conocimiento para lograr una preparación mínima que habilite al alumno a continuar adecuadamente el estudio de acuerdo al plan establecido por la facultad.

Si se organiza el curso de ingreso en la facultad, no debe desecharse totalmente un trabajo realizado en colaboración con los colegios secundarios, que deseen instituir cursos preparatorios para facilitar a sus alumnos la mejor forma de enfrentar con mayores posibilidades de éxito el ingreso a la facultad y, en definitiva, el estudio de la carrera elegida. Pero siempre ha de hacerse esa tarea de colaboración con la mira puesta en las finalidades y los métodos de enseñanza que deben estructurarse en cada facultad. Es importante que se asigne a ésta el papel preeminente en la elaboración y estructuración del curso de ingreso, cuyo programa podrá variar si así lo aconsejan determinadas circunstancias de la realidad nacional.

Es objetable la organización de un ciclo básico como el que se proyectó y se aplicó en la Universidad de Buenos Aires para la Facultad de Derecho. La preparación del estudiantado debe resultar de haber completado el ciclo secundario y brindar, reforzar o profundizar los conocimientos de los alumnos en disciplinas específicamente vinculadas con la cultura y el derecho.

En el curso de ingreso o ciclo básico, como se le desee llamar, conviene incluir un anticipo de las nociones culturales y jurídicas elementales, que sirvan de base para que, al abordar el estudio de la carrera de licenciado o de abogacía, los estudiantes estén en alguna medida familiarizados con los conceptos básicos y el sentido de lo jurídico.

Es importante incluir en el curso de ingreso la exigencia del conocimiento de un idioma por lo menos, requisito que juzgo ineludible por las características del tiempo actual, que muestra una fuerte intensificación de los contactos internacionales y requiere, en muchas oportunidades, que los cultores del derecho sepan comunicarse con sus colegas de países de distinto idioma con la mayor facilidad y fluidez posibles.

En ese ciclo básico debería orientarse al aspirante al ingresar a la Universidad sobre la *forma de encarar los estudios*.

En el pasado, para acceder a la facultad de derecho, se exigía una introducción en materia filosófica, conocimientos de lo fundamental

de historia argentina y de la universal o de la civilización y conocimientos básicos de un idioma (francés, inglés o italiano). Desde luego que en quinto año de los estudios secundarios se enseñaba Instrucción Cívica sobre la base del estudio de nuestra Constitución y lo fundamental de la organización nacional.

Hoy, habría que requerir nociones elementales de computación y economía para cualquier carrera y, desde luego, para la de derecho, así como lo fundamental de uno o dos idiomas además del dominio del nuestro. El vocabulario que utiliza la juventud y algunos de los medios de comunicación, como la televisión, es alarmante y debe restaurarse la corrección en el uso del lenguaje.

El doctor Martínez Ruiz considera que computación debe estudiarse en la enseñanza secundaria y Economía Política en la carrera de abogacía, criterio éste que comparto (ver pág. 10).

Debe superarse la polémica sobre el ingreso restringido o irrestricto que lleva a una discusión bizantina, porque lo importante es que el futuro estudiante tenga una preparación mínima que evite las frustraciones y dificultades que hoy se presentan para impartir y obtener frutos de la enseñanza universitaria.

III. Orientación profesional o académica

El pronunciamiento sobre la finalidad de las facultades de derecho acerca de una formación académica o profesional es un tema prioritario y sobre el cual es necesario adoptar un punto de partida para la elaboración del plan de estudios.

Ante todo, la pregunta sobre el objeto de la enseñanza del derecho supone tomar una posición acerca de la naturaleza del mismo y su relación con la justicia.

En líneas generales podría afirmarse que el derecho es un arte, una técnica para regular las relaciones entre los hombres en sociedad y el estudio científico de estas relaciones implica tener en cuenta los intereses y valores en juego que se conjugan en las normas y en la vida de relación. La regulación de la vida humana intersubjetiva, en tanto y en cuanto el obrar del hombre interfiere con el de otros, debe hacerse en

la forma más justa posible, consagrando el valor justicia, como síntesis del plexo axiológico. Y esto debe hacerse en función de la evolución de las circunstancias sociales y de esos valores en juego.

De ahí que ante la evolución de las instituciones se haya objetado la existencia de una ciencia y el estudio científico (6).

Se formula la pregunta de si se desea equipar al futuro egresado con conocimientos culturales y científicos o sólo con lo que se considera imprescindible para el ejercicio de la profesión.

A esa pregunta debe contestarse que no hay una oposición fundamental entre los dos puntos de vista, el académico y el profesional, porque el abogado requiere una formación cultural mínima para el ejercicio profesional. Pero aquí se plantea a cuál criterio debe dársele prioridad y cabe tener en cuenta que la carrera de derecho tiende a

(6) Es común recordar la afirmación negativa del procurador del Rey en el Estado de Prusia, cuando en 1847 Julio Von Kirchmann pronunció su conferencia sobre la falta de valor de la jurisprudencia como ciencia, continuando las diatribas y punzantes ironías de distinguidos literatos y pensadores. En su Introducción a la Ciencia del derecho, que el Rector de la Universidad de Santiago de Compostela, el catedrático Luis Legaz y Lacambra, dedicó a sus amigos argentinos, se refiere al tema y nos recuerda la crítica de Von Kirchmann seguida luego por Lundsted y Jaehner, puntualizando que se había impuesto desde Aristóteles un tipo de ciencia de nociones absolutas y generales que pueden reducirse a universales y estables (Ver Luis Legaz y Lacambra, "Introducción a la ciencia del derecho", 1943, Bosch Barcelona, pág. 132). (Ver Ray, J.D., "Misión de las Academias", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tomo XXXIV, año 1996, pág. 367).

El conocimiento de las instituciones jurídicas debe hacerse en forma objetiva, aunque tanto el jurista como sus investigadores estén afectados e influidos muchas veces por su concepción cultural, social y la prevalencia que les den a unos valores sobre otros.

Debe tenerse en cuenta que el estudio científico de las normas y de la realidad social está influido por la formación del científico que las estudia y de quien las formula, ya que el objeto de ese estudio y de la regulación implica comprensión y valoración y se concreta en la atribución de un sentido valioso.

No se puede negar el estudio científico del derecho, por variable que en algunos aspectos pueda ser, en el tiempo y en el espacio, el objeto de ese estudio.

El enfoque debe ser objetivo, teniendo en cuenta que el derecho traduce valores, y utilizando el método adecuado al objeto.

A este efecto, cabe recordar lo que decía Dilthey: "explicamos la naturaleza, comprendemos la cultura".

formar egresados que desempeñarán sus funciones en los más distintos ámbitos, dentro de los órganos del Estado o en la vida profesional empresaria o de interés comunitario.

Carlos Saavedra Lamas en una sesión de nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, muchos años atrás (7), se refirió a la crisis universitaria y a la imposibilidad de dar enseñanza más prolongada, substrayendo más tiempo a los reclamos de la vida y la necesidad de un enfoque nuevo sobre la base de la política aristotélica y los estudios sociales, a fin de encender bien altos los focos de investigación y estudio, las virtudes republicanas y la irradiación de una noble probidad.

El ideal de que la Universidad otorgue títulos académicos y no habilitantes para la profesión lleva a pronunciarse sobre la institución que otorgará los títulos para el ejercicio de la abogacía. Las facultades de derecho de la República Argentina, hoy día, están orientadas hacia una formación profesional y brindan títulos habilitantes para el ejercicio de la abogacía. De aquí que si no se cambia el sistema, el plan de estudios debe completarse con los dos enfoques, cultural y jurídico, sin perjuicio de profundizar ambos en los estudios para el doctorado. Y, si se cambia el sistema, el problema reside en determinar qué institución o de qué forma se encara el otorgamiento del título profesional.

IV. Plan de estudios

El pronunciamiento sobre el plan de estudios, como se ha señalado, se vincula a lo establecido precedentemente y a las exigencias de nuestra sociedad. Parecería acertado dedicar un plan de cinco años a la carrera de abogacía y, eventualmente, la división en tres etapas: a) al culminar la primera se obtendría licenciatura; b) en la segunda, el título de abogado y c) en la tercera, la del doctorado, se obtendría el título universitario máximo, suponiendo que en esta etapa se brinda a los recipiendarios una formación en cultura jurídica de mayor nivel.

Sobre este tema hay opiniones disidentes, pero el establecimiento de los ciclos lo vinculo a las perspectivas sociales, porque muchas veces el

(7) Carlos Saavedra Lamas, "La crisis universitaria y la formación de hombres de gobierno", 11 de diciembre de 1925. Ver Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tomo I, año 1956, pág. 277.

estudiante se encuentra en dificultades para aspirar al título de abogado, más aun al máximo y debe afrontar una situación distinta de aquella en que se encontraba al ingresar.

Los doctores Roberto Martínez Ruiz y Horacio A. García Belsunce se pronuncian en sentido contrario a dividir en ciclos la carrera de abogacía, coincidiendo en que la formación universitaria culmine en el doctorado.

El argumento que funda la división en ciclos parte de la base de que, al fin de la primera etapa, el estudiante estará en condiciones de determinar su futuro en cuanto a su dedicación y no habrá perdido su tiempo si no desea continuar la carrera de abogacía. Estaría habilitado para acceder a ciertas funciones, pero no al ejercicio de la profesión para lo que se requiere cursar el segundo ciclo y la obtención del título.

Es difícil la distinción entre ciclos básicos y profesionales orientados, como los proyectados en la UBA, cuando el futuro egresado desconoce las posibilidades que se le brindarán para su futuro ejercicio profesional.

La división a través de las materias que se incluyen en los dos ciclos de la facultad de derecho de la UBA no es acertada porque el abogado no puede ignorar algunas instituciones fundamentales como ocurre en el plan actual.

El abogado puede orientarse: a) al ejercicio de la magistratura o de la docencia; b) al desempeño de tareas en la administración pública, c) a la profesión, sea como consultor, abogado de empresas o de otras instituciones o como representante y patrocinante de las partes en los juicios ante los tribunales, d) a tareas diversas en la comunidad.

Con motivo del nuevo plan de estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, expusieron sus puntos de vista disidentes los doctores Julio César Cueto Rúa y Horacio A. García Belsunce, entre otros. Personalmente me pronuncié en un trabajo publicado en la Revista "La Ley", 1985-B, 778, suscribiendo con el doctor Federico N. Videla Escalada y Enrique Ramos Mejía una disidencia parcial respecto al criterio de la Academia.

Dijimos entonces que "existe coincidencia en que el plan propuesto es un buen punto de partida para la reforma, en cuanto establece una

división en dos ciclos, culminando el primero con el otorgamiento de un título intermedio.

“La estructuración del plan debe hacerse en función del título de abogado, extendiendo el primer ciclo a tres años y reduciendo el segundo a dos años, con la finalidad de incluir en el primero materias como Historia del Derecho (nociones de derecho romano, derecho francés y derecho anglosajón), Parte General del Derecho Civil, un curso de Enciclopedia Jurídica y otro de Sociedades.

“La crisis de la enseñanza del derecho deriva más que del plan de estudios, del criterio que prevalece en la docencia y de la falta de dedicación y de exigencia por parte de quienes tienen la responsabilidad de la misma.

“Se deja constancia que en este dictamen no se entra a considerar las razones de competencia de parte de las autoridades ni la oportunidad de la reforma, así como también el criterio que debe prevalecer en la formulación de un plan de estudios, es decir, si se debe hacer una orientación tendiente a una formación humanista, de hombres “de estado” o una formación preferentemente profesional. Con uno u otro criterio siempre habrá que tener en cuenta materias humanistas y de tipo formativo porque se trata de preparar a egresados que tendrán como función primordial colaborar en la elaboración de normas de conducta y que esta labor, como he dicho ya, debe estar presidida por un criterio de justicia, como síntesis del plexo de valores jurídicos y de un serio análisis de la realidad social”.

No debe olvidarse que la orientación profesional, dentro de las indicadas, depende de circunstancias vitales y éstas superan, a veces, una pretendida vocación o el ejercicio de lo que el joven piensa que será su actividad futura.

Por lo expuesto, es conveniente que —si se acepta la distinción en ciclos y, por sobre todo, el que culmina con el título de abogado— las materias que se incluyan deban ser lo suficientemente formativas para habilitar a los egresados, con un mínimo de conocimientos y de capacitación para su actuación en cualquiera de las esferas en que

concrete su actividad profesional. Más aún, si el título que se expide es habilitante para el ejercicio profesional.

Tanto para la obtención del título de licenciado como el de abogado y el de doctor, se deben cumplir con ciertas exigencias que deben ir en ascenso en función del título al que se aspira y que en definitiva se obtiene.

El aumento del número de egresados va en detrimento de la calidad y depende de las exigencias que no sólo deben requerírsele al estudiante sino a quienes ejercen la docencia.

Las materias deben estudiarse planteando los temas o suministrando las nociones fundamentales de las mismas, agregándose el planteo de algunos casos que permitan el ejercicio del razonamiento, la interpretación en el derecho y señalando que en las soluciones deben prevalecer los valores jurídicos que se sintetizan con el término justicia como coronación del plexo axiológico (8).

No debe prescindirse del estudio de nociones de teoría general que debe integrarse con una formación genérica de la dogmática y preparar así al futuro egresado para encarar la solución de los problemas concretos que se le presenten y que requieran su intervención en los distintos ámbitos en que su actividad se concrete.

(8) En apoyo de ello cabe destacar que el "conocimiento" de las normas jurídicas supone su "interpretación", es decir, asignarles un sentido. En los casos concretos, a través de las normas se analizan los hechos, la conducta de las partes en juego para dar la solución más justa dentro del marco que brinda el ordenamiento.

En la mayoría de los casos no existe la antinomia entre "conocimiento" e "interpretación" porque el abogado, el juez o el jurista, es decir, el intérprete, debe desentrañar el sentido de las normas y cuando se plantea el caso concreto pronunciarse por la solución más adecuada dentro del margen que brinda el orden jurídico.

En otras palabras, que debe esclarecerse el sentido de esas normas para su aplicación en relación a los hechos del caso y consagrar la solución más justa.

De ahí que se deba reiterar que es imprescindible tener nociones de teoría general del derecho, una formación académica y cultural mínima para el ejercicio profesional, sin perjuicio de todo lo que se entiende por equipamiento para una formación práctica.

En la carrera de abogacía, sólo a título de ejemplo y sujeto a un estudio que debería profundizar, enuncio las siguientes materias y módulos que deben incluirse en los distintos cursos, sin perjuicio de la complementación que deben hacer los que deseen profundizar el estudio de las distintas materias en los Departamentos de derecho público y privado

1°) Introducción al Derecho.

- a) Concepto del derecho, de la justicia y de los valores
- b) Las fuentes del derecho.
- c) Panorama de enciclopedia jurídica, es decir, de las distintas ramas objeto de la ciencia del derecho, con referencia a cada una de ellas y su ubicación dentro de la unidad del orden jurídico.
- d) La interpretación en el derecho de fondo y en el derecho procesal.

2°) Historia del Derecho.

- a) Derecho romano.
- b) Derecho continental (francés fundamentalmente).
- c) El "Common Law". Derecho inglés y de EE.UU.
- d) Otros ordenamientos jurídicos y el Derecho Comunitario.
- e) Influencia de cada uno de ellos en nuestro derecho.

3°) Derecho Político (9)

- a) Historia de las ideas políticas.
- b) Los conceptos fundamentales inherentes a la estructura del Estado.
- c) Conceptos sobre los elementos del Estado y la soberanía.
- d) La teoría de la constitución.
- e) La división de poderes y la democracia.
- f) Los derechos humanos.

4°) Derecho Constitucional.

- a) Historia, evolución y su vinculación con la declaración de los derechos y garantías.
- b) Declaraciones, derechos y garantías en nuestra Constitución y en el derecho internacional.

(9) Jorge R. Vanossi considera que deben dedicarse dos cursos y coincide con H. Sanguinetti y A. Rodríguez Varela sobre volver al "Derecho Político", como denominación en reemplazo de "Teoría del Estado".

c) Los distintos poderes y sus facultades en el régimen constitucional argentino.

d) Derecho federal, provincial y municipal

5°) Economía Política y Finanzas Públicas.

6°) Derecho Administrativo.

a) Concepto. Fuentes. Administración Pública.

b) Servicio Público.

c) Contratos administrativos.

d) Función Pública. Responsabilidad del funcionario.

e) Contrato de obra pública y concesión.

f) Limitación al dominio. Expropiación.

g) Poder de Policía.

h) Dominio Público.

i) Procedimiento y Recursos.

7°) Derecho Privado.

A) Parte general del derecho civil.

a) Historia y estructura de la legislación civil con relación a las distintas partes del mismo.

b) Persona.

c) Patrimonio.

d) Hechos y actos jurídicos.

B) a) Obligaciones y Contratos (civiles y comerciales).

C) a) Derechos reales e intelectuales.

b) Familia.

c) Sucesiones.

D) Sociedades Civiles y Comerciales y Asociaciones.

a) civiles.

b) comerciales.

c) de Estado.

d) combinaciones societarias y formas de asociación.

E) Derecho Comercial y de la Empresa.

a) el comerciante.

b) nociones en contabilidad.

c) papeles de comercio.

d) concursos.

- e) seguros.
- f) transportes (terrestre, navegatorio, aeronáutico y multimodal).
- g) propiedad intelectual (patentes y marcas).
- F) Derecho laboral.
 - a) la relación de dependencia.
 - b) la legislación nacional.
 - c) instituciones específicas.

8°) Derecho Penal y procedimientos penales.

- a) La pena y las escuelas.
- b) La tipología.
- c) La parte general.
- d) La parte especial.
- e) La parte dinámica: el procedimiento.
- f) Criminología.

9°) Derecho Procesal y procedimientos en el derecho privado.

- a) Concepto de acción.
- b) De jurisdicción y competencia.
- c) Proceso.
- d) Procedimiento.
- e) Recursos.

10°) Derecho Tributario.

- a) Parte general.
- b) Régimen tributario nacional.

11°) Derecho Internacional Público, Privado y de la Integración.

12°) Ejercicio y Etica profesional.

No puede prescindirse hoy día de esta materia porque ha decaído enormemente las normas a que debe ajustarse el desempeño de la abogacía y la magistratura.

13° Otras ramas del derecho que pueden ser materia de especialización pero de las que debe darse una noción.

Derecho de la Navegación (marítima, fluvial y lacustre).

Derecho Aeronáutico.

Derecho Espacial.

Derecho Ambiental.
Derecho Industrial.
Derecho Minero.
Derecho Agrario.
Derecho de las Comunicaciones.
Derecho de la Integración.

Las enunciadas bajo este acápite, podrían ser materias optativas sobre las cuales deben brindarse las nociones generales en la carrera de abogacía. Es decir, que de las materias optativas habría que brindar una información elemental a todo egresado. Pronunciarse sobre el problema es decidirse a su inclusión en las más afines, señalando sus características especiales.

Si se decide la división en ciclos, en el primero deben incluirse nociones generales sobre las materias fundamentales y una síntesis informativa de las otras para la profundización en el segundo ciclo.

Ya se opte por un plan único o en ciclos, es fundamental establecer las correlatividades y, desde luego, la enunciación precedente no implica ordenación al respecto. Más aun, esa enumeración ejemplificativa no significa que algunas materias no deban dividirse en uno o más cursos, por sobre todo, si se tiene en cuenta que deberán complementarse con nociones sobre aquellas que se mencionan como optativas.

Ningún egresado puede desconocer lo fundamental de las distintas ramas del derecho y de aquí que si se admiten materias optativas no deben dejar de suministrarse una exposición de la finalidad de cada una de ellas que pueda servir para una orientación futura.

En cuanto a la extensión de los cursos, el doctor Horacio A. García Belsunce considera que de todas las materias deben desarrollarse en cursos anuales, cuando su contenido lo justifique, y no reducirse a asignaturas cuatrimestrales.

V. Métodos de enseñanza

En la historia de nuestra Universidad podríamos decir que se pueden señalar dos etapas, el de las clases magistrales y el de los cursos limitados

en el número de alumnos con la utilización de diálogos y análisis de casos prácticos y con trabajos a realizar por los alumnos.

Es recomendable la intervención activa del estudiante y ello se puede realizar en esos cursos y con el estudio teórico-práctico de las instituciones y su funcionamiento en la realidad, es decir, analizando la dinámica de los mismos.

Sin perjuicio de la prevalencia de los cursos con esas finalidades que aproximan al profesor y al alumno, no deben descartarse las clases magistrales en las que deben desarrollarse temas fundamentales y que pueden servir de diálogos posteriores entre el profesor titular, colaboradores de la cátedra y los alumnos que se agrupan en los cursos a cargo de los integrantes de la cátedra.

En cuanto a la presentación de la materia puede hacerse en forma sistemática, como unidad o en forma empírica partiendo de una decisión o de una situación concreta. Los ejemplos típicos de este segundo sistema son el "case method" y el "problem method", utilizado en los Estados Unidos. A lo largo del curso es recomendable la utilización combinada de ambos sistemas porque son dos formas de ejercitar el intelecto, pero no hay duda de que no debe descartarse el sistema de planteo de casos porque, además de impartir los conocimientos sobre la materia, se entrena al alumno en conocer y distinguir las circunstancias del caso que se plantea y los fundamentos del fallo que sustentan el mismo, en la hipótesis de que se trate de un caso judicial.

En la enseñanza inglesa, el sistema del "tutorial system" tuvo una gravitación fundamental.

VI. Métodos de promoción

Sobre este tema es recomendable que se conjuguen el sistema de exposiciones orales y escritas de los alumnos, mediante la realización de trabajos, diálogos, exámenes parciales, y, desde luego, un examen final que permita la coordinación del trabajo realizado al estudiar la materia en cuestión. La promoción debería ser por concepto, valorizando la formación y lo realizado por el alumno, a lo largo del curso.

VII. Distintos criterios de evaluación

Los criterios de evaluación adquieren diferente valor según cuales sean los métodos de promoción aplicados: por ejemplo, hay diferencias entre las pautas que deben ponderarse en una exposición ordinaria del alumno, en una intervención referida al tema que se trata en una clase y las que se utilizan para apreciar un examen final, al término de un curso estructurado sobre la base de los distintos métodos utilizados.

No obstante, en todos los casos deben aplicarse normas generales que hacen al sentido de la formación de los estudiantes.

Los principios fundamentales deben ser tenidos primordialmente en cuenta en cualquier evaluación; es inútil que un alumno conozca al pie de la letra un texto legal, si no pondera la importancia del mismo, su finalidad sustancial y no lo interpreta, a la luz de los principios de la disciplina que estudia o de los básicos del orden jurídico.

La aptitud del alumno para razonar e interpretar los textos legales reviste suma importancia para la formación jurídica que debe alcanzar y también para la eficacia que debe lograr en su actuación profesional.

En primer lugar, se debe determinar si el estudiante tiene la aptitud y el conocimiento necesario para apreciar y valorar las normas legales o los fundamentos de un fallo judicial. El conocimiento no puede agotarse con el estudio dogmático si no se aprecian los hechos que deben ser interpretados al igual que las normas que se consideran aplicables al caso.

La ponderación de los valores jurídicos concretados en las normas e instituciones, constituye un criterio para la evaluación de los conocimientos de los alumnos.

En los cursos que tienen por objeto el estudio del derecho positivo, el conocimiento de los textos, sus relaciones con otros preceptos y su correcta interpretación adquieren, lógicamente, una importancia mayor que en los estudios relativos a temas muy generales como los referidos a la teoría general del derecho.

En toda evaluación sobre derechos y obligaciones e instituciones jurídicas, debe ponderarse si el alumno tiene la necesaria formación para apreciar los textos legales, la jurisprudencia y la doctrina, así como los hechos a juzgar, a la luz de las normas y los principios del orden jurídico.

VIII. Asistencia obligatoria y exámenes libres. Enseñanza a distancia

Hay consenso sobre los cursos con limitación de inscriptos y asistencia obligatoria, con un tope máximo de ausencias admisibles.

Es el sistema de enseñanza más adecuado y eficaz y es innecesario destacar las ventajas que se obtienen de una permanencia en un curso en el que se pueden apreciar las diferentes opiniones vertidas por los alumnos, facilitando así la expresión de las ideas de los participantes en el curso, permitiendo la orientación por parte de los profesores en los temas que generen discrepancias entre los participantes.

No es necesario extenderse sobre este tema, pero sí cabe formular algunas reflexiones complementarias.

Hay estudiantes que no cuentan con las posibilidades requeridas para participar en cursos de la especie antes explicada y, sin embargo, pueden estudiar la carrera con provecho si cuentan con las facilidades necesarias. Estas pueden consistir en el dictado de cursos, básicamente a través de clases magistrales, uno o dos por materia, donde no se exija asistencia obligatoria y se establezca un sistema de exámenes libres, sea un final o con el aditamento de parciales.

Evidentemente, en estos casos y con este sistema de promoción, es difícil alcanzar el éxito que puede obtenerse con los otros, porque la calidad y formación del estudiante debe superar la falencia por no poder utilizar las ventajas del sistema que se brinda con los cursos de asistencia obligatoria y un examen final.

Merece una consideración muy especial el sistema de docencia y clases a distancia.

Años atrás conversamos con el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata para implantar el sistema, pero lamentablemente no se contaba con la infraestructura necesaria desde el punto de vista docente ni con el material para poder hacerlo con un rendimiento satisfactorio.

En la Universidad de Buenos Aires se está considerando esa posibilidad y me limito a señalar que es importante que el sistema culmine con entrevistas a los estudiantes para compulsar los conocimientos adquiridos antes de las promociones y, desde luego, para la obtención del título académico (10).

IX. Doctorado y Postgrado

En 1929, el entonces Decano de la Facultad de Derecho, al inaugurar el curso lectivo de ese año, señalaba su preocupación por el número reducido de aspirantes al título de doctor y la importancia que debía darse al mismo. Este era un requisito indispensable para incorporarse como profesor al cuerpo docente de la Facultad.

Más de 50 años después, debo manifestar la misma inquietud y la importancia de restaurar los estudios del doctorado sobre la base de una orientación que traduzca una formación para el ejercicio de la función docente, de la investigación y de la función pública en la comunidad.

Durante muchos años los miembros de la Comisión de doctorado interrogábamos a los aspirantes y les indicábamos los estudios que debían realizar a ese nivel, para coronarlos con la presentación de una tesis, auspiciada por el padrino de la misma.

Frente a las alternativas consideramos conveniente la orientación general y que el aspirante al título de doctor elija el tema de tesis con su padrino.

(10) Ver Rvta. La Ley del 19/4/01. Informe sobre Educación a distancia y entrevista con la profesora y licenciada en psicopedagogía María Rita Losada. Modalidad educativa y propuesta para una realización en curso de post grado. El curso debe finalizar con la evaluación personal.

X. Síntesis

No hay duda de que el problema de la educación es el más grave en la actualidad y, por sobre todo, en el nivel primario y secundario para toda la población, y el universitario para quienes acceden a la educación superior.

He presentado estas reflexiones sobre temas polémicos y que pueden engendrar reacciones por los intereses que se afectan. Por ello, sugiero algunas soluciones, alternativas discutibles como la referente a la exigencia de una preparación para el ingreso y el somero conocimiento de uno o dos idiomas, además del nuestro, y la división en ciclos.

Tengo la esperanza de que los profesores y los dirigentes eleven sus miras a estos temas porque de la educación depende el futuro de la Argentina.

Todos los docentes en los distintos niveles deben tener aptitud y vocación. Los sistemas *full* o *part time* no son incompatibles, pero creo fundamental que se reserve el *full time* para quien no ha estado o no esté disociado de la práctica y, a su vez, que el *part time* dedique las horas al esfuerzo que requiere el ejercicio de una auténtica docencia. ♦

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO (*)

POR JAIME LUIS ANAYA

Las manifestaciones de la crisis que afecta a las universidades en nuestro medio, situación que compartimos en distinta medida con muchos países a los que nos vincula una afinidad cultural, viene siendo denunciada a través de calificados expositores y ha suscitado un vigoroso debate acerca de sus causas y sus posibles soluciones.

La Academia encuentra saludable la presencia de esta problemática en la opinión pública porque su sola instalación importa la posibilidad de avanzar en el esclarecimiento de temas que durante demasiado tiempo estuvieron clausurados por prejuicios y banderías ideológicas. Ante esta disposición para indagar y debatir esta situación, que viene encontrando un progresivo eco, se encuentra oportuno difundir algunas reflexiones sobre la enseñanza universitaria, especialmente referidas a las escuelas de abogacía, con el propósito de contribuir a la apertura de un diálogo constructivo.

Sabido es que las universidades fueron en sus orígenes significativas del lugar de encuentro de maestros y escolares, antes de ser identificadas por sus sedes edilicias y por sus organizaciones burocráticas habilitadas para extender diplomas. La fuerza convocante de unos y otros se encontraba en la voluntad y el entendimiento para acceder al conocimiento y adiestrarse en el aprendizaje de los saberes, en la vocación para indagar la verdad. El transcurso de los siglos fue cambiando esta fisonomía en su tránsito hacia la universidad profesional. Pero al margen de todas las transformaciones que acompañaron a esta nueva ver-

(*) Este estudio ha sido aprobado en el plenario del 26 de julio de 2001.

tiente de los estudios superiores, la universidad siguió siendo lo que son sus profesores. Bien se ha dicho entonces que las universidades, a la par que las academias, son representativas —o deberían serlo— del más alto nivel intelectual de un país. De donde se sigue que la universidad masiva importa una contradicción en sus propios términos y su sola enunciación es la portada del colapso universitario. No es éste un problema de la infraestructura ni de la aptitud de sus instalaciones para cobijar multitudes. Lo es del factor humano, porque los profesores no se multiplican exponencialmente sino que se suman tras años de cultivo, maduración y experiencia.

I. El desborde originado por la masividad conduce a la parodia de la cátedra sin maestro. Lo dicho no va en desmedro del buen número de excelentes profesores que prestigian nuestras universidades. Pero ocurre que con frecuencia carecen de posibilidades de constituirse en maestros, porque los requerimientos de la enseñanza masiva circunscriben las oportunidades de comunicación con los estudiantes a la muy escasa que ofrece la clase magistral; o, en todo caso, a la atención de un grupo de alumnos constituido en "comisión", mientras los demás quedarán confiados a docentes colaboradores de nivel decreciente en la medida que aumentan las comisiones organizadas para satisfacer las exigencias de la inscripción. En esa misma medida disminuye la calidad de la enseñanza. De esta suerte se dan casos de alumnos que llegan a graduarse sin haber tenido la oportunidad de haber cursado alguna vez con profesores titulares. Estas son las situaciones que se generan en la universidad masiva bajo la divisa "cursos para todos". Y esto es lo que ha llegado a plasmarse en el estatuto de una Universidad Nacional mediante una cláusula que establece: "la organización de la enseñanza se adaptará al número de estudiantes que ingresen a ella, integrándose con tantas cátedras o tantos docentes como requiera su efectividad".

El profesor debe reunir las aptitudes inherentes al nivel de la enseñanza superior que, lejos de agotarse en la información, tiene como eje la formación del estudiante. Por ende, aquéllos a quienes se ha confiado la cátedra, asumen la misión de constituirse en guías para que sus alumnos adquieran los hábitos del razonamiento más acordes con la disciplina, descubran el sentido y la finalidad de lo que es objeto de su aprendizaje y se capaciten para pensar por sí mismos la materia, adquiriendo

de esta suerte una personalidad acorde con el grado que corresponde al saber de un universitario. De otro lado, en correspondencia con este sentido de la enseñanza, se requiere que el estudiante se encuentre también dotado de la idoneidad para que pueda acompañar el logro de tales propósitos. Lo dicho conduce a la consideración de dos temas polémicos: el ingreso y el cupo.

II. La convicción acerca de la necesidad de una selección, está vinculada con la que se profesa con relación a lo que debe ser la enseñanza universitaria. Quienes postulen la excelencia no pueden prescindir de un ingreso que permita medir la capacitación de los postulantes. La opción por los mejores no puede ser contrapuesta con el derecho que a todos se reconoce para acceder a la enseñanza superior. Porque su ejercicio, como todos, está supeditado a las reglamentaciones. A lo que cabe agregar que su contenido se traduce y se agota en el ofrecimiento de la igualdad de oportunidades para lograr tal acceso y en la dotación de becas para aquellos que no pueden afrontar el costo de sus estudios. Y no hay argumento que permita tildar a los requisitos de ingreso como irrazonables o discriminatorios toda vez que se encuentren encaminados a la comprobación de que el postulante reúne la vocación y la capacidad que revelan su idoneidad. Por lo demás debe tenerse en cuenta que, como lo demuestra la experiencia, cuando la prueba de las aptitudes no se realiza en oportunidad del ingreso, la selección opera bajo el principio darwiniano generando un amplio porcentaje de fracasos o deserciones, con un penoso saldo de frustraciones y un injustificado dispendio de recursos.

La fijación de cupos se relaciona con las disponibilidades de una dotación docente y con la opción por una enseñanza personalizada, antes que con la infraestructura de sus instalaciones físicas. Cabe destacar que estos condicionamientos no son controvertidos cuando se trata de la enseñanza en los niveles primario y secundario y que las propias universidades aplican limitaciones numéricas respecto de los colegios secundarios a su cargo. Ciertamente que podría prescindirse de establecerlas en la universidad si se aceptase que su función se agota en la apertura de oportunidades para asistir a clases magistrales y de rendir exámenes periódicamente. Por esta vía el texto del profesor, muchas veces acompañado o sustituido por la lucrativa industria del apunte, toman marginal a la cátedra y rebajan el sentido de la universidad a la de un

centro evaluador de los conocimientos de los alumnos y expendedor de títulos, al tiempo que transforma a los estudiantes en cultores de estrategias encaminadas a la obtención sin fatiga de un título, según la advertencia de Piero Calamandrei.

III. Desborda el alcance de estas reflexiones una exposición acerca de la extensión e intensidad que corresponde asignar al currículo. Sin embargo no pueden omitirse algunas consideraciones acerca de ciertas tendencias que ya se han hecho presentes en planes de estudios tan preocupantes como sus frutos. Por una parte se advierte en ellos una simplificación de los estudios basada en la eliminación de temas y aun de materias, desplazando su estudio hacia el área de las llamadas "optativas". Por otro, en sustancial correspondencia, tras una pátina epidérmica e incompleta de información enciclopédica, se ingresa en los cursos de especialización. No es un consuelo conocer que en países de elevada cultura está aconteciendo otro tanto, con las desoladoras consecuencias comunes a estas experiencias. Así es que, según refiere Francesco Galgano, en universidades italianas se puede lograr la graduación ignorando qué cosa es un pagaré; y el laureado que sabe lo que es un homicidio puede no saber lo que es un hurto. Todo depende del curso monográfico que ha tenido la ventura de seguir.

La especialización no puede ser iniciada prematuramente durante la formación de grado. Antes debe haberse alcanzado la madurez que otorga una adecuada formación general y un sólido panorama del ordenamiento jurídico concebido unitariamente así como de las relaciones entre la diversidad de sus partes. De esta manera la enseñanza se adapta para contrarrestar la tendencia hacia la fragmentación del derecho, según la conclusión de Michael Reisman. Añádese a lo dicho que, frente a la amplitud y heterogeneidad de las actividades y destrezas que puede ser llamado a desempeñar el abogado, no es serio que los títulos expedidos a los que han obtenido un grado con el curso de una especialidad queden profesionalmente habilitados para desempeñarse de inmediato en cualquiera de sus ámbitos.

IV. Desde otra vertiente, calificadas opiniones vienen señalando la necesidad de adecuar la enseñanza a las nuevas exigencias de la realidad. Una de las incorporaciones sobre las que hay mayor insistencia se vincula con las provenientes de la incidencia que en el derecho tiene el

incremento de las relaciones internacionales, la multiplicación de los tribunales internacionales con jurisdicción civil y penal, la globalización del tráfico, la expansión de la *lex mercatoria* y los procesos de regionalización. Los nuevos hechos son determinantes de la gravitación que en la actualidad tiene el derecho de los tratados y de la integración, los regímenes regionales y, en general, el derecho comparado. Estas observaciones y recomendaciones parecen especialmente válidas para nuestra universidades, habida cuenta de la jerarquía que la Constitución Nacional reformada en 1994 atribuye a los tratados internacionales y de la aplicabilidad que se viene reconociendo al principio *iura novit curia* respecto del derecho extranjero.

No resulta ocioso señalar que la base de toda la enseñanza debe reposar en una filosofía jurídica que conduzca a convicciones bien fundadas sobre la consistencia del saber de los juristas, la justicia, el derecho, sus fuentes, sus proyecciones en la práctica profesional, la primacía y la prelación de los valores, la ética, el arte de la interpretación y de la argumentación. Complementariamente, el conocimiento del derecho debe ser puesto en relación con el marco social y económico en el que habrá de operar, indispensable para su conexión con la realidad y para generar el hábito de abordar las cuestiones jurídicas desde la tónica en armonía con la sistemática.

V. Desde posiciones muy antagónicas se ha considerado la situación que corresponde atribuir a la investigación en la Universidad. La cuestión concierne a dos planos que merecen una consideración diferenciada. Con relación a los docentes el punto de partida se encuentra en la exigencia de que toda didáctica en este nivel debe ser transmisión de pensamiento original o siquiera obra de una re-elaboración. La exposición efectuada a los alumnos solamente se justifica cuando contiene ese valor agregado. La mera repetición de lo que es corriente en los textos, cursos o manuales, resulta prescindible y es mejor asimilado por el estudiante si directamente recurre a la lectura en esas fuentes. La docencia y la formación de los que aspiran a la cátedra o cursan la carrera docente no puede prescindir del apoyo en la investigación que la vitaliza, so pena de desembocar en la insustancial repetición de lecciones desvaídas.

En el plano que concierne a los estudiantes, no cabe esperar, salvo casos infrecuentes, que se encuentren ya en grado de discernimiento y

elaboración de criterio para la investigación de nivel superior. Pero es plausible que se inicien en la investigación, tarea que debe ser estimulada como se hizo en otros tiempos a través de los seminarios que orientaban en la búsqueda, selección y elaboración de materiales, en la programación y desarrollo crítico de los temas.

VI. Todos los métodos que sean conducentes para el entrenamiento mental, el hábito del razonamiento jurídico, el desenvolvimiento del curso ordenado y convincentemente fundado, deben concurrir a la enseñanza del derecho. Por ende, todavía hay lugar para la clase magistral que, cuando realmente lo es, constituye un modelo en el arte de la exposición orgánica y sistemática, claramente descriptiva de una problemática y sugestiva de las más apropiadas argumentaciones para conducir a soluciones convincentes. Pero un lugar preponderante debe darse a los métodos que permitan y estimulen la participación activa del alumno, propósito para el que parece especialmente dotado el llamado método de casos que, puesto en relación con nuestro sistema jurídico, no tiene el alcance que le asignó el decano Langdell sino que se implementa a partir del conocimiento o de una explicación de las reglas implicadas que permitan desentrañar la solución justa de situaciones tomadas de la jurisprudencia o imaginadas por el profesor. Con ésta y otras variantes se logra una aproximación al arte de trazar la adecuada ecuación entre el derecho de las normas y los libros y el derecho de la vida en su compleja realidad. La necesidad de encarar este nexo implica decidir sobre dos cuestiones arduamente disputadas: la impronta profesionalista o académica de los estudios universitarios, por una parte, y la suficiencia del título expedido por la Universidad para la habilitación profesional.

VII. El sentido práctico que debe prevalecer en la enseñanza, otorgando primacía a la preparación profesional, tiene la secular respuesta platónica en el sentido de que nada hay más práctico que una teoría bien fundada. La diversidad de las actividades a que está llamado el abogado, en el foro como litigante, magistrado o funcionario; y fuera de él como consultor, asesor, redactor de contratos o de proyectos, negociador y otras funciones, ponen en evidencia las limitaciones que padecerá todo intento de adiestrar a los alumnos en este amplio abanico de posibilidades desde la Universidad. De hecho, en el mejor de los casos, la faz práctica que se encara en algunas escuelas de abogacía concierne a elementales balbucesos en el ámbito contencioso, a partir de la asistencia que se cumple en consultorios y patrocinios. De esa

fragilidad puede dar cuenta el hecho de que en alguna Facultad se permite dar por cumplido el requisito a través de un examen de trabajos prácticos. Añádase a lo dicho que el perfil práctico solamente reconoce como escuela el ejercicio de la actividad profesional, la experiencia que, al decir de Reisman, es el eufemismo que se usa para externalizar los costos del aprendizaje del derecho en los clientes.

En buena medida lo dicho precedentemente da respuesta a la segunda cuestión. Aun dando por supuesto que el grado alcance a dotar de una formación suficiente, la capacitación profesional reclama ulteriores desarrollos en el marco de experiencias guiadas, asistencia y orientación en los inicios de la actividad. Pero la situación es aun más grave cuando el título de grado no es tenido como garantía suficiente de idoneidad profesional. En manifestaciones recientes el sociólogo Pierre Bourdieu dijo que, ante la baja de las exigencias en las universidades públicas francesas motivadas por la necesidad de reducir gastos, se genera un elitismo de nivel internacional a través de la enseñanza en instituciones de Estados Unidos. El fenómeno guarda correspondencia con lo que acaece en nuestro medio según se constata a través de los avisos periodísticos que requieren servicios de profesionales que hayan logrado un *master* en el extranjero. Pero la situación es más preocupante si se constata la desconsideración en que son tenidos los títulos a través de hechos tan elocuentes como lo son la constitución de los colegios profesionales en escuelas de postgrado y aun la aprobación de sus cursos como requisito de habilitación profesional como lo propone un proyecto de ley preparado por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Es también consecuencia de la convicción sobre el decaimiento de la enseñanza del derecho, por influjo de criterios extrapedagógicos, que la ley 24.937 regulatoria del Consejo Nacional de la Magistratura establece entre sus funciones la organización de una escuela judicial y la planificación de cursos de capacitación para magistrados, funcionarios y empleados.

En tanto subsista la situación descrita es predecible que el título académico se escindirá de la habilitación profesional. Si ello se concreta, llegará el momento de encarar sus consecuencias. Por una parte podría facilitarse una inicial y rápida habilitación en tareas de procurador y paulatinamente en los juicios de menor cuantía, en procedimientos simplificados, ante órganos administrativos y así sucesivamente otorgar la habilitación plena. Por otra, en la medida que esa habilitación deba ser acompañada por la aprobación de cursos, el juicio de

suficiencia convendría que emanase de tribunales en que estén representados la magistratura, los colegiados y la Universidad.

VIII. El problema del arancelamiento de las universidades públicas no concierne estrictamente a la enseñanza del derecho sino a la política educacional. Es ésta una cuestión que debe ser articulada en el marco de la asignación de los recursos disponibles entre los distintos grados de la enseñanza. Lo que aquí importa señalar es que la educación es una inversión que tiene costos y que la educación universitaria de calidad es sumamente costosa. Sin embargo la sociedad en general y el estudiantado universitario en particular se comportan como si existiese un derecho adquirido a que los recursos públicos carguen con el gasto. Es entonces un acierto la descripción que se ha expuesto diciendo que la Universidad estatal argentina es gratuita (para el estudiante) pero cara (para la sociedad). Esa gratuidad va acompañada y es causante de remuneraciones exiguas para los docentes de todos los niveles, no siendo infrecuente que los de menor nivel se desempeñen durante años *ad honorem*. Con razón ha podido decirse que si la Universidad retiene una cierta cantidad de profesores de alto nivel, el hecho debe atribuirse a la gratitud y solidaridad que guardan hacia la Casa de su formación, así como a una vocación profunda que los impulsa a donar algunas horas de su actividad a la que se ha tornado la universidad de la beneficencia.

IX. En momentos de graves dificultades que atraviesa la República, el problema de la enseñanza del derecho debe ser asumido sin dilaciones ni tapujos. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, largamente preocupada por este tema que tiene como una incumbencia prioritaria, ha juzgado necesario dar su palabra como una contribución al esclarecimiento de las causas de su crisis y una invitación a reflexionar sobre las posibles soluciones. La motiva solamente un afán de verdad, recordando las palabras del decano Marco Aurelio Risolía: "Cuando se escoge una profesión sólo se elige una senda para llegar, transitándola, a un verbo o a una cifra que explique todos los planteos y exprese toda la verdad. No hay Universidad ni universitario sin ese afán irrenunciable".

DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES EN EL HOMENAJE A LA ACADEMIA ARGENTINA DE LETRAS

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires a quien en este acto represento, se complace y se honra en haber sido elegida por la Academia Argentina de Letras para transmitir a este calificado auditorio, su adhesión al homenaje que se rinde a ella en el septuagésimo aniversario de su fundación.

Considero que el mejor homenaje que puede tributarse a la Academia Argentina de Letras, es destacar los fines que determinaron su creación y el cumplimiento que de ellos ha hecho. El acta de constitución de la Academia que nos congrega, labrada el 11 de septiembre de 1931 en el despacho del Ministro de Justicia e Instrucción Pública, Dr. Guillermo Rothe, dice que el Gobierno Provisional de la Nación que ha dispuesto su creación, lo ha hecho como “un justiciero homenaje a los escritores e investigadores, a fin de dar unidad a la vida intelectual del país y llevar al seno de las instituciones la contribución de los estudios relacionados

(*) Discurso pronunciado en el acto público del 13 de agosto de 2001.

con los problemas del idioma y de la necesidad creciente de su conservación y pureza". Se agrega, que ningún pensamiento podrá llegar a fijarse en lo esencial sin el dominio del idioma, de la riqueza de la lengua literaria, y que es patrimonio común de las naciones hispano-americanas tener este admirable instrumento de labor espiritual que es el idioma.

En sus 70 años de significativa y destacada actuación en el país, la Academia Argentina de Letras ha contribuido —como lo dice su partida de nacimiento— a activar los estudios filológicos y de investigación literaria, que han enriquecido la cultura moderna y velado por las buenas formas del lenguaje desde la escuela, valorando su influencia en la formación del espíritu público, para que toda manifestación literaria, al influir en el pueblo, le eduque al mejorar y ennoblecer el idioma.

El Gobierno que dispuso su creación, manifestó a través de su Ministro antes citado, que "había ejercido sus atribuciones legales en la menor medida, deseoso de que la nueva Corporación sugiriese oportunamente los medios destinados a completar su organismo, aumentase el número de sus miembros, eligiéndolos con más acertado criterio, y fijando normas definitivas para su propio desenvolvimiento". Estos conceptos tienen una importante significación política, por cuanto revelan que el Gobierno no se atribuye una función tutora de las academias, propia de un crudo intervencionismo estatal, sino que, por el contrario, ejerce sus atribuciones en forma limitada y subsidiaria, dejando a las academias que completen su organización y rijan por sí mismas sus destinos. Esta política ha sido seguida por los Gobiernos posteriores, con la sola excepción de la ley 14.007 del 30 de septiembre de 1950, que encomendó al Poder Ejecutivo la reorganización de las academias, el que por medio del decreto 7500 del 30 de septiembre de 1952, reglamentando la ley antes citada, disponía, entre otras cosas, que sería el Poder Ejecutivo Nacional el encargado de designar a los académicos de número en base a la terna que al efecto le elevaría el Consejo Académico Nacional, que era presidido por el Ministro de Educación de la Nación, limitando el cargo de académico de número hasta la edad de los 60 años, salvo que el Poder Ejecutivo Nacional dispusiese su renovación.

Tales disposiciones legales, que tuvieron por objeto sustraer las academias existentes al régimen de independencia y libertad en el que

normalmente se desenvuelven la investigación y el estudio, fueron derogadas por el decreto-ley 4.362 del 30 de noviembre de 1955 del Gobierno de la Revolución Libertadora, inspirado por su Ministro de Educación, Dr. Atilio Dell'Oro Maini —miembro de número de esta Academia Argentina de Letras y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales— de cuyos considerandos, que se encuentran en plena vigencia, cabe destacar los siguientes conceptos: "Que las Academias por su propia existencia y libre actividad son conjuntamente con las Universidades, el signo más alto del grado de cultura de un país, y constituyen el órgano adecuado de la sociedad para la manifestación, progreso y acrecentamiento de las ciencias, las letras y las artes... Que la función que las Academias desempeñan en la vida cultural del país adquiere singular relieve porque en su seno se reúnen los hombres que, tras largos estudios y una valorada obra personal, han adquirido el caudal de una experiencia decantada y diversa... Que las Academias, además, dan ocasión a que se discierna a los ciudadanos merecedores de la gratitud de la patria, la recompensa de un honor más apreciable que cualquier retribución material".

Las academias encuentran su origen en la tradicional Academia Griega, fundada por Platón alrededor del año 387 A.C. En Atenas, Platón compró un gimnasio en un parque cercano a la estatua del héroe griego *Academus*, de donde surgió la denominación de las instituciones que en la historia siguieron a su origen y ahí se instaló la primera escuela de filosofía organizada como una Universidad, con su estatuto, reglamento, museo y biblioteca. El diálogo utilizado por Platón, como el método que dio importantes frutos en el seno de una Academia, porque el intercambio de puntos de vista enriquece el conocimiento y estimula el progreso científico, es, ha sido y deberá seguir siendo una de las características de la vida académica entre nosotros. Las academias y sus trabajos de tipo científico y literario siguieron desarrollándose en Egipto en la célebre biblioteca de Alejandría en el Museo fundado por Ptolomeo. En la era cristiana podemos mencionar la Academia de Carlomagno, fundada para la promoción de la ciencia en Constantinopla y las establecidas por los moros en Granada y Córdoba; en Italia, durante el renacimiento, Cosme de Medici fundó la Academia Platónica que contó como miembros a Pico de la Mirándola y a Maquiavelo.

Con el avanzar de los siglos, en Londres se constituye la Royal Society que recoge los antecedentes de la Academia de los reyes James I y

Charles I, constituyéndose por Ordenanza del año 1662. En Rusia, Pedro el Grande fundó la Academia en 1724 en San Petersburgo, a la cual Catalina le dio el carácter de Academia de Ciencias y de las Artes. En Francia, sólo existen cinco academias nacionales bajo la cúpula del Instituto y esas son la célebre Academie Française, la de Inscripciones y Letras, la de Ciencias, la de Bellas Artes y la de Ciencias Morales y Políticas.

Estos antecedentes históricos demuestran que en los países de Europa ha sido restrictivo el criterio seguido en cuanto a la creación de academias, lo que parece no haber tenido eco en nuestro país que a la fecha cuenta con veintidós academias nacionales, ni tampoco en España, que solamente en orden a la legislación y jurisprudencia —equivalente entre nosotros al derecho— cuenta con siete academias reales.

Un académico colombiano ha dicho con acierto que una Academia es una reunión de voluntarios escogidos por sus pares, en razón de los servicios desinteresados que le han prestado a la patria en los campos de la ciencia, las letras o las artes y envuelve el compromiso de seguirla sirviendo, merced a sus trabajos dentro de su especialidad propia, de una manera constante e indefinida que generalmente se extiende hasta el fin de la existencia.

Nuestro académico titular y ex presidente Dr. José Domingo Ray, dijo en una conferencia pronunciada en Madrid en 1996, titulada “Misión de las academias”, que en las academias deben exaltarse los valores morales, la investigación, el estudio y la búsqueda del bien común. A ello, agrego por mi parte, que si la misión de las academias es realizar valores, ello debe hacerse respetando la verdad y la virtud. La verdad objetiva dentro de los parámetros científicos con la cuota de subjetivismo que es propia de la libertad de pensamiento. Respetamos todas las ideas y posiciones que se encuadren dentro de los principios básicos de nuestra organización institucional: la democracia republicana y el estado de derecho que suponen la vigencia de la libertad política y de la libertad civil.

La virtud —afirma Aristóteles— es el término medio, contrario al defecto y el exceso. La virtud académica se refleja en una conducta pública y privada intachable. Alguna vez se dijo que para ser académico no basta el

saber científico o el más lúcido manejo de las letras o las artes, sino que, además, hay que ser “una buena persona”, entendido este concepto vulgar como el atributo de calidades humanas ponderables o cuando menos que no merecen tacha. Los académicos no pretendemos ser sabios ni virtuosos, sino simplemente “buenas personas”, dedicados al estudio de las disciplinas que constituyen el objetivo de cada una de nuestras corporaciones. En esta labor tenemos que adecuar la verdad a la dinámica realidad de los tiempos que vivimos, ante los avances de la técnica y la informática. No podemos agotar nuestro accionar en contemplar glorias pasadas. Estamos orgullosos de ellas; las reivindicaremos en todo momento; serán las pautas que marquen nuestro derrotero, pero tenemos que enfrentar el presente, dar respuestas válidas a los interrogantes que se nos planteen, porque de lo contrario no tendremos futuro.

He dicho hace poco, al dar comienzo al año académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y rendir homenaje a los académicos ex presidentes, que la Academia no vive dentro de una campana de cristal; siente y se hace parte de los problemas del país, los que estudia y encara dentro de los límites dados por su competencia. Por ello, no somos ajenos a la crisis que, envuelta en una atmósfera en la que se han deteriorado los valores éticos y morales, afecta a las instituciones políticas, económicas, jurídicas y culturales. Lo que antecede es válido para todas las academias nacionales, que se supone congregan lo más selecto y calificado del pensamiento nacional en sus respectivas especialidades.

Frente a la realidad que vivimos aquí y ahora, las academias nacionales deben gravitar en la opinión pública y hacer prevalecer sus pronunciamientos sobre los temas fundamentales para gravitar comunitaria y culturalmente, sin perder de vista el estímulo de las vocaciones y la promoción de la investigación.

Ha dicho el académico Dr. José Domingo Ray antes citado, que alcanzar la categoría académica no significa el final de una existencia. Por el contrario, implica el compromiso de responder a las exigencias del reconocimiento y de la distinción que representa.

Ser designado académico supone una distinción, como resulta de los considerandos del decreto de restauración de las academias que antes

he mencionado. Pero, esa distinción conlleva una carga de responsabilidades y obligaciones, pues la designación no se limita a colgar o exhibir un espléndido diploma, sino que conlleva el deber de brindarse a la institución a través de investigaciones, comunicaciones, conferencias, seminarios y otras formas de divulgación del pensamiento, para el servicio de la comunidad o el bien común, única forma de superar las críticas que, merecida o inmerecidamente, algunas veces se les han hecho. Al efectuar designaciones para ocupar los sillones vacantes, debe tenerse en cuenta la vocación y la posibilidad de aporte del candidato y, además, como antes he señalado, que sea "una buena persona". Exigencia extra-estatutaria ésta, que es de alta relevancia en el funcionamiento y la vida de las academias, porque como en toda forma o figura asociativa debe primar en ellas el concepto de los romanos de la "affectio societatis", que haga del claustro académico, a través de su vida cotidiana, un recinto de investigación seria, de estudios profundos, de colaboración compartida, todo lo que se resume en lo que podría llamar la "amistad académica", a la que debe ser ajeno el enfrentamiento de tendencias inspiradas en posiciones político-partidarias o presiones corporativas, que deben disiparse en función de los altos fines estatutarios que determinaron la creación de la corporación y al que deben fidelidad sus integrantes que, implícitamente, al asumir sus cargos han hecho un juramento de lealtad para con ellos.

Lo hasta aquí expuesto, en conceptos breves pero que pretendo llenos de contenido, es suficiente para bosquejar el concepto y significación de las academias nacionales en la República Argentina. Por haberlos así interpretado y seguido, los ilustres académicos que integraron esta Academia Argentina de Letras desde su creación hasta el presente, merecen nuestro más sentido y respetuoso homenaje. Sería extenderme demasiado y además, caer posiblemente en omisiones injustificadas, mencionar a todos aquellos académicos que durante 70 años han prestigiado los sitios que hoy ocupan sus dignos sucesores, pero no puedo resistir a la tentación de recordar a varios de ellos, a quienes la vida me ha dado el privilegio de haberlos conocido personalmente, algunos desde mi niñez y otros hasta hace poco tiempo. En sentido homenaje menciono a Rafael Alberto Arrieta, a Mariano de Vedia y Mitre, a Bernardo Houssay, a Roberto Giusti, a José A. Oría, a Juan P. Ramos, al inmortal Jorge Luis Borges, a Fermín Estrella Gutiérrez, a Manuel Mujica Lainez, a Angel Battistessa, a Atilio Dell'Oro Maini —el profesor que me

“ungió” abogado en 1946 y presidió nuestra Corporación en 1960— a Alfonso de Laferrere, a Miguel Angel Cárcano, a Osvaldo Loudet, a Raúl Castagnino, con quien compartí muchas reuniones de presidentes de academias nacionales en ocasión de mi anterior presidencia de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, a Monseñor Octavio Derisi, a Victoria Ocampo, a Luis Federico Leloir y a Martín Alberto Noel, dilecto amigo y colega en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

A todos ellos, a los muchos que no he nombrado, a los actuales académicos de número, honorarios y correspondientes, a los integrantes de su mesa directiva y en particular a su dignísima presidenta, Doña Ofelia Kovacci, mi más sincero y sentido agradecimiento como argentino por todo lo mucho que ellos han hecho por las letras y la cultura argentinas, que es lo mismo que decir, por la Patria en sus más relucientes y esplendorosas expresiones. ♦



V

HOMENAJES



HOMENAJE A LOS ACADEMICOS EX PRESIDENTES

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

Es para mí un alto honor a la vez que una gran satisfacción, el que mi primer acto público como presidente de esta Academia sea para homenajear a los ex presidentes, académicos: Segundo V. Linares Quintana, Federico N. Videla Escalada, José Domingo Ray y Roberto Martínez Ruiz, conforme lo decidió el plenario académico en sesión del 26 de abril pasado, porque este homenaje es expresión del reconocimiento que a ellos deben la Corporación y todos los sectores que, directa o indirectamente, a ella se vinculan o son destinatarios de su accionar, por la brillante conducción que de ella hicieron y es también manifestación de un sincero sentimiento de gratitud por el esfuerzo que empeñaron para que la Academia siga la trayectoria que señalaron sus predecesores y por la calidez humana que brindaron a todos y cada uno de sus cofrades en su trato cotidiano.

Como me comprenden las generales de la ley, debo ser parco y sobrio al señalar la significación del cargo de presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Bastaría decir que es una de las más altas jerarquías a la que puede aspirar un jurista por designio de sus pares. Ello no implica desconocer que hay otras más altas jerarquías, pero ellas dependen de decisiones políticas a las que son ajenos los juristas.

(*) Discurso pronunciado en el homenaje a los académicos ex presidentes. Segundo V. Linares Quintana, Federico N. Videla Escalada, José D. Ray y Roberto Martínez Ruiz, en la sesión pública del 14 de junio de 2001.

No es ocioso recordar que nuestros homenajeados han ocupado el sitio que fuera de José Nicolás Matienzo, de Leopoldo Melo, de Carlos Saavedra Lamas, de Clodomiro Zavalía, de Atilio Dell'Oro Maini, de Eduardo Busso, de Alberto Padilla, de Marco Aurelio Risolía, de Isidoro Ruiz Moreno y de Enrique Ramos Mejía. Suceder a estos prohombres del derecho torna superflua cualquier otra calificación.

La academia como institución en la vida cultural de los pueblos, nace en Grecia, fundada por Platón en el siglo IV A.C. Platón, con un grupo de discípulos, se dedicaba a la contemplación de la "verdad" y para tener un lugar físico donde realizar sus pláticas adquiere la propiedad de *Academos*, origen del nombre de la asociación dedicada a la investigación y a la enseñanza de la filosofía. El jardín ateniense será reemplazado por el escenario de Alejandría y sus asistentes no serán de la raza griega, pero sin embargo continuará en ella el mismo espíritu de los primeros tiempos: contemplar la verdad y practicar la virtud.

Según refiere Jorge Vélez García —presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia— Proclo fue el último de los académicos destacados, pues en el año 529 D.C. el emperador Justiniano prohibió a los paganos todo oficio público, incluyendo la enseñanza.

Los romanos, más afectos a las cosas prácticas y a la acción, darían origen a la jurisprudencia. Para el romano el conocimiento nacido de la experiencia tenía un valor superior al de la teoría especulativa. Su accionar constante en relación directa con las realidades de la vida, lo lleva a la necesidad de crear y desarrollar formas o pautas de conducta que regulen la vida en sociedad. Así se va formando el derecho en un proceso dinámico de desarrollo, que requiere decisiones concretas distintas de las pautas abstractas e impersonales. Las múltiples cuestiones que se sucedían requerían de alguien que las resolviese y ante esa necesidad aparecen los *jurisprudentes*, cuyas opiniones dadas a las consultas que recibían, fueron constituyendo la *jurisprudencia*. Estos juriconsultos o jurisprudentes habían alcanzado tanta importancia por su sabiduría e integridad que —según señala el académico Vélez García— el emperador Augusto concedió a algunos de ellos el "derecho de contestar" a los problemas que les fueren expuestos y sus opiniones influían en el juez que había de decidir el caso.

Tal es el antecedente de las academias de jurisprudencia que florecen en los siglos XVIII y XIX y en el ámbito actual iberoamericano la mayoría de las academias como la nuestra, no se denominan academias de derecho sino de jurisprudencia y legislación.

El académico de medicina de Colombia profesor Hernando Groot Liévano ha dicho con acierto “que una Academia es una reunión de voluntarios escogidos por sus pares, en razón de los servicios desinteresados que le han prestado a la patria en los campos de la ciencia, las letras o las artes, y envuelve el compromiso de seguirla sirviendo, merced a sus trabajos dentro de su especialidad propia, de una manera constante e indefinida que generalmente se extiende hasta el fin de la existencia”.

El antecedente remoto de nuestra Academia se encuentra en la que fundó en 1815 el rector de la Universidad de Buenos Aires, Manuel Antonio De Castro, como organismo de la universidad encargado de iniciar a los abogados en las prácticas procesales, en tiempos en que el título universitario no era habilitante para el ejercicio profesional, que requería un examen ante el Superior Tribunal. Sin perjuicio de tal antecedente, la creación de esta Academia resulta del decreto de la Universidad del 26 de mayo de 1874, alcanzando su autonomía con los decretos del Poder Ejecutivo Nacional del 29 de agosto de 1906 y del 9 de noviembre de 1923, al mismo tiempo en que por decreto del presidente Alvear se eliminó a las academias como organismos integrantes de la Universidad, disponiendo que ellas se constituyan como instituciones autónomas.

Por decreto-ley 4362 del 30 de noviembre de 1955, el gobierno de la Revolución Libertadora, por inspiración de su ministro de Educación Atilio Dell’Oro Maini —que en 1960 fuera presidente de esta Academia— se reguló el régimen legal de las academias nacionales, que importó su restauración a causa de las medidas adoptadas por el régimen dictatorial depuesto que —como dicen los considerandos de dicho decreto— “tuvieron por objeto sustraer las Academias existentes al régimen de independencia y libertad en el que normalmente se desenvuelven la investigación y el estudio, quitándoles el derecho de elegir a sus miembros y de constituir sus autoridades...”

Es oportuno recordar los considerandos de dicha medida gubernativa en cuanto ellos fijan la misión y significación de las Academias Nacio-

nales y se encuentran en plena vigencia. Así, se dice: "Que las Academias por su propia existencia y libre actividad son conjuntamente con las Universidades, el signo más alto del grado de cultura de un país, y constituyen el órgano adecuado de la sociedad para la manifestación, progreso y acrecentamiento de las ciencias, las artes y las letras..." , agregando "que la función que las Academias desempeñan en la vida cultural del país adquiere singular relieve porque en su seno se reúnen los hombres que, tras largos estudios y una valorada obra personal, han adquirido el caudal de una experiencia decantada y diversa... Que las Academias, además, dan ocasión a que se discierna a los ciudadanos merecedores de la gratitud de la patria, la recompensa de un honor más apreciable que cualquier retribución material".

Nuestro académico José Domingo Ray en un magistral trabajo leído en el II Congreso de la Conferencia de Academias Iberoamericanas de Ciencias Jurídicas y Sociales, en Madrid en 1996, dijo que en las academias deben exaltarse los valores morales, la investigación, el estudio y la búsqueda del bien común, dentro de lo que las circunstancias permiten, y esto último porque las academias funcionan en circunstancias de tiempo y de lugar y deben gravitar y eliminar las desfavorables y, cuando ello no es posible, dejar un legado para el futuro.

Siguiendo este orden de ideas, agrego por mi parte que si la misión de las academias es realizar valores, ello debe hacerse respetando la verdad y la virtud. La verdad objetiva dentro de los parámetros científicos con la cuota de subjetivismo que es propia de la libertad de pensamiento. Respetamos todas las ideas y posiciones que se encuadren dentro de los principios básicos de nuestra organización institucional: la democracia republicana y el estado de derecho, que suponen la vigencia de la libertad política y la libertad civil, como lo señala el art. 28 de la Constitución Nacional, al poner límites a la relativización de los derechos y garantías.

Pero, como queda dicho, además de la verdad hay que respetar la virtud. Así expresado suena a algo abstracto. Decía Confucio: "practica la rectitud para aprender la verdad". Lo falso, por mucho que crezca en poderío, nunca puede elevarse a la verdad. La virtud —afirma Aristóteles— es el término medio, contrario al defecto y el exceso. La virtud académica se refleja en una conducta pública y privada intachable. Alguna vez se dijo que para ser académico no basta el saber científico o el

más lúcido manejo de las letras o las artes, sino que, además, hay que ser “una buena persona”, entendido este concepto vulgar, como el atributo de calidades humanas ponderables o cuando menos que no merecen tacha. Todos estamos muy lejos de ser perfectos. La virtud es difícil, más no imposible. El hombre no la alcanza aquí en la tierra sin mezcla de muchas debilidades que lo deslustran, pero no carece de los medios suficientes para poseerla y perfeccionarla, si hace de ella una aspiración o un objetivo.

No pretendemos ser sabios ni virtuosos, sino simplemente “buenas personas” dedicadas al estudio del derecho y las ciencias sociales con el propósito de contribuir al esclarecimiento de las cuestiones que ellas presentan y a su mejor interpretación y aplicación. En esta labor tenemos que adecuar la verdad a la dinámica realidad de los tiempos que vivimos, ante los avances de la técnica y la informática. No podemos agotar nuestro accionar en contemplar glorias pasadas. Estamos orgullosos de ellas; las reivindicaremos en todo momento; serán las pautas que marquen nuestro derrotero, pero tenemos que enfrentar el presente, dar respuestas válidas a los interrogantes que se nos planteen, porque de lo contrario no tendremos futuro.

Para cerrar estos conceptos sobre las academias y los académicos, vuelvo a citar a José Domingo Ray en su trabajo antes mencionado, cuando escribe que “alcanzar la categoría académica no significa el final de una vida. Por el contrario, implica el compromiso de responder a las exigencias del reconocimiento y la distinción que representa. El desafío de las academias es buscar lo excelso del ser, trascender a lo que debe ser y superar la labor del especialista”.

La Academia de Derecho se ha abierto al exterior mediante la creación de varios institutos que agrupan a los especialistas en las principales ramas del derecho, sean o no académicos, en los que se realizan investigaciones diversas que dan lugar a las correspondientes publicaciones, y que a partir de este año efectuarán actos públicos en forma de conferencias, paneles o mesas de discusión, para difundir el estudio y el tratamiento de los temas de nuestra competencia.

Nuestro estatuto nos señala como objetivo: “propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal”. A ello está dirigida nuestra actividad que se concreta en conferencias, estudios e

investigaciones que quedan documentadas en los Anales, separatas y las veintiocho obras que hemos editado. Pero va de suyo y no está demás recalcarlo, que la Academia no vive dentro de una campana de cristal. Siente y se hace parte de los problemas del país, los que estudia y encara dentro de los límites dados por su competencia específica. Por ello, no somos ajenos a la crisis que, envuelta en una atmósfera en la que se han deteriorado los valores éticos y morales, afecta a las instituciones políticas, económicas y jurídicas.

Seguramente ustedes se preguntarán: ¿Por qué las instituciones jurídicas están en crisis? Me animo a dar esta respuesta: porque desde hace largo tiempo no hay seguridad jurídica. Esta respuesta requiere definiciones y fundamentaciones.

Si la seguridad jurídica es la previsibilidad en la certeza, permanencia y aplicación de las normas que regulan nuestras conductas y los hechos y los actos que resultan de nuestras relaciones, surge claramente que ello no ocurre cuando no se respeta la división de los poderes, base del régimen republicano de gobierno, porque el Poder Ejecutivo legisla a través de decretos de necesidad y urgencia en materias que le están vedadas por mandato constitucional o sin ajustarse a los recaudos formales o procedimentales que la Constitución exige; porque el Poder Legislativo delega en el Ejecutivo competencias que le están reservadas y que por ende son indelegables; porque el Poder Judicial ha perdido credibilidad, independencia y eficacia por el mal desempeño de ciertos magistrados, que empañan el quehacer honesto y digno de la mayoría de sus integrantes. Porque está constantemente amenazada la seguridad física de las personas y de sus derechos. Porque es letra muerta el derecho de todos los habitantes de entrar, salir y transitar libremente el territorio nacional, cuando so pretexto de reclamaciones —que aunque pueden ser justas no entienden que el derecho de cada uno termina donde empieza el derecho del otro— y en el caso, las fuerzas de seguridad y los jueces toleran actitudes delictivas que por imperio de la ley están obligados a contrarrestar. Porque en el ámbito público y privado no se respeta ni la letra ni el espíritu de los contratos, que son ley para las partes. Porque, entre muchos otros ejemplos que omito, la corrupción ha invadido la vida pública y privada, erosionando las instituciones y la sociedad para cuyo servicio ellas han sido creadas.

Lo que antecede no es un mensaje negativo, sino una llamada de atención acerca de la realidad que nos rodea, que la Academia debe enfrentar para contribuir a revertirla, haciendo llegar su opinión a los distintos sectores de la comunidad, a fin de que el Estado de Derecho sea una realidad que rijan y proteja la vida de todos los argentinos.

No puedo dejar de plantear un problema que nos preocupa: la inexistente o muy pobre imagen pública de las academias nacionales. ¿Qué hacen las academias?, es el interrogante permanente del común de las gentes. Los pocos que como ustedes nos honran con su presencia, tienen la respuesta, pero los demás no. Las academias y sus actividades no son noticia para ciertos medios de comunicación. Una declaración académica sobre un tema de interés público no merece difusión. En consecuencia, no existe. Ante ello, reforzaremos nuestra prédica para lograr tan indispensable colaboración y que se nos de el tratamiento que merecíamos hasta unas décadas atrás.

Lo hasta ahora dicho, ha tenido por objeto describir y calificar el ámbito en que han actuado nuestros homenajeados, que han sido auténticos paradigmas que tipificaron el perfil del académico, honrando a sus predecesores y abriendo caminos a los que hemos de sucederlos.

Resulta superfluo referirse al "curriculum vitae" de cada uno de ellos, pues no se trata de hacer sus presentaciones sino de señalar sus respectivas actuaciones, con sus características particulares.

El académico Segundo V. Linares Quintana ocupó la presidencia entre 1983 y 1986 y es actualmente el decano de los académicos pues su designación data de 1956. Su "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional" en nueve tomos, que mereciera el Primer Premio Nacional de Ciencias 1955-1957, su jerarquía docente como profesor titular emérito de las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata, el premio Bunge y Born, el premio Konex, el laurel de plata del Rotary Club de Buenos Aires a la personalidad del año, la presidencia en dos períodos de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, constituyen una pesada carga de títulos y honores, que lo impusieron por su gravitación en el mundo del derecho en la presidencia de nuestra Corporación. Como los grandes maestros, su modestia, su bajo perfil, su conducción sobria y su constante preocupación por afianzar la "affectio

societatis", que es característica muy peculiar de esta Academia, le dieron a su presidencia la característica de seriedad y prudencia de las que son prueba sus declaraciones públicas contra la afiliación obligatoria de los abogados y sobre el estado de sitio, así como sus dictámenes sobre el proyecto de ley de fideicomiso y sobre el plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

El académico Federico N. Videla Escalada ocupó la presidencia entre 1989 y 1992. Civilista de fuste, ello no le impidió especializarse en derecho aeronáutico. Su obra escrita es extensa y objeto de consulta necesaria de estudiosos y estudiantes. Profesor titular emérito de la Universidad de Buenos Aires, premio Bunge y Born y premio Konex, entre otras muchas distinciones, su peculiar característica, aun ejerciendo la conducción de la Corporación, fue su proverbial bonhomía, su infaltable voluntad para llegar al acuerdo, su habilidad para conciliar con su oponente, su cordialidad y afecto prodigado sin retaceos a sus cofrades, que hasta hoy seguimos reclamando el concurso de su opinión y sus buenos oficios para lograr entendimientos. Sus antecedentes y cualidades lo hicieron merecedor de la designación de ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De su presidencia quedan como testimonios de la acción y presencia de la Academia, su dictamen de 1989 sobre el proyecto de la unificación de la legislación civil y comercial, su declaración sobre la reforma de la Constitución Nacional, sus consultas sobre el programa de transformación de la enseñanza secundaria y sobre el decreto reglamentario de la ley que establece el régimen de registro de la propiedad inmueble de la Capital Federal y provincias, su presentación al presidente de la Nación pidiendo el veto de la ley de unificación de la legislación civil y comercial, sus dictámenes sobre facultades constitucionales, sobre educación y sobre reglamentación de la intervención federal en las provincias.

El académico José Domingo Ray ocupó la presidencia entre 1995 y 1998. En una ocasión en que tuve el honor de presentarlo en su incorporación académica, dije que Ray era para el derecho, lo que el médico de cabecera es para la medicina. Es un jurista integral, que domina la teoría general del derecho e incursiona con solvencia en cualquiera de sus ramas, pero que detiene sus ímpetus frente al especialista, porque él es uno de ellos y sabe bien que la autonomía o el particularismo de

una rama del derecho son sólo relativos dentro de la unidad del derecho ("uno universo iure"). Tiene la particular característica de liderar su especialidad en el transcurso de cuarenta y cinco años, desde su designación como profesor titular en 1955 hasta el día de hoy en que revista como profesor emérito. Y ese liderazgo se desenvuelve no sólo en el ámbito docente, sino también en su obra escrita y en su profesión.

Espíritu inquieto que los años no han calmado, está presente donde hay un problema o una cuestión a debatir, haciendo sentir el peso de su opinión siempre fundada, más allá de la pasión con que la expresa. Trabajador incansable siempre tiene tiempo para hacer algo más. Y así, dentro de sus múltiples actividades, la Academia tuvo un lugar de preferencia. Ocupó todas las posiciones en la Mesa Directiva; contribuyó al cumplimiento de sus objetivos aportando conferencias, comunicaciones y dictámenes; la representó en conferencias y congresos internacionales y cuando le correspondió ejercer su presidencia lo hizo con energía y convicción en sus decisiones, sin acartonamiento y con llaneza ante sus pares, a quienes brindó cordialidad y afecto, que siempre le hemos retribuido.

De su gestión se recuerdan las declaraciones sobre mediación y conciliación, sobre el Consejo de la Magistratura en tres oportunidades y sobre los hielos continentales patagónicos.

El académico Roberto Martínez Ruiz ocupó la presidencia en 1998 y terminó su mandato el 29 de marzo pasado. Nuestro estatuto social no admite reelecciones y ajusta a tres años el mandato de las autoridades. Entendemos que así cumplimos con el principio republicano de la alternancia y facilitamos el acceso a la conducción de la Academia a todos sus miembros. No creemos en conductores providenciales ni insustituibles.

Martínez Ruiz es un civilista de nota; abogado de más de sesenta años de ejercicio, su consulta ha sido requerida en difíciles cuestiones doctrinarias, académicas y profesionales. De su larga trayectoria docente yo puedo dar fe, porque fue mi examinador en la cátedra de Historia Argentina en el curso de ingreso en 1942. Tiempo después accedió a la cátedra de derecho civil, para alcanzar luego de varias décadas la categoría de profesor titular consulto. Su profundo conocimiento de la ma-

tería de su docencia y la autoridad que en ella todos le reconocían, le valió ser designado miembro de la comisión encargada de la reforma del Código Civil, que se concretó en la ley 17.711 de 1968.

Como académico aportó a la Corporación sus profundos y muy elaborados conceptos en materia de derecho privado; colaboró con entusiasmo y eficacia en las funciones que cumplió en la Mesa Directiva y llamado a ejercer la presidencia lo hizo con características particulares. Abierto por excelencia al diálogo, coordinó con habilidad diplomática las posiciones encontradas y logró salidas satisfactorias que reforzaron el consenso que privilegia nuestra Academia. Prueba de ello son las declaraciones sobre el juicio por jurados, sobre el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio y el informe preliminar de 1999 sobre dicho proyecto, al que siguió en el 2000 una serie de estudios sobre distintos aspectos del proyecto elaborados por académicos y miembros de los institutos.

Mucho más podría decir de ellos, pero la sobriedad y modestia que los caracteriza se sentiría afectada. El propósito de este homenaje se resume en dos palabras: muchas gracias, señores académicos ex presidentes, por todo lo que nos dieron y por lo mucho que nos siguen dando.

No podría cerrar estas palabras sin recordar, en sentido homenaje, a todos los ex presidentes que el inexorable transcurso del tiempo nos ha privado de su presencia. Ausentes en la vida terrenal, sus espíritus continúan iluminando este sitio y señalando a sus sucesores el rumbo a seguir, para que la verdad, la justicia y la paz sean el trípode inquebrantable en el que se asiente y consolide el Estado de Derecho. ♦

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

POR JOSÉ DOMINGO RAY (*)

Vengo a cumplir con un mandato que me honra y me compromete: Agradecer en nombre de los doctores Segundo Linares Quintana, Federico Videla Escalada, Roberto Martínez Ruiz y en el mío propio el homenaje que se brinda hoy a los ex presidentes de la Corporación.

I. Esta sesión pública de la Academia está signada por dos sentimientos, el de generosidad y el de gratitud.

GENEROSIDAD de los miembros de la Corporación, al decidir que se nos entregue un testimonio que recuerda la distinción que fue designarnos para representarla. Y *GENEROSIDAD* del señor presidente por sus palabras al exaltar lo que fue cumplir una tarea con vocación de servicio.

GRATITUD de nosotros por este testimonio que se nos acaba de entregar y que valoramos en su máxima expresión.

II. Santo Tomás de Aquino nos dice que el sentimiento de gratitud supone reconocer, exteriorizar y dar gracias por el beneficio recibido, a la par que retribuirlo de acuerdo a las circunstancias de lugar y tiempo.

Siguiendo al doctor Angélico, ese sentimiento debemos dirigirlo, en primer lugar, a Dios y, luego, al prójimo, lo que en nuestro caso exige el

(*) Palabras del Académico doctor José D. Ray, en la sesión pública del 14 de junio de 2001.

agradecimiento a la familia y a los que contribuyeron a formar nuestra personalidad, en el más amplio sentido de la palabra. Y, desde luego, a quienes nos eligieron para incorporarnos a la Academia y, luego, para estar al frente de su Mesa Directiva.

No tengo dudas que ese sentimiento de reconocimiento y el deber de retribución lo han cumplido los doctores Linares Quintana, Videla Escalada y Martínez Ruiz que dieron lo mejor de sí para la entidad que representaron. En lo que a mí respecta pueden tener la seguridad que siempre me guió el deber de reconocimiento y de retribución aunque no me corresponde decir a mí si logré esto último.

III. El acto de hoy me lleva a recordar que en nuestra vida académica han habido dos momentos muy significativos por no decir los más importantes. En primer lugar, el de la designación e incorporación a la Academia y, luego, cuando fuimos elegidos para presidirla.

IV. El doctor Segundo Linares Quintana fue designado siendo muy joven, en el año 1956, meses después que el Gobierno de la Revolución Libertadora restableciera las Academias. La presentación en el año 1957, estuvo a cargo del presidente, el doctor Carlos Saavedra Lamas, quien destacó que pocas veces se había presentado en los Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y en la Academia una personalidad docente como la suya.

Ocupó el sillón cuyo patrono es Esteban Echeverría y su conferencia se tituló "El Sistema Constitucional Argentino de Protección a la Libertad" que ha sido una constante en sus obras.

No puedo dejar de señalar que me vinculé con el doctor Linares Quintana cuando era director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Interior y Justicia a cargo del doctor Busso y, desde entonces, mantuvimos una amistad que culminó cuando en 1983 me propuso para integrar la Mesa Directiva de la Academia con el cargo de secretario. En esa oportunidad él había sido electo para presidirla y recuerdo que al agradecer la designación afirmó que con ello alcanzaba la mayor aspiración que podía tener como hombre de derecho.

Innumerables son sus obras y publicaciones, los premios y distinciones que se le otorgaron en su vida y creo ser intérprete de su pensa-

miento si digo que de los juicios que más lo han honrado ha sido el ser presentado como un irreprochable maestro del civismo, de amor a la Patria, apasionado por la libertad, la dignidad humana y la defensa de la Constitución de 1853-1860.

Si bien Linares Quintana es el decano de los ex presidentes ha seguido y sigue trabajando como en su juventud y lo documentan sus últimas publicaciones.

V. Roberto Martínez Ruiz y Federico Videla Escalada fueron recibidos en la Academia por un eximio jurista, que hubo de haber sido presidente, el doctor José María López Olaciregui, a quien este año recordaremos con motivo de cumplirse 10 años de su fallecimiento. En el discurso de recepción, después de hacer mención a los años que los tres cumplieron en el Colegio Salvador exaltó los valores de los nuevos académicos.

VI. En la conferencia de incorporación, Videla Escalada dijo que ella representaba una de las mayores satisfacciones de su vida. Es una culminación inmensamente honrosa para cualquiera que tenga a la ciencia jurídica como objeto primordial de sus estudios.

Sucedió a Carlos Malagarriga en el sillón que patrocina José Manuel Estrada y eligió un tema que, según sus palabras, podía ser muy simple o terriblemente complejo por contemplar la generalidad del campo de las relaciones de nuestro tiempo con el Derecho.

Sus reflexiones fueron muy oportunas porque —como él dijo— las imponía el momento en que las formulaba, un momento histórico, de características particulares, cargado de matices y aun de tonos básicos, peligrosamente contradictorios y en cierto sentido puedo afirmar que alguna semejanza guarda con el actual.

Señaló que el hombre no puede prescindir del derecho, pero que era y es necesario determinar algunas cualidades imprescindibles para que sea un derecho al servicio del bien común, un derecho justo y con todo lo que debe imperar, tanto en lo nacional como en lo internacional.

Videla Escalada sucedió en la Presidencia a quien fue su querido amigo y profesor titular de la Cátedra que él integró como profesor adjunto, Marco Aurelio Risolía. Ambos me distinguieron proponiéndome como secretario y tesorero, respectivamente, en las Mesas Directivas que presidieron.

VII. Martínez Ruiz ocupa el sillón que patrocina Roque Sáenz Peña y prestigiara Aquiles Horacio Guaglianone.

Después de agradecer las palabras del presidente de la Corporación —en ese entonces, el doctor Risolía— y las de su amigo el doctor López Olaciregui que lo recibió en ella, destacó la honrosa distinción que se le había acordado y dijo que jamás pudo aspirar en su carrera universitaria a tan alto halago, motivo de orgullo para los suyos y para él.

El tema de su Conferencia fue “Lo permanente y lo nuevo en el Derecho Civil” y ello lo llevó al análisis de la llamada y superada crisis del derecho civil, al ideal del estado de derecho, a la reforma del Código de Vélez en 1968 y su influencia en distintos institutos para concluir con el anhelo de que siempre se tendiera a asegurar la realización de la justicia.

Martínez Ruiz presidió la Corporación en los últimos tres años con prestancia, autoridad y cordialidad, mereciendo el reconocimiento de sus pares, como lo expresó el doctor Julio Olivera en la primer sesión privada de este año.

VIII. Hablando en representación de Videla Escalada y Martínez Ruiz, debo decir que ambos han estado presentes en momentos trascendentales de mi vida. Roberto Martínez Ruiz fue el ejemplo que me dio mi padre cuando ingresé a la Facultad de Derecho, al año siguiente de haberse graduado él con el Premio Universitario (medalla de oro). Y a su vez, al recibirme de abogado me presentó al doctor Rafael de la Vega, quien era el titular del Estudio en el que he ejercido la profesión. Una relación fraternal nos ha unido y me ha permitido valorar su capacidad, su dedicación y éxito profesional y académico.

Videla Escalada integró el tribunal que debió juzgar mi tesis para acceder al título de doctor en Jurisprudencia y el del Tribunal en el concurso

para designar profesores titulares en la cátedra “Derecho de la Navegación” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Y también fue él quien pronunció el discurso de recepción en la Academia en 1975, cuando fui designado para ocupar el sillón patrocinado por Manuel Obarrio.

IX. En esa oportunidad, después de las conceptuosas palabras del presidente de la Corporación, doctor Alberto Padilla, Videla Escalada señaló lo que significaba la importancia de la incorporación de un nuevo miembro a la Academia, la labor que en ella se realizaba, y se excedió en la valoración de mi persona y lo hecho hasta entonces, a la par que destacó la enorme responsabilidad de suceder a una figura de los kilates y envergadura del doctor Atilio Dell’Oro Maini.

Concluida la presentación del doctor Videla Escalada recuerdo que debí superar la emoción que sentí en ese momento para comenzar mi exposición. Y lo hice expresando mi reconocimiento por el honor conferido por los señores académicos y por las palabras de Videla Escalada, dictadas por su característica generosidad y por la sólida amistad que nos vincula, asumiendo el compromiso que implicaba suceder en la Academia a una de las más brillantes figuras de su generación.

Me extendí en el elogio a quien desde su juventud se destacó en todas las esferas en que le tocó actuar. Dell’Oro Maini fue un humanista, un orador, un diplomático y un hombre de Estado y —como dije entonces y reiteré al hacérsele un homenaje en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales— su personalidad trascendió ampliamente el campo del derecho para ocupar una posición de primer plano en el mundo de la cultura.

Mi exposición en el acto de incorporación versó sobre el “Derecho de la Navegación y el Orden Jurídico”, puntualizando que es una parcelación de éste en función del buque y el transporte por agua, con todas sus implicancias en lo que respecta al derecho internacional y al comercio exterior.

Veinte años después se concretó la designación que explica que hoy me encuentre frente a Uds. agradeciendo el homenaje. Estuve acompa-

ñado en la Mesa Directiva por quienes hoy ejercen el cargo de presidente de la Academia, el doctor García Belsunce y de vicepresidente, el doctor Alberto Rodríguez Galán y por los doctores Roberto Martínez Ruiz y Lino Enrique Palacio. A ellos les debo mi más profundo reconocimiento.

X. En alguna oportunidad me he referido a la amistad académica, el brindarse a los pares en una labor compartida para la concreción de los objetivos de la Corporación, enfrentando las circunstancias valiosas y disvaliosas que pueden imperar en ciertos momentos en la vida de los pueblos o períodos de su historia. Si ante circunstancias insuperables no se puede consagrar lo que debe ser, cabe dejar plasmado en obras, declaraciones y publicaciones lo que puede ser la semilla que fructifique en el futuro.

Esa amistad académica ha prevalecido en nuestra Corporación, en la que impera la libertad de pensamiento y la comprensión que es imprescindible para una labor positiva comunitaria. Y debo destacarla porque ha facilitado la tarea de los presidentes, así como el intercambio de puntos de vista con sus pares. Más aun, cuando ha sido necesario el consenso para decisiones o pronunciamientos, siempre se ha obtenido merced a la labor de quienes han debido intervenir en ellas o al redactar el texto de una declaración para transmitir el pensamiento de los miembros de la Corporación.

No puedo dejar de puntualizar que en algunos momentos es difícil tener la tranquilidad de espíritu para cumplir con los objetivos de nuestra Corporación pero es necesario contar con ella para así promover la investigación y la educación, la enseñanza del derecho y el afianzamiento de la justicia.

Diariamente reflexionamos ante los problemas que afectan a la República y a cada uno de nosotros e intentamos vislumbrar las alternativas para encararlos y resolverlos.

Ello es difícil, pero debemos recurrir a esa virtud que es la esperanza porque sin ella caemos en el vacío. No en balde figura como una de las virtudes teologales.

XI. Al comenzar dije que el acto de hoy podía calificarse de “generosidad y de gratitud” y, de aquí que mis palabras han tendido a expresar con sinceridad estos sentimientos y a recordar a personas que —en ciertos momentos de nuestra vida— han estado muy cerca de nosotros.

No debo prolongar más mis palabras de agradecimiento pero —en nombre de los homenajeados— además de decir “Muchas gracias”, debemos hacer votos por el éxito de la labor de la Academia y su gravitación en la comunidad, en momentos como los que estamos viviendo. Dios quiera que así sea. ♦



PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

El 22 de setiembre de 1991 el país perdió a un ciudadano digno y probo, que ejerció la función pública con jerarquía y eficiencia, la doctrina nacional a un jurista eminente, la cátedra universitaria a un maestro insuperable, la abogacía a un arquetipo de la función de esgrimir el derecho para lograr una sentencia ajustada al precepto invocado, pero por sobre todo justa, y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales a uno de sus más destacados miembros de número, que gravitó en ella con la agudeza de sus opiniones y la fuerza de sus convicciones. Me refiero al Dr. José María López Olaciregui en cuyo homenaje se celebra esta sesión pública.

Un pensador francés, cuyo nombre no viene ahora a mi memoria, dijo que "la muerte nos despoja de nuestros bienes, pero nos viste con nuestras obras". López Olaciregui se ha ido materialmente de este mundo, pero nos ha dejado las obras, lecciones y ejemplos que perduran su memoria. La luz de su espíritu continúa iluminando su sitio académico, señalando rumbos a quienes lo han sucedido en él.

Joven brillante que coronó sus estudios universitarios con el Premio Universitario (Medalla de oro del curso 1940), Premio Alberto Tedin Uriburu y Premio Luis María Drago, retribuyó al claustro donde hizo sus estudios, con la dedicación y erudición de sus lecciones en la cátedra de Derecho Civil, que ejerció desde 1956, superado el periodo sombrío que nos tuvo alejados de la que fue nuestra Casa de Estudios, hasta que culminó su trayectoria docente con la designación de profesor titular emérito.

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto de homenaje al doctor José María López Olaciregui, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de noviembre de 2001.

Hombre de profunda raigambre jurídica, no dudó en aportar su concurso a la Revolución Libertadora de 1955, ocupando la función de Subsecretario de Justicia, al lado de su ministro, maestro y amigo el Dr. Eduardo Busso, nuestro preclaro y siempre recordado académico ex-presidente, contribuyendo al restablecimiento de las instituciones republicanas, al retorno a la Constitución histórica de 1853/60 y, entre muchas otras cosas, a la restauración de las Academias Nacionales que habían sido desnaturalizadas y sometidas a los designios del Poder Ejecutivo por la ley 14.007 de 1950.

Fiel a la consigna de su ministro, de que el Gobierno Provisional se retiraría "ni un minuto antes ni un minuto después", terminada su función política volvió al ejercicio de su profesión, para integrarse en 1967, por acertada decisión de sus pares, a esta Academia, pronunciando en el acto público de su incorporación una conferencia magistral sobre "El proceso de Nuremberg y los principios del Derecho Natural" a la que se referirá sin duda el académico ex-presidente Dr. José Domingo Ray, designado por esta Corporación para rendirle el homenaje en su nombre.

No obstante la representación dada al Dr. Ray, he querido agregar en esta apertura del acto, mi homenaje personal al jurista de excepción, al maestro erudito y ecuaníme y al hombre que nos dio ejemplos de vida y de virtud, asentada en los valores superiores de la ética, de la moral y de una profunda fe cristiana.

HOMENAJE A JOSE MARIA LOPEZ OLACIREGUI

POR JOSÉ DOMINGO RAY (*)

Dos meses atrás, el 22 de Septiembre del corriente, se cumplieron diez años del fallecimiento de José María López Olaciregui. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires me ha distinguido al designarme para rendirle homenaje y al exaltar su personalidad lo hago con la emoción que se siente al recordar a un querido amigo y al mismo tiempo, reconocer en él a uno de los más preclaros miembros de la Corporación.

He notado que hay un olvido o un desconocimiento en la actualidad respecto a personas que han tenido una actuación relevante en la Universidad y en la Argentina y, si bien es cierto que en muchos aspectos, por sobretodo en el político, la generación a que pertenecieron, no pudo superar las circunstancias que configuraron a la sociedad en que les tocó vivir, no por ello debe ignorarse y no reconocer las muy valiosas contribuciones que ellos realizaron.

De aquí la importancia de hacer un paréntesis en nuestras tareas, volver nuestra mirada al pasado y, al cumplir con la tradición de nuestra Academia, de recordar a sus miembros, cabe señalar que la oportunidad es propicia, no sólo para cumplir con el deber de homenaje a quienes son acreedores al mismo, sino al evocar su vida y su obra, brindar un ejemplo para la juventud.

(*) Disertación pronunciada por el Académico en el homenaje al doctor José María López Olaciregui, en la sesión pública del 22 de noviembre de 2001.

López Olaciregui lo es y sus condiciones intelectuales y morales se exteriorizaron desde joven y a lo largo de los años, en los distintos ámbitos en que le tocó actuar.

Su formación escolar lo llevó a valorar en mucho la disciplina, y a ese efecto en una de sus presentaciones académicas dijo que es el mejor factor para formar el carácter y el pensamiento porque para razonar hay que disciplinar las razones. Siempre ajustó su conducta a ese criterio de respeto y orden.

- I -

Sus estudios y graduación.

Nació el 28 de Julio de 1917 y sus estudios primarios y secundarios los cumplió en el Colegio del Salvador. Tanto en este instituto como, luego, en nuestra vieja Facultad de la calle Las Heras, puso de manifiesto su descollante personalidad, su capacidad para la investigación y su sobresaliente inteligencia.

Así lo calificó, en 1991, al despedir sus restos, en nombre de la Academia, su Presidente, Federico Videla Escalada. Puntualizó que esa inteligencia no la desperdició:

“Sus apuntes de clase fueron modelo de método y, por su generosidad sin retaceos, sirvieron para que muchos de sus condiscípulos contaran con elementos insuperables para aprender las diferentes asignaturas. Candidato a la medalla de oro desde las materias de primer año, nunca negó el préstamo de sus espléndidos trabajos aún a quienes podían representar una amenaza para sus legítimos deseos de alcanzar la meta que, en definitiva, logró tras haber demostrado una amplia superioridad de su parte frente a todos los que tuvieron el privilegio de ser sus compañeros” (1).

Recibido de abogado, con los Premios “Universitario”, alumno sobresaliente, correspondiente al curso de 1940, y “Alberto Tedín Uriburu”, al

(1) Palabras pronunciadas por el Académico Presidente, Dr. Federico Videla Escalada, con motivo del fallecimiento del Dr. José María López Olaciregui, el 23/9/91, Anales de la Academia N° 29, pág. 636.

más alto promedio de calificaciones de la promoción de ese año, mientras cursaba el doctorado, presentó a la Institución Mitre una monografía en colaboración, titulada "El fundamento institucional del derecho de gentes", que obtuvo el Premio Luis María Drago, la máxima distinción que se otorgaba ese año para graduados universitarios.

– II –

Ejercicio de la abogacía y el Código Civil anotado de Eduardo Busso.

Ejerció la profesión de acuerdo a su ideario, considerando que es una forma de luchar por la justicia desde el llano. Bien ejercida la abogacía —decía— puede considerarse como un sacerdocio y para ser un buen abogado hay que comenzar por ser hombre de bien, con lucidez cerebral para saber defender el contenido de justicia que posea la causa del cliente, sea una gota o sea un río (2).

Después de graduado, trabajó con el Dr. Eduardo Busso y, años más tarde, formó su propio Estudio, orientado —según me decía— como un eco o reflejo de una escuela de derecho, enfocando los asuntos que se le entregaran con la profundidad y seriedad que los mismos requirieran y de acuerdo a su ideario sobre la función del abogado.

Simultáneamente con el ejercicio profesional, López Olaciregui colaboró —y puedo decir que le correspondió una labor de primer plano— en el Código Civil Anotado del Dr. Busso.

En los cinco tomos de esa publicación se reunió y clasificó el material doctrinario y jurisprudencial correspondiente a los 766 primeros artículos del Código Civil y —según palabras del prólogo de la obra— se informa sobre la aplicación diaria de la ley, "el derecho que se realiza" para emplear una fórmula de expresión cara a Ihering (3).

(2) Ver Presentación Académica del Dr. Elías P. Guastavino. *Anales de la Academia*, (1981).

(3) *Código Civil Anotado por Eduardo B. Busso*. T. I, Prólogo (1944).

Colaboraron en ese monumental Tratado, destacados juristas y, pese a que no intervine, pude apreciar cómo trabajaba López Olaciregui y de aquí que el autor en el último tomo destacó qué se había hecho con su concurso (4). Lamentablemente, la obra quedó inconclusa por urgencias que recayeron sobre ellos, pero éstas no impidieron que López Olaciregui, años más tarde, actualizara el libro de "Parte General de Derecho Civil" de Raymundo J. Salvat. En su versión original, éste fue el libro de texto con que muchos nos iniciamos en el estudio de esta materia.

– III –

La Revolución Libertadora.

En esta semblanza es muy importante señalar la labor que le cupo a López Olaciregui en la reorganización del Poder Judicial después de Septiembre de 1955.

Convocado por el General Lonardi para asumir el Ministerio de Interior y Justicia del Gobierno de la Revolución Libertadora, Busso designó a Carlos Muñiz para ocupar la Sub-Secretaría del Interior y a López Olaciregui la de Justicia.

Es oportuno recordar unas palabras que el Dr. Busso pronunció en nombre del Gobierno, al poner en posesión de sus cargos a los señores miembros de la Corte Suprema de Justicia y el comentario que hice en esta Academia, cuando le rendimos homenaje, con motivo de cumplirse cien años de su nacimiento. Dijo textualmente:

"La Revolución triunfante es el título del gobierno de facto, pero este gobierno ha comprometido su honor y su responsabilidad ante Dios, ante la Patria y ante la Historia de restituir a la Nación el orden jurídico que se hallaba totalmente subvertido. Esta finalidad fundamental de la Revolución será alcanzada bajo la inspiración de los altos ideales de la nacionalidad, de los principios supremos de la justicia y de las tradiciones democráticas y republicanas de nuestro pueblo que exigen el respeto de todos los derechos y garantías." (5).

(4) Op. cit. en la nota precedente. T.V (1955).

(5) Homenaje al Dr. Eduardo B. Busso, Anales de la Academia – 2ª Epoca Nº 36, Buenos Aires 1998 – Separata, ps. 9 y 10.

López Olaciregui fue solidario con esa finalidad y, cumplida en lo fundamental su tarea con respecto al Poder Judicial, renunció en Noviembre de 1955.

Más de cincuenta años han transcurrido desde entonces y me permito esta disgregación. La falta de memoria de algunos y de información histórica en la juventud se puede apreciar cuando no se tiene en cuenta la falta de legitimidad institucional y el abuso de quienes, bajo el pabellón de una mayoría electoral, conculcan los derechos de las minorías, los valores fundamentales de nuestra Constitución de 1853-1860, la justicia y la libertad.

Y para emitir juicios valorativos es muy importante tener en cuenta que los hechos históricos y las posiciones adoptadas deben analizarse en el contexto que los circunda y en el que se insertan; el error es desconocer las circunstancias que los determinan y de aquí que muchas veces se escuchan juicios justos o injustos hacia esos hechos que implican un desconocimiento de los que los provocaron.

La descripción de la realidad es importante y, a veces, la verdad en cuanto al pasado es triste, pero lo más triste es que no tiene remedio.

– IV –

Función docente.

López Olaciregui consideraba a la Universidad en su sentido original, en la cual los profesores y los alumnos deben reunirse, recibiendo éstos de aquéllos lo necesario para su formación cultural, fundamentalmente humanista, para que cuando egresen se desempeñen en la sociedad, teniendo como Norte el bien común.

Para él una forma de sembrar justicia era enseñar derecho, pero no transmitiendo datos sino enseñando a pensar, adiestrando a las inteligencias en la tarea de descubrir los principios que subyacen como fundamento de las aplicaciones normativas.

El profesor para cumplir esa tarea debe saber mucho —decía— pero ha de resistir en el acto de enseñanza a la tentación de hacer ostenta-

ción de todo lo que sabe porque las pautas de síntesis y de claridad son supremas.

Recuerda que un maestro del derecho francés —Demolombe— aspiraba a saber explicar lo que sabía como él quería que se lo explicaran como si no lo hubiera sabido. Por encima de sus contenidos cerebrales la enseñanza es actividad formativa. Al alumno hay que enseñarle e inculcarle por encima de toda otra cosa que, en el mundo, lo supremo es lo bueno (6).

Fue titular de la cátedra de Derecho Civil, Parte General, en la Universidad de Buenos Aires, a partir de 1956. Profesor exigente se hizo acreedor al respeto y afecto de sus alumnos por su capacidad y dedicación.

Siempre he pensado que el profesor para calificarse como tal, debe enseñar fundamentalmente derecho más que algunos aspectos específicos o técnicos y de detalle de la materia que tiene a su cargo.

López Olaciregui, en los primeros años de la década del setenta, se propuso continuar con los alumnos inscriptos en el primer curso de "Parte General", en los sucesivos de Obligaciones, Contratos, Derechos reales, Familia y Sucesiones.

Lamentablemente, en 1973, debió renunciar a la cátedra, por considerar que las circunstancias que imperaban en la Facultad le impedían continuar en ella y no pudo cumplir con ese plan de seguir con los alumnos del curso a su cargo en el siguiente. Me consta que ellos lo sintieron al no poder contar con quien reconocían al auténtico maestro.

Brindó su colaboración en diversos organismos de nuestra Facultad, en el Consejo Directivo, en el Ciclo Básico de entonces y en el Departamento de Publicaciones, al formar parte del Comité Asesor de la Revista "Lecciones y Ensayos" dirigida por alumnos calificados por su dedicación y representatividad estudiantil. En este Comité —como miembro del mismo— pude apreciar la prudencia que lo caracterizaba cuando se debatían temas con personas que tenían un ideario distinto al suyo. Y

(6) Presentación del Dr. Guastavino mencionada en la nota 2.

ello lo corroboró en más de una oportunidad refiriéndose a posibles disidencias en materia de política universitaria.

Sus palabras son aplicables en materia de política nacional y, en especial, en estos tiempos. Dijo así:

“Los hombres de bien deben entenderse no sólo cuando están de acuerdo sino y, sobre todo, cuando disienten. Las discrepancias sobre los modos no empañan las coincidencias sustanciales. Si nos afanamos de nuestra libertad de apreciación debemos respetar la ajena. Nada nos debe preocupar si tenemos la conciencia tranquila” (7).

De lo expuesto no cabe deducir la complacencia con actitudes que no responden a un imperativo de conciencia, sino a obtener provechos espúreos y que no son disidencias en el modo o en la forma, sino en lo substancial.

Culminó su carrera docente como Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires y fue Rector de la Universidad Argentina de la Empresa.

— V —

Concepción del derecho.

Como consecuencia de su formación y convicciones profundas, López Olaciregui siempre puso de manifiesto su ideario en el derecho natural, en su rama teísta.

Consideraba que el derecho regula la vida humana en sociedad y se centra en torno al hombre, protagonista de esa vida que, como decía Pascal, ha sido hecho para pensar. Un derecho justo no puede elaborarse con razonamientos exclusivamente conceptuales porque es algo que se debe descubrir y se vivifica con el valor justicia.

El derecho —decía— es único en su esencia, resuelve por igual conflictos en el derecho público interno o en el internacional y tanto estos sectores como los del derecho privado son departamentos de un mis-

(7) Presentación académica del Dr. Federico Videla Escalada (1973).

mo edificio. Comprende todos los problemas de la vida íntima y la vida social (8).

Esa concepción del derecho está siempre presente en sus trabajos, como se puede apreciar en aquellos a que haré mención en este acto.

—VI—

Juicio sobre las leyes de emergencia y de alquileres.

López Olaciregui contribuyó en la Sección Doctrina de la Revista Jurídica de Buenos Aires del año 1958, con un excelente trabajo titulado "El derecho de las locaciones como ensayo de humanismo jurídico. Aciertos y yerros" (9).

Recuerdo el interés que su enfoque despertó en ese polémico tema. Volví a leer el trabajo y ratifico mi juicio laudatorio de entonces porque realmente hizo un análisis profundo de la legislación de emergencia sobre alquileres.

A manera de introducción decía que el derecho es un intento de montar un inmenso mecanismo dirigido a implantar el orden y justicia sobre la faz de la tierra. La institución que no recoja la realidad del tiempo y que sea insensible a los valores humanos deberá ser repudiada por su frialdad y la que —contrariamente— sólo atiende a referencias circunstanciales y descuide los principios que aseguren el orden y el equilibrio de prestaciones será de vida efímera.

Entrando en materia analiza la locación como contrato, no sólo la relación entre los sujetos, locador y locatario, sino los dos tipos de interés y de necesidad y se detiene en los fallos de la Corte Suprema de 1922 y 1925 ante la situación que se había planteado en el problema de la vivienda.

Revive así el debate con motivo de las leyes de emergencia, su justificación y la limitación con que debían ser juzgadas para concluir sen-

(8) Presentación académica del Dr. Martínez Ruiz (Anales N° 16).

(9) "El derecho de las locaciones como ensayo del humanismo jurídico. Aciertos y yerros". Ver Revista Jurídica de Buenos Aires, 1958. Sección Doctrina, ps. 53/85.

tando las bases esenciales de la fundamentación humanista de las leyes de alquiler, temporalidad y equivalencia objetiva de los intereses en juego.

Pero no se lleven una impresión equivocada del juicio de López Olaciregui con respecto a las leyes de emergencia que se dictaron a partir del Decreto 1580 del año 1943 y, por sobre todo, al convertir en permanente lo transitorio sin respetar el principio de equivalencia objetiva.

Textualmente dijo:

“No puede negarse que el conjunto de leyes dictadas a partir de 1943 adolecen de un pecado de inconsecuencia, exponente de un pensamiento radicalmente reñido con la justicia, con el sentido común y con todo lo que se refiera a asegurar el orden y bienestar social. Todo cuanto se diga sobre la arbitrariedad de esas disposiciones congelatorias de precios es poco y por los resultados nefastos que han producido en todo orden de cosas. Y leyes dictadas para evitar un lucro vinieron con el tiempo a convertirse en el marco que cubrió otro lucro.”

Concluye su trabajo afirmando que al enjuiciar las leyes de alquileres, lo bueno y lo malo de ellas, no es por el puro placer de ejercitar un sentido crítico, sino con la esperanza de ser útiles en la tarea del reajuste de esa legislación.

– VII –

Incorporación Académica.

Fue designado miembro de esta Academia, en la sesión del 26 de Junio de 1967, para ocupar el sillón patrocinado por Lisandro Segovia y sin exageración puedo decir que emuló a quien fue uno de los grandes de la galería de juristas argentinos. Recuerdo que el Código Comentado de Segovia, con su Explicación y Crítica, cuya introducción tiene por fecha Marzo de 1880, fue la magnífica obra que muchos utilizamos en los cursos de Derecho Civil, en la vieja Facultad de la calle Las Heras.

López Olaciregui no eligió como tema de su conferencia de incorporación académica uno de la materia que él más cultivaba, el derecho

civil, sino un tema del derecho internacional y el título de la misma fue "El proceso de Nuremberg y los principios del derecho natural".

Concluida la Segunda Guerra Mundial y superada la tesis de la ejecución sumaria de los calificados como criminales de guerra, se decidió constituir un Tribunal para juzgarlos.

Ese Tribunal fue objetado por haberse constituido "ex - post facto" y con miembros de los Estados que habían triunfado en la contienda y, más aún, con el representante de un país que había colaborado con el agresor.

López Olaciregui aclaró que no trataría de elogiar ni criticar el proceso sino de aproximarse a él para comprenderlo y sacar algunas conclusiones para un mejoramiento de las relaciones entre los hombres.

Cualesquiera fueran los errores en las soluciones que se dieron destacó que la forma jurisdiccional adoptada implicó un progreso en la evolución del derecho internacional en relación a la que resulta de la aplicación de sanciones por un acto de autoridad.

Se refirió a los antecedentes históricos en situaciones similares y al acuerdo de Londres de agosto de 1945, mediante el cual se aprobó el estatuto del Tribunal y los crímenes a considerar. El haber desencadenado la guerra de agresión, el haber realizado durante ella actos contrarios a las leyes de guerra y también actos contrarios a las leyes de la naturaleza, incluso cuando fueron en contra de los connacionales de los acusados. Destacó así la originalidad del juicio y la naturaleza del Tribunal que actuó en el carácter de un tribunal de la humanidad.

La tesis de esa conferencia fue su convicción profunda en la existencia de razones supremas y el parentesco que siempre hubo en la historia entre el derecho de gentes y el derecho natural. No vaciló en elegir un tema polémico y angustiante porque deseaba poner de manifiesto la obligación de pensar y de aquí el título de su Conferencia.

Su exposición se coronó afirmando que la crítica de que en el juicio de Nuremberg no se siguieron suficientemente de cerca los principios de los derechos positivos estatales no es acertada porque la verdadera crí-

tica sería la de no haberse sumergido suficientemente en razones pertenecientes al campo del derecho natural (10).

Mucho ha evolucionado el derecho internacional desde entonces y las reflexiones de López Olaciregui fueron premonitorias.

Esa evolución que comienza en 1945 se corona hoy con la jurisdicción de los tribunales internacionales al amparo de Naciones Unidas, y en nuestra Academia y en el Instituto a mi cargo nos hemos ocupado del tema, que es de suma actualidad (11).

– VIII –

Su labor en la Academia.

Para López Olaciregui las Academias han sido creadas para pensar, que no es otra cosa que la penetración de los filos de la inteligencia en las carnes de la realidad, para pensarla por el conjunto de sus miembros. Y las de derecho para que se piense en su esencia que, en definitiva es un modo de pensar la realidad sin límites de lo que existe (12).

Después de su incorporación, López Olaciregui pronunció una conferencia en un acto público en Noviembre de 1970, con motivo del centenario del Código Civil y formuló interesantes reflexiones acerca de la reforma de 1968.

(10) Resumen de la exposición según las notas existentes en la Academia.

(11) Ver Conferencia de Julio Barboza y de Hortensia Gutiérrez Posse que se publicará próximamente y Alberto Luis Zuppi "La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional" (Premio Academia Buenos Aires, 2001).

Natalio Botana en el artículo en "La Nación" del 28 de Julio del corriente año 2001 contraponen el Tribunal Penal para Yugoslavia con sede en La Haya con el de Arusha en Tanzania y la actividad de aquél frente al de éste. Enfoca el contrapunto entre justicia y política y la pregunta acerca de cuál será la institución que habrá de salvaguardar los derechos humanos. Afirma que predomina el punto de vista de una justicia internacional frente a los intereses nacionales de los Estados con una soberanía ilimitada y concluye diciendo "Honor pues a la tradición de los juicios de Nuremberg".

(12) Presentación del Dr. Martínez Ruiz mencionada en la nota 8.

Electo Secretario en 1971 y tesorero en 1974, se desempeñó como vicepresidente desde 1983 a 1986 y—como dije hace unos meses—hubo de haber sido presidente, si lamentables circunstancias de salud no lo hubieran impedido.

Tuvo a su cargo las presentaciones de Videla Escalada en 1973, de Roberto Martínez Ruiz en 1978 y de Elías Pablo Guastavino en 1981 y en cada una de ellas encontramos su ideario respecto del derecho, la justicia y el ejercicio de la profesión, la docencia y la labor académica. De sus trabajos de fondo en la Academia me referiré a los que versaron sobre dos temas importantes: la compensación de las obligaciones dinerarias durante la inflación y la responsabilidad en derecho.

— IX —

Reflexiones sobre la depreciación monetaria.

Poco antes de iniciarse la segunda parte del Siglo XX la Argentina sufrió la descomposición del signo monetario y sin eufemismos ni exageración alguna puede decirse que la moneda argentina de curso legal llegó a no cumplir sus funciones tradicionales.

Ante ese problema y, después de una Conferencia del Dr. Pablo Calatayud sobre un caso original resuelto en el año 1976 por la Corte Suprema (13) con López Olaciregui y Negri Pisano, presentamos al Presidente de la Academia, Dr. Alberto Padilla, una nota proponiendo que se dedicara una sesión especial para analizar, en términos generales, los aspectos jurídicos de la depreciación de la moneda y los medios y procedimientos por los cuales esta Corporación podría contribuir a esclarecer el tema.

El cuerpo resolvió integrar una comisión de la que formamos parte los tres firmantes de la nota y el Dr. Julio Olivera y durante los años 1977 y 1978, en varias sesiones, se abordó el tema.

(13) Fallo de la C.S. 23/9/76 en "Jorge Jurgens A. y Otros c/La Franco Argentina Cía. de Seguros" con nota de J.D.Ray. "Depreciación monetaria y Arbitrariedad" en Rvta. La Ley del 30/11/70. Ver en mi artículo la referencia a López Olaciregui en el acápite V, letra B y las notas 4 y 6.

Recuerdo las contribuciones excelentes de López Olaciregui acerca de la forma como debía enfocarse las cláusulas de estabilización de las obligaciones contractuales, según el ámbito en que debían funcionar las mismas.

Sus propuestas reflejaban el estudio del tema, a través de la doctrina extranjera con aportes personales y coincidimos en la imposibilidad de la revalorización matemática y sin tener en cuenta en los sectores en que ella podría aplicarse.

López Olaciregui se había ocupado del tema al comentar dos fallos de la Corte Suprema y uno de la Cámara Civil. De esos fallos de la Corte, el primero del 5 de Marzo de 1953, había declarado la invalidez de la cláusula que preveía la depreciación monetaria en un contrato de alquiler y, el segundo, del 3 de Agosto de 1956, en sentido contrario, dictado por los miembros del Supremo Tribunal en su composición posterior a Septiembre de 1955 (13).

Comentando el último fallo, López Olaciregui señalaba el acierto de la doctrina que lo inspiraba y que trasuntaba una nueva filosofía, la moneda al servicio de la justicia conmutativa que debe asegurarse en el seno del contrato, mediante la equivalencia de los valores intercambiados.

En una Conferencia en el Colegio de Abogados destaqué esos excelentes trabajos de López Olaciregui y que el orden público monetario para él debía ser entendido de manera que la moneda cumpliera su función social, que no debe confundirse lisa y llanamente con el interés fiscal o estatal (14).

Lamentablemente no se registró el texto de las exposiciones, pero consta en el Libro de Actas de la Academia las varias sesiones que se dedicaron al problema de cómo debía enfocarse la compensación por desvalorización en las obligaciones dinerarias y esas exposiciones cul-

(14) Ver J.M. López Olaciregui, "Obligaciones en pesos oro: Validez y efectos, Rvta. JA, 1951, T. IV, p. 281; "Validez de las cláusulas convencionales que prevén la desvalorización de la moneda" - JA, 1953, T. III, p. 89; "Justicia Conmutativa y Derecho Monetario", JA, 1956, T. IV p. 389.

minaron con una conferencia y la opinión respecto a un interrogante que nos sometió la mesa directiva.

La conferencia estuvo a cargo de Luis E. Negri Pisano en la que se refirió al estudio del nominalismo monetario frente a la tesis del valorismo.

La conclusión fue con motivo de un planteo de la Mesa Directiva acerca de si se debía auspiciar o no una legislación específica sobre la compensación en las obligaciones dinerarias. Emitimos opinión en el sentido que en la coyuntura económica de entonces, no era conveniente dictar una ley sobre indexación de las obligaciones dinerarias, sin previamente conocer las pautas y el pronóstico del desenvolvimiento de la política económica y sin contemplar un conjunto de factores y circunstancias que necesariamente deben tenerse en cuenta para resolver el tema de las obligaciones dinerarias (15).

– XI –

La responsabilidad civil.

Tuve la satisfacción de compartir con el Dr. López Olaciregui su última comunicación en esta Academia, el 25 de Agosto de 1983 y recordé sus reflexiones en una conferencia que debí dictar en la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Venezuela (16).

Presentando los distintos enfoques sobre la responsabilidad civil dije en Caracas que —según uno de nuestros más calificados civilistas— la teoría del responder no se presentaba más como la teoría del acto ilícito sino la del acto o hecho dañoso o —si se quiere— la teoría del daño civil y su atribución o su distribución (17).

(15) Ver J.D. Ray "Condicionamiento económico jurídico de un orden monetario". Ver Anales 2ª. Epoca N° 27, Separata pág. 16, nota 14.

(16) Ver Libro de Actas de la Academia y "Contribución al estudio del nominalismo monetario" – Conferencia del Dr. Luis Negri Pisano, 15/12/77 y su trabajo anterior titulado "Reflexiones sobre la moneda". (Existen separatas).

(17) Incorporación a la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Venezuela en 1995 "Distintos enfoques sobre la responsabilidad en el derecho" en Anales de la Academia 1996 (existe separata – Ver pág. 9).

En esa comunicación de 1983, señalé mi adhesión a la tesis de López Olaciregui de que la responsabilidad civil se enfoque sobre la base del daño y su atribución o distribución del mismo, según principios de justicia y equidad, y que era acertada la referencia que él hacía a una de las más viejas instituciones del derecho marítimo, la avería gruesa, según la cual cuando se hacen determinados gastos o sacrificios para la salvación o seguridad común, en beneficio de los participantes en la aventura marítima, éstos deben contribuir en los costos consiguientes (18).

La comunicación de López Olaciregui fue el complemento de un trabajo publicado en la "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones" y un nuevo punto de partida para la responsabilidad civil que hoy se denomina "Derecho de Daños". Es cierto que ese nuevo enfoque orienta a gran parte de la doctrina y de las decisiones judiciales, pero no

(18) "El derecho de la responsabilidad civil como un sistema de daños, según principios de justicia y equidad". Anales 2ª. Epoca Nº 21, pág. 7 (existe separata). López Olaciregui presentaba seis factores atributivos de responsabilidad: a) la intención de dañar o de dañarse; b) la culpa del autor o de la víctima; c) ser titular de los beneficios de la actividad o de la cosa que fue fuente del daño; d) el haberse enriquecido el autor del daño por un hecho involuntario; e) la condición económica de los protagonistas en caso de hechos involuntarios y f) la responsabilidad por los daños causados voluntariamente por actos lícitos.

Avería gruesa. Después de señalar la ambivalencia del término respecto al acto y a la contribución en avería gruesa y a su fundamento, y a la aventura marítima así como a la culpa en el hecho antecedente al acto de avería gruesa, y a la conveniencia del mantenimiento de la institución o su supresión y traslado al seguro de la contribución, puntalicé la vinculación con el desarrollo de la tesis de López Olaciregui.

Textualmente dije: Mucho se ha discutido acerca de la conveniencia de mantener o suprimir el instituto y quienes están por su eliminación, argumentando que las liquidaciones son muy costosas y que permite que los armadores incurran en excesos, sostienen que debe ser el asegurador o el propio interesado quien debe soportar el daño o gasto efectuado en beneficio de la expedición.

Cabe señalar que quienes hablan de su supresión, ante algunos excesos, sólo pueden referirse a la contribución, pero no al acto en sí, que es un deber del capitán, en tanto o cuanto sea necesario para la salvación común o para que la expedición continúe en condiciones de seguridad.

Lureau dice que esos ataques se renuevan cada 25 años y que el instituto de la avería gruesa es inseparable de la navegación marítima y una realización de la "Justicia Distributiva" que se lesionaría con su supresión (ver Lureau, Pierre en el "Traite Général de Droit Maritime (Événements de Mer)" de René Rodière Nº 256, pág. 285). Ver cita de Pierre Lureau en "Le Droit Maritime Français" 1965, pág. 467.

pueden atribuírsele a él las posiciones extremas como las que se han sostenido en algunos fallos o trabajos de las últimas décadas (19).

El catedrático y miembro de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, Luis Diez Picazo, en la Introducción de su obra "Derecho de Daños", del año 1999, dice que debe superarse la indefinición en que se encuentra el tema, pues convergen en él "las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, hay factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción".

Diez Picazo se refiere a decisiones del Tribunal Supremo de España, a la responsabilidad objetiva, al derecho argentino y a los trabajos de los académicos Aída Kemelmajer de Carlucci y Ramón Daniel Pizarro sobre los daños punitivos que según él no son aceptables en el derecho continental (19).

No es el caso de entrar en detalles ni referirme a las múltiples y ajustadas reflexiones del eminente jurista que me recordaron las mantenidas con López Olaciregui (20).

(19) Ver con respecto al tema de la responsabilidad civil "Derecho de Daños" de Luis Diez Picazo y Ponce de León. Ediciones S.L. 1999 (reimpresión 2000 - págs. 19, 44 y 45) dedicado a quien fue Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, Juan B. Vallet de Goytisolo, al cumplirse los cincuenta años del Seminario "Federico de Castro", por sus enseñanzas y por nuestras discrepancias.

(20) En la revista *La Ley* del 5 de Septiembre del corriente año Emilio A. Ibarlucea publicó un artículo titulado "Responsabilidad Civil, causalidad y principio de razonabilidad". A propósito del artículo 1666 del Proyecto de Código Civil de 1998. Ibarlucea dice:

"Sabido es que la teoría ha prendido con fuerza en la mayoría de la doctrina civilista de nuestro país, que ha seguido en esta materia las enseñanzas de José María López Olaciregui, en un curso que dictara en la Facultad de Derecho de Buenos Aires y que sintetizara en un brillante artículo titulado "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil". Y, después de explicar la tesis de López Olaciregui, agrega que: "sus enseñanzas esclarecedoras prendieron fuerte en la doctrina, corriendo parejas con la ampliación de los supuestos especiales previstos en las leyes, que dilufan el requisito de la antijuricidad y de la culpa como factor exclusivo de atribución".

Para López Olaciregui, como se dice en el artículo, el eje del sistema de la responsabilidad no debía girar exclusivamente en torno del principio de ilicitud, sino de varios principios en torno a la justicia y a la equidad entre los cuales la ilicitud era una más.

Son distintos los fundamentos que se pueden dar para la atribución o distribución del daño, pero la tesis de López Olaciregui no es incompatible con los aportes que implica la distinción entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva, la extracontractual y la derivada del contrato, la directa o indirecta, la legal supletoria y la inderogable y la responsabilidad por obligaciones de medio y de resultado (21).

Destaco ese párrafo porque, como he señalado en el texto, no se puede llevar la tesis de López Olaciregui a los extremos a que algunos han llegado.

En su crítica al anteproyecto de Código Civil de 1998 Ibarlucea hace hincapié en la tesis del debido proceso y el principio de razonabilidad desarrollado por Juan Francisco Linares en su tesis de la década de 1940. A la obra de Linares me referí expresamente en el homenaje que le rendimos en la Academia el 27/5/93 y, en especial, al principio de razonabilidad (ver Anales de la Academia, pág. 15 de la separata).

Ibarlucea se funda en la tesis de la razonabilidad para sostener la inconstitucionalidad de una norma de la generalidad del texto y suprimir el nexo de causalidad.

Ver Anales y separatas de la Academia.

(21) En el tomo II de mi "Derecho de la Navegación" enfocando el tema de la responsabilidad del transportador marítimo de mercaderías y las causales de exoneración por caso fortuito o fuerza mayor frente a la ausencia de culpa he sostenido que es distinto una causal de la otra. Tuve oportunidad de transcribir lo expuesto por López Olaciregui, en un trabajo publicado más de cuarenta años atrás, en el que señaló que autores como Savatier y los hermanos Mazeaud disientan acerca de la existencia de la distinción entre la causal de exoneración por caso fortuito o fuerza mayor y la referente a la ausencia de culpa.

Decía que para Savatier la fuerza mayor es idéntica a la falta de culpa y que para los hermanos Mazeaud, entre los dominios de la culpa y los de la fuerza mayor, hay un terreno intermedio, el de la falta de culpa. A su vez puntualizaba que para Radouant y Bonecasse, en pura teoría, la fuerza mayor implica algo más que la falta de culpa pero, desde el punto de vista de la práctica, llegan a la conclusión de que los casos en que no ha mediado culpa están equiparados al casus.

De acuerdo a un enfoque académico serio, no tenemos duda de que la prueba para obtener la exoneración, según se trate de la fórmula de la ausencia de culpa o de la prueba del casus, es muy distinta pero, desde un punto de vista práctico, coincidimos en que llevará a una polémica la producción de la prueba de la ausencia de culpa, salvo que se pruebe el "casus".

Algunos juristas han sostenido que la exoneración por ausencia de culpa sólo debe admitirse en los casos de las obligaciones de medio que, de acuerdo a la tradicional distinción de Demogé, se oponen a las de resultado.

Ver Ray J.D. "Derecho de la Navegación", T. II, pág. 465.

Señoras y Señores:

El imperativo que impone el tiempo a quien usa de la palabra, en un acto como éste, debe respetarse y no me extenderé más en referencias académicas y doctrinarias en el intento de brindar el perfil del hombre y del pensamiento de López Olaciregui, en el campo del derecho y sus implicancias en la vida de relación.

Cuando escribimos e intentamos una síntesis más de una vez no alcanzamos a traducir en todo su alcance nuestros pensamientos pero, en este caso, quienes se interesen pueden informarse con las notas y remisiones que acompañan este trabajo.

He leído y releído los trabajos de López Olaciregui y he recordado sus reflexiones, en los muchos diálogos que mantuvimos a lo largo de los años y que me fueron muy fructíferos.

He puesto el acento en lo referente a la función docente, a la profesional y, por sobre todo a la ética, tan dejada de lado en estos días, al punto que creo necesario incluir ésta como materia en la carrera de abogacía.

López Olaciregui todo lo hizo disciplinadamente, con innata modestia y teniendo como Norte la persecución del bien común.

Lo más importante es que fue un hombre de bien que formó una familia, inspirada en principios éticos con Alicia Chiappe, quien acogió con afecto a sus amigos y lo acompañó en los momentos de alegría y con fortaleza en los difíciles que se presentan en la vida.

Sin claudicaciones en su obrar, López Olaciregui siempre respondió al ideal cristiano que forjó en su juventud y al que le imponía su conciencia. Estoy seguro que éste es el mejor elogio que se le puede hacer y que él más apreciaría. Debemos pensar que goza de la bienaventuranza eterna.

VI

DECLARACIONES Y DICTAMENES



DECLARACIÓN SOBRE POLÍTICA CRIMINAL

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires señala con preocupación que la sociedad advierte que no se cumplen ciertas condiciones que, conforme a la Constitución Nacional y a la legislación vigente, son indispensables para el curso de la vida con arreglo a derecho.

Además de aliviar acuciantes problemas económicos y sociales, el Estado tiene otras obligaciones irrenunciables para con sus habitantes, entre las que se destaca garantizar el derecho a la seguridad personal, el de circular y trasladarse de un punto a otro del país, y el acceso a una justicia equitativa y administrada sin demoras.

Porque no se preservan esos derechos, ocurren asesinatos a diario de ciudadanos y agentes policiales, hay notoria inseguridad de la población y existe la amenaza de estallidos sociales en algunos puntos del país.

Esta Corporación considera que el aumento de la seguridad no se obtiene tanto con el agravamiento de escalas penales y la tipificación de nuevos delitos, sino mediante otras medidas que reclaman desplegar esfuerzos para aumentar las probabilidades de prevenirlos y de que los autores sean individualizados y reprimidos. No es suficiente amenazar con penas gravísimas, sino con la aplicación efectiva de las que están vigentes.

En materia de facultades policiales, es claro que pueden existir aparentes desacuerdos entre ellas y las garantías individuales, sin perjuicio de los posibles casos de corrupción, que perjudican una solución sensata. Esta Corporación considera que es lógico diferenciar las facultades policiales en los casos de delitos *in fraganti*, de delitos confesos, y de delitos con pruebas posteriormente obtenidas.

El régimen de la capacidad de los menores para responder penalmente debería modificarse, ya que no es creíble que, de ochenta años a esta parte —fecha de sanción del Código Penal—, los menores hayan disminuido sus facultades cuando es evidente que las han aumentado hasta el extremo que menores de 14 años encabezan bandas de gran peligrosidad y son utilizados por mayores para la ejecución de hechos más graves.

Deberían revisarse las condiciones en que se cumple el régimen de la prisión preventiva, así como preverse una modificación que ajuste las condiciones para otorgar la libertad condicional.

El aumento de la delincuencia, principalmente en delitos aberrantes que cobran víctimas que parecen elegidas al azar, así como las conductas que so pretexto de reclamaciones o protestas lesionan los derechos y la vida de la población, exige que el Estado mediante la aplicación tan severa como justa de la ley, por sus órganos competentes, restablezca el orden público y la paz social que vemos seriamente amenazados. La lenidad en el cumplimiento de la ley conduce a la impunidad, que abre el camino a la subversión, al caos social y a la destrucción de las instituciones.

Buenos Aires, 2 de agosto de 2001.

Eduardo Aguirre Obarrio
Académico Secretario

Horacio A. García Belsunce
Académico Presidente

DECLARACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN INSTITUCIONAL DEL PAÍS

Al finalizar el año 2001 y comenzar el presente, el país ha sido sacudido por cambios institucionales que han afectado el orden político, jurídico, económico y social de toda la Nación. La gravedad de la situación impuso a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires la necesidad de sesionar con carácter extraordinario.

Las políticas seguidas han deteriorado las instituciones en las que se cimenta la República, generando en la ciudadanía y en el exterior una profunda crisis de credibilidad, que ha llevado a la violencia y al caos social. Además de una grave emergencia el país enfrenta el riesgo de su desintegración como comunidad jurídicamente organizada. La Constitución rige no sólo en la normalidad, sino que también debe proporcionar soluciones a las anormalidades. Los derechos y garantías, por ser relativos y no absolutos, tienen que ceder a ciertas limitaciones en situaciones de necesidad, pero sin que ellas importen negarlos o cercenarlos como lo prohíbe el art. 28 de la Constitución.

La falta de seguridad jurídica —que no es nueva— se agudizó. El derecho de propiedad garantizado por la Constitución, ha sido vulnerado por normas que lo desconocen. Así resulta de la “pesificación” de todas las obligaciones en moneda extranjera en perjuicio de los acreedores y también de los deudores que tomaron préstamos en el exterior, de la indisponibilidad de los depósitos bancarios que puede llegar a la confiscación y que ha paralizado las transacciones, de las reducciones de salarios y jubilaciones, etc. Estas graves transgresiones también desconocen que el cumplimiento de las obligaciones tiene una dimensión económica que acompaña a quienes respetan la ley y hacen honor a su palabra.

Las medidas económicas y financieras adoptadas han escapado a los criterios de conveniencia, oportunidad y aun de razonabilidad. Esto último puede fundamentar, en ciertos casos, su tacha de inconstitucionalidad. Ellas son las que originan la alteración del orden jurídico al que nos venimos refiriendo. Sin seguridad económica no puede haber seguridad jurídica y social y viceversa, y no hay aún un programa económico que permita revertir o siquiera atenuar los efectos negativos que ellas ocasionarán.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Smith, Carlos Antonio" ha declarado recientemente la inconstitucionalidad de la indisponibilidad de los depósitos bancarios del recurrente por falta de razonabilidad de las medidas decretadas en la emergencia. Siguió la jurisprudencia anterior del Tribunal, precisamente fundada en la causa "Angel Russo v. E. C. Delle Donne" del 15.05.59 ("Fallos", 243:474). No obstante que el fallo del Alto Tribunal se ajusta a la dogmática jurídica, no podemos desconocer la incidencia financiera, económica, social y política que tiene para la vida institucional del país en los momentos actuales.

AL.5

La devaluación, no acompañada de un plan económico integral, está conduciendo al control de cambios, a distintos tipos de cambios, al encarecimiento de precios y éste al conocido e inútil control y al desabastecimiento. Ineludible consecuencia será el rebrote inflacionario agravado por la emisión sin respaldo, el decrecimiento de la economía, la disminución de los ingresos reales de toda la población, la caída de la recaudación tributaria, el déficit fiscal, la falta de inversiones, de crédito y una mayor desocupación. En síntesis, se reemplazó el sistema económico de la Constitución de 1853/60 por una economía dirigida.

No menos alarmante es la disposición del art. 12 del decreto de necesidad y urgencia 214/02 que dispone la suspensión de la tramitación de los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias que se vinculen con las normas que regulan la emergencia financiera, pues afecta el derecho de acceder a la justicia, en violación de garantías constitucionales y del sistema de división de los poderes.

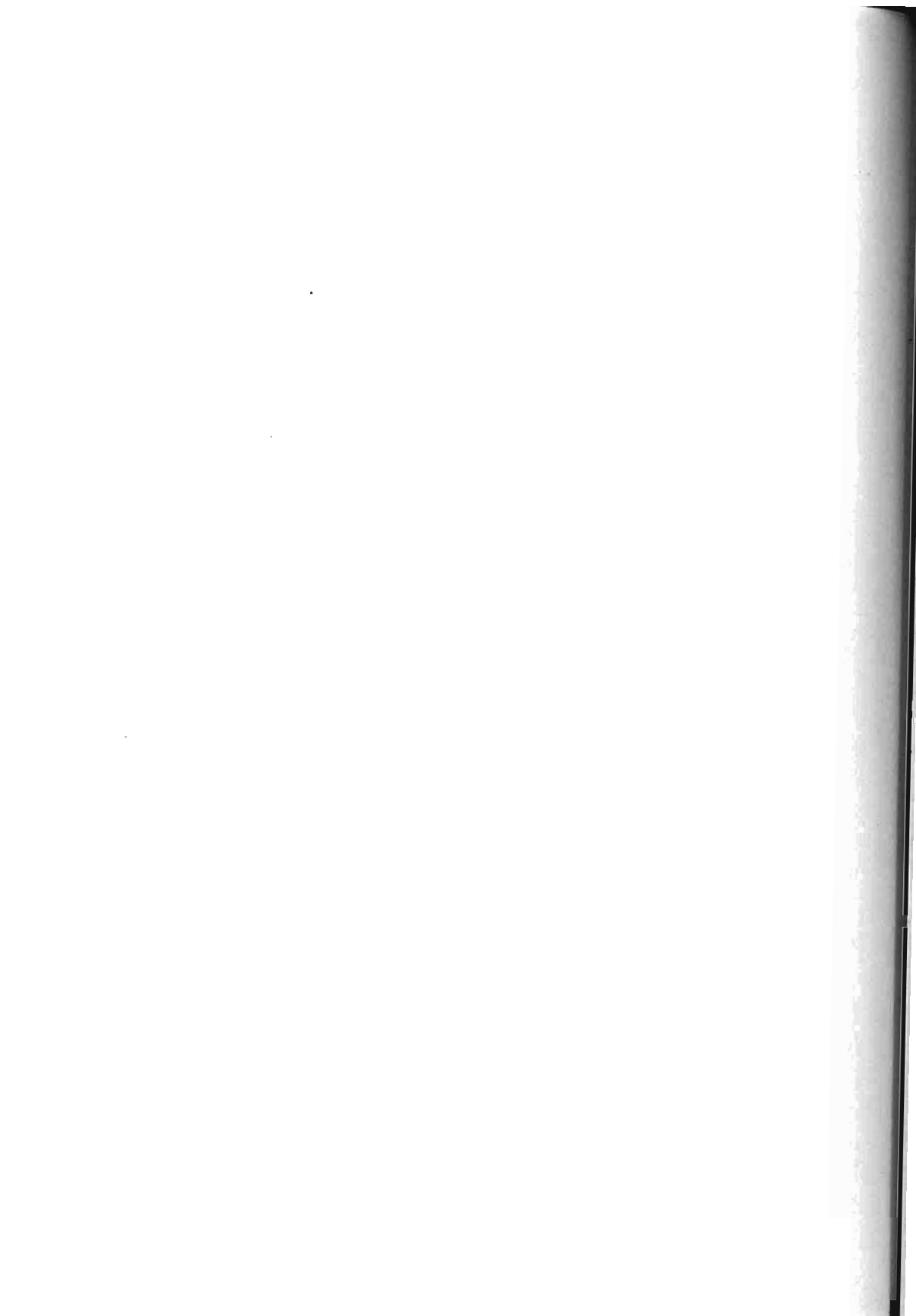
Exhortamos a gobernantes y gobernados a estrechar las filas para recuperar la confianza, afianzar una justicia independiente, sanear la

moneda, lograr el equilibrio presupuestario, paliar la pobreza y la exclusión y respetar el Derecho como presupuesto esencial de la paz social.

Buenos Aires, 11 de febrero de 2002

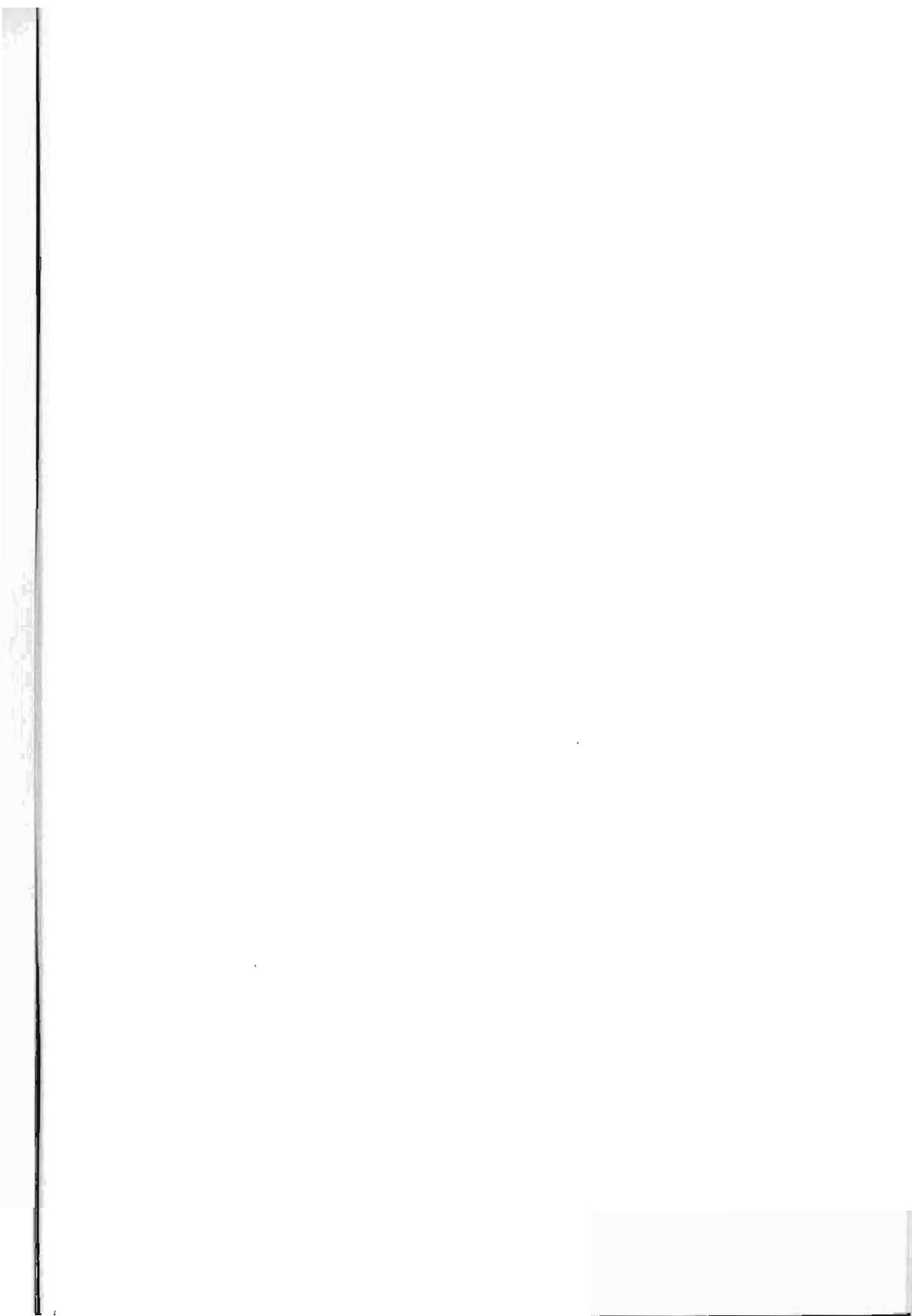
Eduardo Aguirre Obarrio
Académico Secretario

Horacio A. García Belsunce
Académico Presidente



VII

MEMORIA Y BALANCE



MEMORIA 2001

Señores académicos:

Cumpliendo con lo establecido por el art. 19, inc. b) del Estatuto, la Mesa Directiva somete a la consideración del Cuerpo la memoria y el balance del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2001.

I. - Asamblea anual ordinaria

El 29 de marzo se llevó a cabo la asamblea ordinaria prevista en el art. 14 del Estatuto que tuvo por objeto considerar la memoria, el balance general, el estado de recursos y gastos, el estado de evolución del patrimonio neto y el presupuesto para el año 2001. Dichos documentos fueron aprobados por unanimidad por el plenario académico.

Además, la asamblea al tratar el punto IV del orden del día procedió a designar la Mesa Directiva en su totalidad de conformidad a lo que disponen los artículos 14 y 18 del Estatuto. Practicada la elección resultaron designados por el término de tres años los siguientes académicos:

Presidente:	Dr. Horacio A. García Belsunce
Vicepresidente:	Dr. Alberto Rodríguez Galán
Secretarios:	Dres. Eduardo Aguirre Obarrio y Félix A. Trigo Repesas
Tesorero:	Dr. Jaime Luis Anaya.

Acto seguido el presidente saliente, Dr. Roberto Martínez Ruiz, puso en posesión del cargo al nuevo presidente, quien hizo uso de la palabra agradeciendo a los académicos el honor que le han conferido y evocó a los grandes maestros del derecho que han ocupado el sitio para el que ahora ha sido elegido. Resume su plan de acción como titular de la Cor-

poración, poniendo énfasis en la intensificación de la labor de los institutos de la Academia y expresa su preocupación por difundir la imagen pública de la institución.

El plenario académico felicitó, con un voto de aplauso, a los integrantes de la Mesa Directiva que finalizó su gestión por la jerarquía y eficiencia puesta en el ejercicio de la misma.

II. - Reuniones de la Mesa Directiva

El 5 de abril se celebró la primera reunión de la Mesa Directiva en la que, entre otras, se tomaron las siguientes disposiciones:

- a) Distribuir las funciones entre los secretarios, destacándose que el segundo secretario estará a cargo de la biblioteca de la Academia en todos sus aspectos, debiendo programar la labor de la bibliotecaria;

b) Institutos:

- 1) Proponer al plenario la designación de directores y subdirectores con mandato vencido;
- 2) Proponer a los directores que sean designados que presenten en el plenario siguiente la nueva integración de los institutos;
- 3) El presidente concurrirá por lo menos dos veces por año a las reuniones de cada uno de los institutos;
- 4) Cada instituto deberá en la primera reunión del año programar las tareas a realizarse y elevar dicha programación a la presidencia, así como preparar un informe final al cierre del ejercicio que se elevará a la presidencia para su inserción en la memoria;
- 5) Se propondrá al plenario académico la realización de actos públicos de los institutos en el salón de la Academia. Ellos consistirán en conferencias, paneles o mesas de discusión;

- 6) Se propondrá al plenario la creación del Instituto de Derecho Constitucional y como Director Honorario del mismo al académico Dr. Segundo V. Linares Quintana.
- c) Que la Mesa Directiva se reunirá el primer jueves de cada mes, o cuando lo solicitara cualquiera de sus miembros. De las reuniones se labrarán las actas correspondientes.
- d) Proponer al plenario académico la realización de un homenaje a los académicos ex presidentes doctores Segundo V. Linares Quintana, Federico N. Videla Escalada, José Domingo Ray y Roberto Martínez Ruiz, a quienes se entregará en el acto de homenaje medallas de oro recordatorias.
- e) Proponer al plenario académico fijar la fecha y el tema en que tendrá lugar la XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

En la sesión del 3 de mayo se decidió adherir al Congreso Iberoamericano de Derecho de Daños, en homenaje a los doctores Félix A. Trigo Represas e Isidoro Goldenberg, a realizarse los días 29, 30 y 31 de agosto. Atento a la proposición recibida del académico Dr. Augusto Mario Morllo propiciando la creación del Instituto del Derecho Procesal, se decide aprobar la sugerencia y elevarla al plenario para su consideración, así como la designación del Director y del Subdirector de dicho Instituto. El Dr. Félix A. Trigo Represas propone enviar notas a los académicos y a los integrantes de los Institutos invitándolos a donar las obras de su autoría, a fin de incorporarlas a la biblioteca de la Academia. Se decide elevar al plenario académico la proposición de la designación del académico Dr. Guillermo A. Borda como Director Honorario del Instituto de Derecho Civil.

En la sesión del 5 de julio se recibió una propuesta de académicos titulares para designar académico correspondiente en España al catedrático D. Sebastián Martín – Retortillo Baquer, la que se decide elevar al próximo plenario. Asimismo, se recibieron las opiniones de los académicos Dres. Jorge R. Vanossi y Julio César Cueto Rúa respecto de la consulta del Dr. Miguel M. Padilla sobre el nuevo régimen electoral, decidiendo cursar las mismas al consultante en razón de que ellas no son coincidentes.

En la reunión del 2 de agosto fue considerado un proyecto de declaración de la Academia sobre política criminal, el que fue distribuido entre los académicos titulares. Atento a las sugerencias recibidas de los mismos, se elaboró un texto final que la Mesa Directiva aprobó y decidió publicar. Dicha declaración fue ratificada por el plenario del 9 de agosto y más adelante se procede a su transcripción. La Mesa Directiva recibió un trabajo del académico Dr. Augusto Mario Morello sobre "El federalismo jurídico. Los restos del naufragio" para participar del homenaje que en el año 2002 rendirá la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a Juan Bautista Alberdi, con motivo del sesquicentenario de "Las Bases", la que se hizo llegar a la Academia de Córdoba. Asimismo, la Mesa Directiva tomó conocimiento del informe que presentó el Dr. Trigo Represas sobre el programa a realizar por la biblioteca y se decide elevarlo a conocimiento del plenario académico.

En la sesión del 6 de setiembre se consideró la situación presupuestaria de la Academia con motivo de haber reducido el Ministerio de Educación—sin comunicación alguna—la contribución estatal en un 13%. Como consecuencia de ello, la Mesa Directiva decidió proponer al plenario académico el ajuste del presupuesto oportunamente aprobado por la asamblea del 29 de marzo de la siguiente manera: la diferencia en menos de \$ 5.392,55 que resultará de la reducción del ingreso estatal, se compensará con una reducción de gastos por un importe equivalente, efectuando tal disminución en el rubro "conservación y equipamiento de la sede" que, prevista en el presupuesto en la suma de \$ 27.000, se reduciría como gasto a realizar en este ejercicio a la cantidad de \$ 21.607,45, de manera tal que el presupuesto de egresos e ingresos quede igualmente equilibrado. Asimismo, en esta sesión la Mesa Directiva, previa información de que se ha cobrado la renta y amortización de los Bonex 92, aprobó la moción del Presidente de invertir la mitad de la suma a cobrar en un plazo fijo a 30 días, en dólares, en el Banco de la Nación Argentina, y la otra mitad en Bonos Global 2008. Por último, se decidió un cambio en el horario del personal a fin de tener cubierta la atención de la Academia desde las 11.30 hasta las 20.30, a cuyo efecto se resolvió aumentar la retribución del Sr. Juan Manuel Nievas, que extenderá su horario, en la suma de \$ 200 mensuales.

En la reunión del 4 de octubre se dio entrada a la nota del Ministerio de Educación en la que se pide la opinión de la Academia sobre la soli-

cidad de nacionalización de la Academia Argentina de Artes y Ciencias de la Comunicación. La Mesa Directiva resolvió, siguiendo los precedentes de casos análogos, aconsejar que no se haga lugar a lo solicitado, sin perjuicio de elevar la nota a enviar al Ministerio de Educación a consideración del plenario académico. La Mesa Directiva resolvió renovar el contrato de la bibliotecaria Dra. María Luz Rezk. Asimismo, se consideró la nota que presentarían los presidentes de todas las academias nacionales al señor Ministro de Educación con motivo de la reducción de la contribución estatal a las academias, de lo que se informará con mayor detalle en el capítulo correspondiente.

En la reunión del 1 de noviembre se decidió que en el año 2002 se rinda homenaje en acto público a los académicos fallecidos Dres. Manuel Diez, Carlos A. Adrogué y Juan Francisco Linares, lo que se someterá a consideración del plenario académico, oportunidad en que se propondrá la designación de los respectivos oradores. Se recibió una propuesta del presidente de la Academia Argentina de la Historia para realizar, en mayo de 2002, un acto conjunto de homenaje de esa Academia, con la Academia Argentina de Letras y nuestra Academia, a D. Estanislao Zeballos, que fuera académico titular de esta Corporación. La proposición fue aceptada por el plenario. También la Mesa Directiva resolvió, ad referendum del plenario académico, rendir homenaje a "Las Bases" de Juan Bautista Alberdi, con motivo de cumplirse en mayo del año próximo el sesquicentenario de su publicación, sugiriendo que el homenaje se rinda juntamente con las academias nacionales de Ciencias Económicas y de Ciencias Morales y Políticas.

En la reunión del 6 de diciembre se trató una nota de la Universidad Católica de Salta en la que solicita el auspicio de la Academia para la realización de unas jornadas de Derecho Privado y Público a realizarse entre abril y mayo de 2002. Informa que en dicha oportunidad se le conferirá el grado académico de profesor honoris causa al Dr. Jorge R. Vanossi. La Mesa Directiva decidió aconsejar al plenario la adhesión a dichas jornadas, lo que así fue resuelto en su oportunidad. También tuvo entrada una nota de la Universidad Católica Argentina, en la que se requiere el patrocinio de la Academia para la preparación del programa con motivo del segundo centenario de la sanción del Código Napoleón, en el año 2004. El tema será "La codificación: sus raíces y perspectivas". La Mesa Directiva recomendó al plenario adherir al programa presentado, lo que así fue resuelto.

III. - Sesiones ordinarias

Durante el período transcurrido se llevaron a cabo cuatro sesiones públicas y once sesiones ordinarias privadas, de las que se da cuenta en los capítulos siguientes.

IV. - Sesiones públicas

El 14 de junio se realizó el homenaje a los académicos ex presidentes Segundo V. Linares Quintana, Federico N. Videla Escalada, José Domingo Ray y Roberto Martínez Ruiz. El discurso de homenaje estuvo a cargo del presidente doctor Horacio A. García Belsunce, quien comenzó refiriéndose a la significación del cargo de presidente de la Corporación, recordando a los antecesores que ocuparon el sitial. Luego señaló las finalidades y funciones de las academias nacionales y, en particular, describió el perfil del académico. Después de hacer referencia a ciertos aspectos de la seguridad jurídica en el país, reseñó la trayectoria de cada uno de los homenajeados y entregó a los mismos medallas de oro recordatorias. El doctor Ray agradeció en nombre de todos la distinción conferida por la Academia.

El 12 de julio, el Cuerpo se reunió en sesión pública con el fin de recibir al señor académico titular doctor Santos Cifuentes. Luego de las palabras introductorias del presidente de la Academia acerca de la personalidad del recipiendario y del contenido del tema de su conferencia, tuvo lugar la presentación formal por el señor académico titular doctor Augusto Mario Morello. El nuevo académico pronunció una conferencia sobre "Protección jurídica de la vida privada y de la identidad de las personas".

El 11 de octubre se realizó la incorporación del académico titular doctor Jorge Horacio Alterini, a quien presentó el señor académico titular doctor Roberto Martínez Ruiz. El presidente de la Academia reseñó la actuación del recipiendario e hizo referencia a la significación y alcance del tema elegido por el doctor Alterini, quien disertó sobre "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito".

El 22 de noviembre se realizó el acto público en homenaje a la memoria del académico titular Dr. José María López Olaciregui, con motivo de cumplirse el décimo aniversario de su fallecimiento. Al abrir el acto, el presidente de la Academia se refirió a la personalidad y la obra del Dr.

López Olaciregui, estando a cargo del académico titular doctor José Domingo Ray el discurso de homenaje.

V. - Comunicaciones en sesiones privadas.

En las sesiones ordinarias privadas se expusieron comunicaciones a cargo de los señores académicos, las que versaron sobre temas novedosos o de particular interés o complejidad y se complementaron con un fructuoso debate, lo que contribuyó a la profundización de los análisis de esas cuestiones dignas de especial atención.

Comunicaciones de académicos titulares:

10 de mayo: "Hans Kelsen y su aporte al derecho constitucional", por Jorge R. Vanossi.

24 de mayo: "Un pacto de estado para la justicia", por Augusto Mario Morello.

28 de junio: "Problemas actuales y política criminal", por Eduardo Aguirre Obarrio.

26 de julio: "La obligación de intereses", por Félix A. Trigo Represas.

9 de agosto: "La reforma societaria", por Julio César Otaegui.

23 de agosto: "Propuestas para un sistema concursal más eficiente", por Julio César Rivera.

13 de setiembre: "La justicia de la Ciudad de Buenos Aires", por Lino E. Palacio.

27 de setiembre: "Lisandro de la Torre y el derecho", por Augusto Mario Morello.

8 de noviembre: "Insolvencia y comunidad conyugal", por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

13 de diciembre: "Reflexiones sobre la Constitución, las leyes y la realidad argentina", por Juan R. Aguirre Lanari.

VI. - Homenajes a académicos fallecidos

Como queda dicho anteriormente, el 22 de noviembre se realizó, en acto público, el homenaje al doctor José María López Olaciregui, de cuyo fallecimiento se cumplieron diez años. El académico titular doctor José Domingo Ray tuvo a su cargo el discurso de homenaje en el que destacó la actuación del doctor José María López Olaciregui en la docencia, en la función pública, en el ejercicio de su profesión y en la doctrina nacional como alto exponente del derecho civil.

VII. - Duelo de la Academia

En la sesión privada del 13 de diciembre se rindió homenaje a la memoria del doctor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, miembro correspondiente de esta Academia en Santiago de Chile y Valparaíso. El doctor Rivacoba era miembro de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales de Chile, de la Real Sociedad Bascongada y de la Real Academia de Ciencias, Bellas Artes y Nobles Artes de Córdoba (España) y fue profesor de introducción al derecho, filosofía del derecho y derecho penal, habiendo ejercido la docencia en nuestro país en la Universidad del Litoral y en la Universidad de Buenos Aires.

VIII. - Nuevo académico titular

Con motivo del fallecimiento del doctor Enrique Ramos Mejía, que ocupaba el sitial que tiene como patrono al doctor Lucio Vicente López, fue designado académico titular, por unanimidad, el doctor Víctor Tau Anzoátegui, presentado oportunamente por los académicos titulares doctores Segundo V. Linares Quintana, Federico N. Videla Escalada, Alberto Rodríguez Varela y Jorge R. Vanossi. La designación tuvo lugar en la sesión privada del 13 de diciembre y el nuevo académico se incorporará en el ejercicio siguiente.

IX. - Designación de académico correspondiente

En la sesión privada del 26 de abril, la Academia designó académico correspondiente en España al catedrático de derecho administrativo D. Sebastián Martín Retortillo – Baquer, que fuera oportunamente presentado por los académicos titulares doctores Juan Carlos

Cassagne, Jorge A. Aja Espil, Lino Enrique Palacio y Aída Kemelmajer de Carlucci.

X. - Reunión conjunta con la Academia de Derecho de Córdoba

Los días 25 y 26 de octubre tuvo lugar la XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, que contó con la participación de diez académicos titulares de Córdoba y un buen número de académicos titulares de nuestra Corporación. El discurso inaugural estuvo a cargo del Dr. García Belsunce, quien luego de dar la bienvenida a los académicos de Córdoba y destacar la relación entre ambas corporaciones, hizo una reseña sobre la significación y contenido de los temas a tratarse. Sobre el tema "Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires" disertaron el académico de Córdoba, Antonio María Hernández, representado por el Presidente Honorario de la Academia mediterránea Pedro J. Frías, en razón de su ausencia por tener que intervenir en un congreso en el exterior, y nuestros académicos Germán J. Bidart Campos, Lino E. Palacio, Jorge R. Vanossi y Augusto Mario Morello. En el debate que a continuación tuvo lugar intervinieron el doctor Horacio Roitman por la Academia de Córdoba y los académicos locales Julio César Otaegui, Juan R. Aguirre Lanari, Alberto Rodríguez Varela y Eduardo Aguirre Obarrio, cerrando el debate el Presidente.

El segundo tema, "El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado" fue tratado en las respectivas disertaciones por los académicos de Córdoba, Julio I. Altamira Gigena, Ramón D. Pizarro y Horacio Roitman y los académicos de Buenos Aires, Aída Kemelmajer de Carlucci y Antonio Vázquez Vialard. El debate al que dieron origen estas exposiciones fue largo y muy ilustrativo, interviniendo los académicos de Buenos Aires, Julio César Otaegui, Jaime Luis Anaya, José Domingo Ray y Santos Cifuentes, y los académicos de Córdoba, Juan Carlos Palmero y Efraín Richard, lo que dio lugar a ampliaciones por parte de todos los que habían tenido a su cargo las respectivas disertaciones.

Clausurando la reunión, habló el Presidente de la Academia de Córdoba doctor Olsen A. Ghirardi. En agasajo a los académicos visitantes se realizó una comida en el Salón Dorado del Jockey Club.

XI. - Visitas a la Academia

El 25 de abril visitó la Academia el Primer Ministro de Santa Lucía, Honorable Kenny Anthony, y los miembros que integraban su comitiva. En la ocasión fue recibido por todos los miembros de la Mesa Directiva y se produjo un interesante intercambio de opiniones entre el visitante y los académicos acerca de la organización judicial de Santa Lucía y sus semejanzas y diferencias con la que corresponde a la Argentina. Asimismo, el presidente de la Academia concurrió invitado por el Canciller, Dr. Adalberto Rodríguez Giavarini, al almuerzo que en el Palacio San Martín ofreció en honor del Primer Ministro visitante.

XII. - Reuniones con Presidentes de Academias Nacionales

La Academia Argentina de Letras convocó a los presidentes de las demás academias nacionales a una reunión que tuvo lugar el día 26 de setiembre para considerar la posición de las academias ante la reducción de la contribución estatal dispuesta por el Ministerio de Educación que alcanza al 13% anual de las asignaciones fijadas para el corriente ejercicio. En el acto, el Dr. García Belsunce propuso que, como principio a seguir, las academias adhirieran a la política de reducción del gasto público, atento a la situación por la que atraviesan las finanzas nacionales, y que no se efectúen declaraciones conjuntas y públicas a título de reclamación. Su proposición fue apoyada por los presentes y se acordó —conforme a la ponencia del presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas— que se iniciaran gestiones para evitar nuevos y mayores recortes en el futuro ante el Jefe de Gabinete del Gobierno de la Nación, el Ministro de Educación y oportunamente (cuando esté complementada la presentación del presupuesto), el Presidente de la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Al efecto, se comisionó a los presidentes de las academias de Letras, de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Medicina, de Historia y de Educación.

El día 15 de noviembre, el señor Ministro de Educación de la Nación, Lic. Andrés Delich, concedió audiencia a la comisión de presidentes de academias nacionales para tratar el tema a que se refiere el párrafo anterior. En la reunión, el Dr. García Belsunce habló en nombre de los presidentes que integran la comisión y recalcó al Ministro la preocupación

sobre el futuro de la contribución que el Ministerio de Educación entrega anualmente a las academias, poniendo énfasis en que se solicitaba que en el futuro no se practiquen nuevos ajustes que podrían poner en peligro la continuidad de las actividades de ciertas corporaciones, aunque las reducciones efectuadas o por hacer afectan, en más o en menos, a todas las academias. En la oportunidad el Ministro se comprometió a otorgar una nueva audiencia a los presidentes una vez que tuviera el proyecto de presupuesto de la Nación para informarles acerca de las previsiones que éste contenga en relación con la contribución estatal. Solicitó al Dr. García Belsunce que se mantuviera en contacto con su Secretaria privada para seguir el trámite de la audiencia.

Atento a los acontecimientos institucionales que ha vivido el país en los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002, el tratamiento del tema quedó en suspenso y al momento de redactar esta memoria no se conoce aún el proyecto de presupuesto de la Nación que se presentará a consideración del Congreso Nacional.

XIII. - Declaraciones, consultas y dictámenes

1.- En la reunión del 2 de agosto, la Mesa Directiva aprobó una declaración sobre política criminal y decidió su publicación. En la sesión privada del día 9 de agosto, el plenario ratificó la declaración de referencia que, no obstante haber sido publicada íntegramente en el diario "La Nación", es conveniente reproducir:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires señala con preocupación que la sociedad advierte que no se cumplen ciertas condiciones que, conforme a la Constitución Nacional y a la legislación vigente, son indispensables para el curso de la vida con arreglo a derecho.

Además de aliviar acuciantes problemas económicos y sociales, el Estado tiene otras obligaciones irrenunciables para con sus habitantes, entre las que se destaca garantizar el derecho a la seguridad personal, el de circular y trasladarse de un punto a otro del país, y el acceso a una justicia equitativa y administrada sin demoras.

Porque no se preservan esos derechos, ocurren asesinatos a diario de ciudadanos y agentes policiales, hay notoria inseguridad de la po-

blación y existe la amenaza de estallidos sociales en algunos puntos del país.

Esta Corporación considera que el aumento de la seguridad no se obtiene tanto con el agravamiento de escalas penales y la tipificación de nuevos delitos, sino mediante otras medidas que reclaman desplegar esfuerzos para aumentar las probabilidades de prevenirlos y de que los autores sean individualizados y reprimidos. No es suficiente amenazar con penas gravísimas, sino con la aplicación efectiva de las que están vigentes.

En materia de facultades policiales, es claro que pueden existir aparentes desacuerdos entre ellas y las garantías individuales, sin perjuicio de los posibles casos de corrupción, que perjudican una solución sensata. Esta Corporación considera que es lógico diferenciar las facultades policiales en los casos de delitos in fraganti, de delitos confesos, y de delitos con pruebas posteriormente obtenidas.

El régimen de la capacidad de los menores para responder penalmente debería modificarse, ya que no es creíble que, de ochenta años a esta parte —fecha de sanción del Código Penal—, los menores hayan disminuido sus facultades cuando es evidente que las han aumentado hasta el extremo que menores de 14 años encabezan bandas de gran peligrosidad y son utilizados por mayores para la ejecución de hechos más graves.

Deberían revisarse las condiciones en que se cumple el régimen de la prisión preventiva, así como preverse una modificación que ajuste las condiciones para otorgar la libertad condicional.

El aumento de la delincuencia, principalmente en delitos aberrantes que cobran víctimas que parecen elegidas al azar, así como las conductas que so pretexto de reclamaciones o protestas lesionan los derechos y la vida de la población, exige que el Estado mediante la aplicación tan severa como justa de la ley, por sus órganos competentes, restablezca el orden público y la paz social que vemos seriamente amenazados. La lenidad en el cumplimiento de la ley conduce a la impunidad, que abre el camino a la subversión, al caos social y a la destrucción de las instituciones.

2.- La Secretaría de Culto del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto ha consultado a la Academia respecto de una presentación de una organización religiosa llamada "Reuniones evangélicas", inscrita en el Registro Nacional de Cultos y que solicita, entre otras cosas, que se promueva una reforma de la legislación nacional que disponga excluir o inhabilitar del deber de votar que establece la ley electoral "a todo miembro de una orden religiosa o comunión que esté registrada en el Registro Nacional de Cultos", proponiendo además reformas a las leyes laborales que incluyen pagos obligatorios a sindicatos y obras sociales, seguros de retiro y seguros de vida y otras obligaciones similares. La Mesa Directiva decidió encomendar al académico titular doctor Carlos María Bidegain el estudio del tema y la elaboración de un proyecto de respuesta. El dictamen del Dr. Bidegain, fundamentado en doctrina y jurisprudencia nacional, concluye en que la pretensión de los peticionantes de que la ley excluya del cumplimiento del sufragio a todos los miembros de una orden religiosa o comunión, parece excesiva, superflua para la protección de sus derechos, e innecesariamente lesiva del precepto constitucional que exige para todos los ciudadanos el sufragio "universal, igual, secreto y obligatorio" (art. 37 C.N.), y agrega que son ajenas al pedido de colaboración a la Secretaría de Culto las cuestiones relativas al pago obligatorio de cuotas sindicales y de obras sociales. La Mesa Directiva envió a la Secretaría de Culto el dictamen del Dr. Bidegain y lo elevó a conocimiento del plenario académico.

3.- Consulta del Secretario de Estado de Justicia y Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de fecha 15 de febrero, sobre un anteproyecto de Ley de Regulación de la Actividad de Gestión de Intereses ("lobby"). La consulta fue distribuida entre los académicos titulares y sobre el tema se expidió una comisión designada durante los meses de receso e integrada por los doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Lino E. Palacio, Augusto Mario Morello, Jorge Vanossi y Julio César Otaegui. El informe fue considerado por la Mesa Directiva y se resolvió enviar la respuesta al Ministerio el 16 de abril. El referido dictamen concluye en que no es conveniente dar curso a dicho proyecto, sin perjuicio de compartir las preocupaciones de esa Secretaría de Estado acerca de las patologías propias del "lobbismo" que siempre han existido.

4.- Consulta de la Secretaría de Culto del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto del 7 de mayo acerca de un "Ante-

proyecto de ley de libertad religiosa". A fin de elaborar la respuesta el plenario académico en la sesión del 10 de mayo designó una comisión integrada por los doctores Alberto Rodríguez Galán, Jorge R. Vanossi y Alberto Rodríguez Varela. La Academia en sesión privada del 24 de mayo aprobó el dictamen que considera que la Academia no tiene objeciones constitucionales que formular al anteproyecto y, por el contrario, considera que su sanción puede contribuir a consolidar la efectiva vigencia de la libertad religiosa.

5.- En fecha 23 de enero el doctor Miguel Padilla formuló una consulta a la Academia sobre un nuevo régimen electoral. Dada la fecha en que tuvo entrada tal consulta la Mesa Directiva resolvió encomendar a los académicos titulares doctores Julio César Cueto Rúa y Jorge R. Vanossi el estudio de la cuestión planteada y la elaboración del dictamen correspondiente. Atento a que las opiniones de los académicos citados no fueron coincidentes, la Mesa Directiva decidió elevar las mismas al consultante, y distribuir el texto entre los académicos titulares en la sesión privada del 26 de julio.

6.- Consulta del Presidente de la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputados de la Nación sobre modificaciones a la ley de Contrato de Seguro (ley 17.418). En la sesión privada del 26 de julio se decidió encomendar el estudio del tema a los académicos doctores Julio César Otaegui y Julio César Rivera, quienes han hecho el seguimiento del proyecto en la Cámara de Diputados de la Nación sin que hasta el presente haya habido novedades dignas de registrarse.

7.- Consulta del señor Secretario de Educación Superior del Ministerio de Educación del 14 de setiembre en la que solicita la opinión de nuestra corporación acerca de la solicitud de nacionalización de la Academia Argentina de Artes y Ciencias de la Comunicación. Previa la opinión de la Mesa Directiva y elevado el asunto al plenario en la sesión del 27 de setiembre éste resolvió, por las razones que en casos análogos han fundamentado la oposición de nuestra Academia a la nacionalización de nuevas Corporaciones, responder en forma negativa a la solicitud formulada, lo que se hizo saber al consultante por nota del 4 de octubre.

XIV. - Comisiones

1.- Comisión pro Monumento a Juan María Gutiérrez: esta Comisión ha sido constituida por la ley 25.365 y en ella la Academia Nacional de

Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ha sido designada para ocupar la vicepresidencia. La primera reunión de la Comisión se realizó el día 15 de marzo, a la que asistió en representación del presidente el entonces vicepresidente Dr. García Belsunce. En dicha reunión se decidió la constitución de un comité ejecutivo, entre cuyos integrantes se halla el académico titular doctor Jorge R. Vanossi y en esa ocasión el doctor García Belsunce hizo algunas sugerencias acerca de medidas previas a la recaudación de fondos, como la determinación del lugar de instalación del monumento y del costo de la obra. Sus propuestas fueron aprobadas en esa reunión. Con posterioridad a ella no se han registrado novedades en la Comisión que hayan sido puestas en conocimiento de nuestra Academia.

2. - El académico titular doctor Augusto Mario Morello presentó el 28 de noviembre de 2000 una propuesta para que la comisión ad hoc de asesoramiento sobre temas de interés general acerca de los que la Academia deba pronunciarse en su momento, que integran los académicos Augusto M. Morello, Lino E. Palacio, Eduardo Aguirre Obarrio, Jorge R. Vanossi y Julio César Otaegui, se avoque al estudio de las iniciativas que se hagan llegar. La presentación, ampliamente fundamentada, dio lugar a que el plenario académico en la sesión privada del 26 de abril resolviera encomendar al académico titular doctor Jorge R. Vanossi que informe al plenario sobre lo actuado por esa comisión. El Dr. Vanossi manifestó que la comisión se reunió con la presencia de todos sus miembros durante el receso académico y que decidieron, dada la importancia que revisten los temas propuestos por el Dr. Morello, instar a los académicos a analizarlos en comunicaciones en sesión privada. Ellos son: la justicia, el crecimiento económico, el país interior y la ética colectiva.

3. - El presidente de la delegación argentina de la Comisión Administradora del Río Uruguay, Embajador Roberto García Moritán, solicitó a la Academia por nota del 24 de julio la designación de tres juristas de reconocida solvencia en derecho laboral y administrativo, con preferente orientación en derecho internacional para integrar la lista de árbitros. El plenario académico en su sesión del día 26 del corriente resolvió aceptar la propuesta y en consecuencia designar a los académicos titulares doctores Hugo Caminos, Juan Carlos Cassagne y Antonio Vázquez Vialard para integrar la lista de árbitros.

XV. - La enseñanza del Derecho

La Academia ha publicado dos estudios sobre la enseñanza del derecho que aprobara en sus sesiones del 28 de junio y el 26 de julio, elaborados por los académicos titulares doctores José Domingo Ray y Jaime Luis Anaya.

El seguimiento que con preocupación viene efectuando la Academia acerca del tema abordado por esta publicación, especialmente ante la proliferación de las escuelas de abogacía producida en los últimos años, la aprobación de planes de estudio tendientes a reducir el currículo y los debates suscitados en torno a la habilitación profesional, se encuentra en el origen de los trabajos que ahora difunde.

El Dr. José Domingo Ray es autor de uno de esos estudios. Frente a las causas de la crisis universitaria expone la necesidad de encarar un régimen de ingreso, acercando sugerencias al respecto, la implementación de un plan de estudio, enunciando a título de ejemplo las materias y módulos que deberían incluirse, los métodos de enseñanza y de promoción, la definición sobre los requerimientos profesionales y académicos de la enseñanza, el lugar que debe otorgarse al doctorado y a los estudios de posgrado.

El otro estudio incluido en la publicación es de autoría del Dr. Jaime Luis Anaya y en él destaca el alto nivel en que debe desenvolverse la enseñanza universitaria y consecuentemente las exigencias que representa para estudiantes y profesores, poniendo de relieve las carencias que a este respecto se generan en la universidad masiva. Se detiene también en las limitaciones que impone la personalización de la enseñanza, señala la conveniencia de que el estudiante adquiera un conocimiento integral del ordenamiento concebido unitariamente antes de abrirse cauce a las especializaciones, sostiene la importancia que debe atribuirse a la filosofía jurídica y reivindica el lugar que debe darse a la investigación, circunscribe las posibilidades que pueden asignarse a la formación práctica en la enseñanza y el influjo que de ello se sigue para encarar la habilitación profesional.

En suma, con esta publicación la Academia efectúa nuevas contribuciones para encarar con objetividad y razonabilidad un problema cuya solución no debe postergarse.

XVI. - Institutos

En la sesión privada del 26 de abril, la Mesa Directiva propuso al Cuerpo algunos puntos referidos al funcionamiento de los institutos de la Academia.

En ese sentido, el plenario aprobó las designaciones de los académicos Félix A. Trigo Represas, como director, y Santos Cifuentes, como subdirector del Instituto de Derecho Civil; Juan Carlos Cassagne, como director del Instituto de Derecho Administrativo; Jaime L. Anaya, como director, y Antonio Vázquez Vialard, como subdirector del Instituto de Derecho Empresarial; José Domingo Ray, como director, y Federico N. Videla Escalada, como subdirector del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación.

En esa reunión, los presentes aprobaron la creación del Instituto de Derecho Constitucional, la designación del doctor Segundo V. Linares Quintana como director honorario del mismo y el nombramiento del académico Jorge R. Vanossi como director. En la reunión del 10 de mayo se aprobó la designación del académico Alberto Rodríguez Varela como subdirector de ese Instituto y la nómina de miembros presentada, que es la que sigue: Juan R. Aguirre Lanari, Jorge A. Aja Espil, Beatriz L. Alice, Gerardo Ancarola, Gregorio Badeni, Fernando N. Barrancos y Vedia, Germán J. Bidart Campos, Carlos M. Bidegain, Juan Carlos Cassagne, Alberto R. Dalla Via, Pedro J. Frías, Alberto M. García Lema, María Angélica Gelli, Ricardo Haro, Augusto Mario Morello, Carlos Manuel Muñiz, Miguel M. Padilla, Eugenio Luis Palazzo, Dardo Pérez Guilhou, Humberto Quiroga Lavié, Alberto Rodríguez Galán, Daniel Sabsay, Néstor Pedro Sagúés, Horacio J. Sanguinetti, Mario Serrafiero y Alberto A. Spota.

El día de referencia, el Cuerpo aprobó las nóminas de integrantes de los Institutos de Derecho Civil y Empresarial, que quedaron conformados de la siguiente manera:

Instituto de Derecho Civil: Jorge H. Alterini, Luis F. Bouzat, Alberto J. Bueres, José Julián Carneiro, María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, Manuel O. Cobas, Rubén Héctor Compagnucci de Caso, Martín Erdozain, José M. Gastaldi, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Roberto Martínez Ruiz, Ernesto Nieto Blanc, Julio César Rivera, Fernando A. Sagar-

na, Marcelo Salerno, Eduardo Sambrizzi, Gabriel A. Stiglitz, Rubén S. Stiglitz y Federico N. Videla Escalada.

Instituto de Derecho Empresarial: Edgardo M. Alberti, Héctor Alegría, Miguel Araya, Raúl Aníbal Etcheverry, Mariano Gagliardo, Pedro Mario Giraldi, Osvaldo Gómez Leo, Edgar I. Jelonche, Augusto Mallo Rivas, Rafael Manóvil, Osvaldo J. Marzorati, Carlos S. Odriozola, Julio C. Otaegui, Ana Isabel Piaggi, Guillermo Enrique Ragazzi, Eduardo A. Roca, Alicia Josefina Stratta y Angel Vergara del Carril.

Instituto de Derecho Empresarial, Sección Derecho del Trabajo: Julio Caballero, Hugo Carcavallo, Juan Confalonieri (h.), Susana Corradeti, Juan Carlos Fernández Humble, Ricardo Foglia, Lorenzo Gnecco, Justo López, Luis Ramírez Bosco, Alberto Rimoldi, Jorge Rodríguez Mancini y Julio César Simón.

La Presidencia puso a consideración de los académicos, en el transcurso de esa misma reunión, la propuesta de la Mesa Directiva de crear el Instituto de Derecho Procesal. La creación del Instituto quedó aprobada y, por unanimidad, se eligió a los académicos Lino E. Palacio y Augusto Mario Morello como director y subdirector, respectivamente. El 24 de mayo el Cuerpo aprobó la nómina de integrantes del Instituto, que son los siguientes: Eduardo Aguirre Obarrío, Roland Arazi, Roberto O. Berizonce, Juan Carlos Cassagne, Silvina Graciela Catucci, Juan Pedro Colerio, Enrique M. Falcón, Mario E. Kaminker, Jorge Kielmanovich, Angela Ledesma, Oscar Martínez, Mario Masciotra, Eduardo A. Oteiza, Adolfo A. Rivas, Jorge Armando Rojas, Gualberto L. Sosa, Alberto José Tessone, Jorge R. Vanossi y Alejandro Verdaguer.

En la reunión del 24 de mayo, se aprobó la designación, como miembros del Instituto de Derecho Administrativo, de Pedro Aberastury, Oscar Aguilar Valdez, Alberto B. Bianchi, Fernando A. Borio, Luis Armando Carello, Jorge E. Cermesoni, Julio R. Comadira, Pedro J.J. Coviello, Horacio Diez, Ricardo T. Druetta, Guillermo E. Fanelli Evans, Héctor Pedro Fassi, Máximo J. Fonrouge, Pablo Gallegos Fedriani, Beltrán Gambier, Fernando García Pullés, Juan Octavio Gauna, Rafael M. González Arzac, Carlos Manuel Grecco, Marta E. del Valle Herrera, Benigno Ildarraz, María del Carmen Jeanneret de Pérez Cortés, Fernando Juan Lima, José Au-

gusto Lapierre, Javier López Calderón, Ismael Mata, Eduardo Merteikian, Pedro A. Miguens, Laura M. Monti, Guillermo A. Muñoz, Jorge Muratorio, Mariana Ortiz de Zárate, Luis J. Pérez Colman, Pablo Esteban Perrino, Eduardo Rodríguez Chirillo, Guillermo E. Rossi, Patricia Rota de Torres, Estela B. Sacristán, Daniel Fernando Soria, Guido Santiago Tawil, Daniela B. Ugolini, Alejandro Juan Uslenghi, Carlos A. Valfefín y Carlos A. Zubiaur. Como secretarios, se designó a los doctores Alberto B. Bianchi y Pablo Esteban Perrino.

El 28 de junio se aprobó la nómina de integrantes del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, compuesto por Jorge Arana Tagle, Frida Armas Pürter, Graciela Arrola de Galandrini, Patricia Barbado, Julio Barboza, Guillermo Bartoletti, Griselda Capaldo, Alberto Cappagli, Eduardo Cosentino, Osvaldo Costales, Diego Chami, Angela Donato, María de las Mercedes Esquivel, Oscar Fernández Brital, María Cecilia Gómez Masia, Hortensia Gutiérrez Posse, Roberto Guyer, Horacio Knobel, Martín Manzano, Alfredo Mohorade, Alicia Perugini, Agustín Rodríguez Jurado, Fernando Romero Carranza, Gladys Sabia de Barberis, Edith Schellemborg, Susana Talavera, Inés Weinberg de Roca y Alberto Luis Zuppi.

XVII. - Labor de los Institutos

Instituto de Derecho Administrativo

Bajo la dirección del académico Dr. Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo diversas sesiones de trabajo en las cuales, entre todos sus integrantes, se examinaron diversas cuestiones vinculadas a esta rama del derecho público.

En la primera sesión del año se planificaron las actividades para el año 2001. En la segunda reunión, que contó con la asistencia del Presidente de la Academia Dr. Horacio A. García Belsunce, el Dr. Alberto Bianchi abordó el tema: "Efectos erga omnes o interpartes en procesos constitucionales administrativos", con un debate y a continuación expuso el prof. español D. Santiago González Varas, sobre el tema: "La existencia de un derecho administrativo europeo"; en la siguiente reunión, la Dra. Laura Mercedes Monti trató el tema "Enriquecimiento sin causa y contratos administrativos".

El día 21 de agosto de 2001, con motivo de encontrarse en el país el profesor español titular de derecho administrativo D. Juan Antonio Hernández Corchete de la Universidad de Vigo, se realizó una sesión donde expuso sobre: "Algunos problemas derivados de la ejecución de los contratos administrativos".

Asimismo, el Instituto organizó el primer acto público, que contó con una nutrida asistencia, disertando el Dr. Julio Rodolfo Comadira sobre el tema: "Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima". En la oportunidad, el conferencista fue presentado por el Director del Instituto, quien resaltó la obra del Dr. Comadira en el campo del derecho administrativo.

En la reunión organizada en el mes de noviembre la Dra. Estela Beatriz Sacristán desarrolló el tema: "Tarifas reguladas por price-caps: Aspectos relevantes".

Las actividades del Instituto finalizaron con la sesión llevada a cabo en el mes de diciembre, en la cual el Dr. Pablo E. Perrino abordó la problemática derivada de la: "Legislación de emergencia y reformas al procedimiento y proceso administrativo".

Finalmente, el Instituto está preparando una publicación que resume trabajos de investigación realizados por sus miembros con el objeto de editarla en el transcurso del corriente año.

Instituto de Derecho Civil

Con la dirección del académico Dr. Félix A. Trigo Represas, el Instituto de Derecho Civil de esta Academia ha producido diez trabajos que se prepararon durante el año, por otros tantos miembros del Instituto, todos ellos referidos a diversas cuestiones jurídicas que podrían suscitarse si se llegara a modificar el régimen de la vigente ley de convertibilidad 23.928. Dichos trabajos son los que se detallan a continuación:

- Dr. Alberto J. Bueres: "El negocio jurídico (Enfoque general)";
- Dra. María Luisa Casas de Chamorro Vanasco: "Locación y convertibilidad";

- Dr. Santos Cifuentes: "Variaciones en el poder adquisitivo de la moneda y el cumplimiento de las obligaciones de dinero";
- Dr. Manuel O. Cobas: "Las obligaciones de dar sumas de dinero y la teoría de la imprevisión";
- Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso: "Los intereses moratorios";
- Dr. Ernesto E. Nieto Blanc: "La terminología monetaria a propósito de la Ley de Convertibilidad Nº 23.928";
- Dr. Fernando Alfredo Sagarna: "Intereses. Concepto. Clasificaciones. La jurisprudencia";
- Dr. Eduardo A. Sambrizzi: "La deuda por alimentos y el principio nominalista";
- Dr. Rubén S. Stiglitz: "La mora en el pago de la indemnización debida por el asegurador. El daño moratorio. Repotenciación del capital"; y
- Dr. Félix A. Trigo Represas: "El régimen de la ley 23.928 y sus modificatorias. La situación económica actual y posibles remedios protectivos".

Sucedo en efecto, que la crítica situación económica que ya se venía insinuando en la Argentina desde principios del año, hizo pensar en la conveniencia de que este Instituto encarase el estudio y consideración desde el punto de vista jurídico, de posibles implicancias y consecuencias que se podrían llegar a producir en nuestro derecho monetario, si tal crisis llegara en definitiva a derivar en cualquier alteración del sistema instituido por la mencionada ley 23.928.

Los trabajos citados constituyen la culminación de la labor investigativa, con la que se procuró dar cumplimiento al objetivo primordial propuesto para el año que concluye.

Instituto de Derecho Constitucional

Bajo la dirección del académico Dr. Jorge R. Vanossi y la subdirección del académico Dr. Alberto Rodríguez Varela, se llevaron a cabo cinco

reuniones plenarias, a partir de su constitución formal, con la asistencia de la mayoría de los miembros que oportunamente fueron designados por la Academia.

El temario aprobado incluyó como tópicos prioritarios: 1º) La delegación legislativa: sus límites; y 2º) El régimen electoral vigente: análisis y posibles modificaciones. Las reuniones mensuales del presente año fueron dedicadas por entero al primer tema, cuyo relatorio final estuvo a cargo de la Dra. María Angélica Gelli. El día 26 de marzo del año 2002 se efectuará una exposición sobre las conclusiones elaboradas, que en acto público del Instituto expondrán los doctores Gregorio Badeni, Alberto Dalla Via, Alberto García Lema y Miguel M. Padilla. Esta será la primera sesión pública de este nuevo Instituto.

En el transcurso del año 2002, en reuniones periódicas mensuales a partir del mes de abril, el Instituto encarará el estudio del segundo tema de su agenda, sin perjuicio del eventual tratamiento de otras cuestiones que puedan ser incorporadas por sus miembros o solicitadas por la Academia.

Instituto de Derecho Empresarial

Si bien las actividades del Instituto se iniciaron formalmente el 15 de marzo, cabe destacar que sus miembros fueron invitados a la conferencia que el día anterior expuso el profesor español de Derecho Mercantil, Alberto Alonso Ureba, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, acerca de "La sociedad anónima cotizada en las últimas reformas legislativas en la Unión Europea". El tema de notoria actualidad en nuestro medio, en razón de las iniciativas impulsadas para adoptar en el derecho argentino ciertas reglas inspiradas en el movimiento de la "Corporate governance", motivó que al término de la exposición efectuada por el autorizado catedrático de la Universidad Complutense, los miembros del Instituto Carlos S. Odriozola y Angel Daniel Vergara del Carril aportaran oportunas observaciones sobre la materia y acerca de las orientaciones que se advierten para su recepción en la legislación nacional.

En la reunión del 15 de marzo se adoptó un plan de tareas acorde con el propósito del Instituto de apoyar la iniciativa de la Academia

tendiente a profundizar y dar continuidad a los estudios acerca del proyecto de Código Unificado de 1998. En consonancia con este objetivo, se decidió dar prioridad en tales estudios a las innovaciones o modificaciones que el proyecto introduce en el vigente ordenamiento legal de las sociedades. Asimismo, se acordó efectuar un seguimiento de las iniciativas auspiciadas por el Ministerio de Economía para la elaboración de un proyecto de ley tendiente a dar mayor transparencia a la oferta pública de valores negociables y, de manera especial, a la repercusión que por este medio pueda producirse sobre el régimen de las sociedades anónimas.

La sesión del mes de abril estuvo dedicada a exponer las informaciones que se disponían acerca de la marcha del aludido proyecto sobre el régimen de transparencia en la oferta pública de valores y a intercambiar opiniones sobre el sesgo que estaba adquiriendo esta propuesta de reforma.

Con la presencia del señor Presidente de la Academia doctor García Belsunce se efectuó la sesión del mes de mayo, ocasión en la que se incorporaron los nuevos miembros doctores Edgardo Marcelo Alberti, Raúl Aníbal Etcheverry y Rafael Mariano Manóvil. En su transcurso, abriendo un paréntesis al plan delineado en homenaje a la trascendencia de la novedad, Alicia Josefina Stratta y Jaime Luis Anaya hicieron la presentación del nuevo ordenamiento de la legislación mercantil francesa, cumplida en el marco de un vasto proceso de recodificación encarado por esa República. Estas "Consideraciones sobre el nuevo Código de Comercio francés del año 2000" fueron publicadas en la revista *El Derecho* del 5 de julio y 9 de agosto, dejándose constancia, en ambas ocasiones, acerca de que dichos estudios correspondían a sendas disertaciones efectuadas en el Instituto. En el cierre de la reunión el doctor García Belsunce manifestó su complacencia por la tarea que desarrolla el Instituto y manifestó el interés de la Academia por darle mayor difusión a su obra, sugiriendo la posibilidad de editar sus investigaciones y ofreciendo las instalaciones y el apoyo para la realización de sesiones públicas del Instituto.

En la sesión del mes de junio se manifestaron los primeros ecos motivados por la sanción del Régimen de Transparencia de la Oferta Pública por decreto (delegado) N° 677, publicado en el B.O. del 28 de mayo. Se

expusieron las aproximaciones iniciales a dicho régimen legal que introdujo innovaciones de distinta trascendencia en materia societaria, en el régimen de los llamados valores negociables y en las atribuciones de la Comisión Nacional de Valores. La importancia del nuevo cuerpo normativo, sumado al interés suscitado por las reglas adoptadas y las controversias a que se prestan, condujo a focalizar la tarea sucesiva del año académico en el estudio de esta legislación. Fue, en consecuencia, el estudio de diversos aspectos de su temática el objeto de las sucesivas reuniones de julio, agosto y setiembre, durante las que se efectuaron consideraciones generales y exposiciones particularizadas a cargo del doctor Eduardo A. Roca, quien trazó un panorama acerca de la *corporate governance* en la doctrina nacional, examinó los considerandos del decreto y las principales innovaciones, con particular énfasis en el concepto de los "valores negociables" y en el rol del "Comité de auditoría", y del doctor Jaime Luis Anaya, quien diferenció los dos supuestos de arbitraje contemplados por el decreto 677, en sus artículos 30 y 38, sosteniendo que el primero debió haber sido implementado como un arbitraje pericial, dado que su objeto siempre debe recaer sobre la sola determinación de un hecho a través de un juicio técnico, a diferencia de lo que acontece con el arbitraje del art. 38.

El doctor Angel Daniel Vergara del Carril se hizo cargo de la descripción de las modificaciones que el decreto 677/01 introdujo en el régimen del directorio de las sociedades anónimas que realizan oferta pública, en la sesión de octubre. La prolija mención de las importantes innovaciones que se efectúan para el órgano de administración y sus incidencias en los regímenes de designación y de calidades que deben reunir los directores, de funcionamiento y de responsabilidades, que introducen significativas diferencias con el régimen genérico de la ley 19.550, dio origen a un vivo intercambio de opiniones sobre las ventajas y desventajas que representa la reforma legal.

La sesión de noviembre, que nuevamente contó con la participación del señor Presidente de la Academia, fue ocupada por una enjundiosa exposición crítica del doctor Rafael M. Manóvil sobre aspectos puntuales de la reforma como las situaciones de control, la extensión del concepto a las personas físicas y su configuración cuando se dispone de mayoría para designar o revocar directores y el deber de los administradores de hacer prevalecer el interés social. En este último punto se pro-

dujo un cambio de opiniones a propósito de la posibilidad de reconocer la existencia del interés social de un grupo de sociedades. Por su parte el doctor Edgar Jelonche efectuó ciertas objeciones acerca del desborde en que el decreto 677 incurre frente al marco de las facultades que la ley 25.414 delegó en el Poder Ejecutivo.

El 20 de noviembre, el Instituto realizó su primera sesión pública, dando así respuesta a la invitación que formulara el señor Presidente de la Academia, quien también se hizo presente en la ocasión. Correspondió al doctor Edgar Jelonche realizar la exposición, que versó sobre el tema "Organicismo y deberes fiduciarios". Con este acto se clausuraron las actividades anuales del Instituto.

Sección de Derecho del Trabajo del Instituto de Derecho Empresarial

Esta sección, dirigida por el académico doctor Antonio Vázquez Viard, comenzó las actividades correspondientes al año 2001 en el mes de abril, las que finalizaron en el de diciembre. Se realizó una reunión mensual en la sede de la Academia, generalmente los primeros martes de cada mes, por cuanto, en algunas oportunidades, y por razones de agenda, se alteró dicho día.

Todas las reuniones fueron grabadas y luego desgrabadas y volcado su contenido en cuadernos que fueron distribuidos entre todos los miembros de la sección. También se fotocopió y distribuyó documentación y antecedentes vinculados con cada uno de los temas tratados.

A principio de año, en la primera sesión, se estableció un temario para las sucesivas reuniones. En cada una de ellas, uno de los integrantes del grupo, previamente designado, la iniciaba con una exposición del tema previamente determinado y luego se efectuaba un cambio de ideas y de información sobre el mismo.

Seguidamente se detallan las reuniones, fecha de las mismas, temario y expositor en cada una de ellas:

El 3 de abril, "El decreto 1278/00", por el doctor Ricardo Arturo Foglia.

El 8 de mayo, "Trabajo docente", por la doctora Susana Corradetti.

El 5 de junio, "Trabajo no registrado", por el doctor Julio Simón.

El 3 de julio, "Aspectos laborales en la utilización de los medios informáticos", por el doctor Juan Carlos Fernández Humble.

El 7 de agosto, "La igualdad en el Derecho del Trabajo", por el doctor Luis Ramírez Bosco.

El 4 de setiembre, "Remuneración", por el doctor Alberto Rimoldi.

El 9 de octubre, "Convenio de competitividad", por el doctor Lorenzo Gnecco.

El 13 de noviembre, "Estado actual de la justicia", por el doctor Julio Simón.

El 4 de diciembre, "La quiebra y el CCT", por el doctor Roberto Izquierdo.

Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación

Con la dirección del académico doctor José Domingo Ray el Instituto realizó las siguientes actividades:

1.- Primera reunión.

Se esbozó el plan de actividades y se constituyeron grupos de trabajo para considerar los temas de derecho internacional, público y privado, marítimo, aeronáutico y espacial que la Dirección proyectó para los miembros que concurrieron, dejando constancia de que quienes no lo hicieron se excusaron por compromisos contraídos con anterioridad.

Se informó sobre el reglamento de los institutos, el período de designación de sus miembros por tres años y la conveniencia de hacer un programa que abarque el año en curso y los dos siguientes.

2.- Conferencias sobre Derecho Internacional

Se inauguraron las conferencias públicas del instituto con la que pronunció el 28 de setiembre la Dra. Inés Weinberg de Roca sobre "Inser-

ción del derecho procesal en el derecho internacional privado" y luego continuaron con las disertaciones del Dr. Julio Barboza y de la Dra. Hortensia Gutiérrez Posse el 15 de octubre sobre "Crímenes internacionales. La Jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales".

3.- Derecho de la Navegación

a) El Dr. José Domingo Ray destacó la importancia de estudiar los límites de responsabilidad en el campo del derecho marítimo e informó que en febrero concurrió a la conferencia del C.M.I., celebrada en Singapur, atendiendo específicamente temas referentes al transporte de mercaderías y otros que fueron materia de comisiones especiales como el transporte de personas, la interpretación de las convenciones internacionales y la piratería.

b) El Dr. Alberto Cappagli anunció estar trabajando sobre "Las reglas del derecho internacional privado en materia de derecho marítimo" y el Dr. Diego Chami sobre "Responsabilidad del propietario y armador de buques y su limitación".

c) El auditor de la Marina de Guerra, Guillermo Josué Bartoletti informó sobre el resultado de las reuniones de la Organización Marítima Internacional (O.M.I) y el Seminario del 2 al 5 de julio, dirigido a los jefes de los servicios jurídicos de las administraciones marítimas de Latinoamérica y del Caribe, sobre los convenios de responsabilidad elaborados en el seno de dicha Organización y sobre la relación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y las normas dictadas en el ámbito de aquélla.

d) Transporte y Comercio Exterior (compra - ventas marítimas). A este tema se refirió el Dr. José Domingo Ray en la Conferencia de Toledo del C.M.I. del año próximo pasado. El Dr. Alberto Luis Zuppi, juntamente con el Dr. Garro, ha publicado un libro sobre las compra - ventas marítimas y la Convención Internacional de Viena. El tema del epígrafe es de sumo interés y se abordará en el curso del próximo año.

e) El Director del Instituto concurrió a la inauguración del curso sobre "Los intereses argentinos en el mar" en el que se intercambiaron puntos de vista sobre los temas de pesca y navegación.

4.- Seminario sobre Derecho del Mar

En lo referente al derecho internacional público se ha aprobado la realización de un Seminario sobre "Derecho del Mar" que se realizará juntamente con el CARI durante la última semana de agosto o en la primera semana de septiembre de 2002 y la Dra. Gladys Sabia ha presentado un programa que será materia de ajuste cuando se tenga noticia de los expositores. El Dr. Hugo Caminos ha sido consultado y se espera contar con su participación en la organización y desarrollo del Seminario.

5.- El Dr. Roberto Guyer, las Dras. Gladys Sabia, Edith Schellemborg y Frida Armas de Pfirter han preparado trabajos sobre derecho internacional público que serán entregados a la Secretaría del Instituto tan pronto se hayan concluido. Esos trabajos son los siguientes: Dr. Roberto Guyer: "Sociología del derecho internacional", Dra. Gladys Sabia: "La protección del medio ambiente en la Corte Internacional de Justicia", Dra. Edith Schellemborg: "Medidas de ejecución para la protección y preservación del medio marino en la Convención del Mar de 1982", y Dra. Frida Armas de Pfirter: "Las nuevas normas para la exploración de los minerales en los fondos marinos".

6.- Derecho Aeronáutico.

a) El grupo de derecho aeronáutico, integrado por los doctores Agustín Rodríguez Jurado, Eduardo Cosentino, Haydee Susana Talavera, Angela María Donato y Roberto Knobel, está preparando un informe sobre la Convención de Montreal y el primero de los nombrados hizo conocer su punto de vista expuesto en un trabajo de 84 páginas.

b) La Dra. Haydee Talavera y el Dr. Eduardo Cosentino presentaron a la Dra. Weinberg de Roca, delegada por la Argentina ante el Comité de Expertos de UNIDROIT, un informe sobre el "Proyecto de Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil". Ese proyecto se analizó en la Conferencia que tuvo lugar en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, a la cual concurrió la Dra. Weinberg de Roca.

c) La Dra. Graciela Arrola de Galandrini presentó un trabajo sobre las "Cláusulas aeronáuticas en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982".

7.- Derecho Espacial

En lo que respecta al derecho espacial, los Dres. Oscar Fernández Brital y Mercedes Esquivel de Cocca están realizando un trabajo sobre desechos espaciales y presentarán sus conclusiones.

De lo expuesto resulta que se ha cumplido con parte del programa proyectado para el período de tres años. Se destaca la colaboración prestada por el personal administrativo de la Academia y, en especial, la de Juan Manuel Nievas quien actuó como Secretario Administrativo del Instituto.

Instituto de Derecho Procesal

El último de los institutos creados en el seno de nuestra Corporación, bajo la Dirección del académico Dr. Lino Palacio y la Subdirección del académico Dr. Augusto Mario Morello, encaminó sus pasos iniciales a difundir y captar la participación de numerosos profesores y cultores de esa disciplina, verificándose un amplio eco favorable al desarrollo continuo de las diversas modalidades que ha asumido: reuniones de trabajo, investigaciones, exposiciones individuales y en paneles, publicaciones y participación activa en congresos y jornadas vinculadas con su especialización. La base inicial la constituyó un núcleo de 21 de ellos, vinculados a institutos y universidades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en funcionamiento en la provincia de Buenos Aires.

Se dispuso encarar una investigación exhaustiva acerca de un tema por demás candente: *el de la habilitación profesional para ejercer la abogacía*. El tema concita la preocupación de los organismos que tienen a su cargo el poder de policía, en particular la F.A.C.A., el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires.

Es de señalar que, a diferencia de los países que integran la Europa unida, en los cuales la obtención del título académico es seguida de un ejercicio de capacitación teórico - práctico (que oscila entre dos y tres años —esto último en Grecia—), entre nosotros, no se ha seguido esa formación y, como es sabido, el título de por sí y sin más posibilita una

competencia plena para desempeñarse ante todos los órganos judiciales y en cualquier instancia. España afronta en estos días una similar política en la materia de manera que, cuanto se realice entre nosotros, tendrá incidencia en la integración iberoamericana.

Reunida la bibliografía existente, se dispuso encarar durante el corriente año y los primeros meses del 2002, un intenso trabajo exploratorio de campo, procurando la información y el diálogo con los diversos centros jurídicos del país, en los que se advierte, por parte de los abogados más jóvenes, un franco rechazo a establecer ese requisito (el de la habilitación) por considerar que, en todo caso, ello forma parte del plan de estudios y exigencias de la Universidad.

A esos fines se comisionó al doctor Pablo Agustín Grillo Ciocchini a asistir al XIII Congreso Nacional de Jóvenes Abogados organizado por la F.A.C.A., una de cuyas comisiones abordó el tratamiento del tema de la habilitación profesional. El mismo se celebró en Formosa los días 2 y 3 de noviembre pasado. Acerca de lo allí ocurrido, de los debates y conclusiones, se ha elevado un prolijo informe correspondiendo destacar que en esa oportunidad se propició la adopción de una "prueba diagnóstica", de carácter voluntario e independiente de la habilitación profesional, que permita distinguir a los abogados según sus capacidades técnicas.

Además de los trabajos remitidos a requerimiento del Instituto, corresponde añadir que, durante los primeros días del mes de marzo del 2002, se llevará a cabo en la Falda, Córdoba, el segundo encuentro de estudiosos del proceso, una de cuyas comisiones centrará el análisis precisamente en la habilitación profesional, con participación de colegas de esa provincia, La Plata, Mar del Plata y Buenos Aires. A su terminación, se elaborará el informe final que tendrá conexión con las criteriosas exposiciones que, respecto al estudio del derecho en nuestras universidades, produjeran en el curso de este año los señores académicos doctores José Domingo Ray y Jaime L. Anaya respectivamente, las que han tenido amplia difusión en nuestro país e igualmente en España.

Oportunamente se proyectarán para su regular desarrollo en el año entrante sesiones periódicas y públicas y una intensificación de las di-

versas tareas a cargo del Instituto, de las que se dará cuenta en el momento correspondiente.

La Mesa Directiva se complace en destacar que los institutos de la Academia han realizado cuatro actos públicos, a pesar de haber comenzado la reorganización de los mismos a mediados del año académico. Conforme a lo comprometido por el Presidente en el plenario del 26 de abril, participó durante el año en dos de las reuniones de cada uno de los institutos.

XVIII. - Premios de la Academia

Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Para la adjudicación de este premio se designó un jurado integrado por los señores académicos titulares doctores Juan R. Aguirre Lanari, Augusto M. Morello, Julio César Otaegui, José Domingo Ray y Julio César Rivera. Con fecha 26 de octubre, el jurado mencionado expidió por unanimidad un dictamen, debidamente fundado, en el que concluye proponiendo que se adjudique el premio al libro del doctor Fernando M. Toller titulado "Libertad de prensa y tutela judicial efectiva".

Además, el jurado propuso y el plenario académico así lo decidió, que se conceda *Accésit* para distinguir las obras del Dr. Juan Vicente Sola, "Control judicial de constitucionalidad"; del Dr. Pablo D. Heredia, "Tratado exegético de derecho concursal" y del Dr. Alberto Ricardo Dalla Vía, "Derecho constitucional económico".

Premio Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Para el premio del rubro, la Academia decidió, en sesión privada, elegir el tema titulado "Intimidad y privacidad en el derecho" y designó para integrar el jurado a los académicos titulares doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Jorge H. Alterini, Santos Cifuentes, Félix A. Trigo Represas y Jorge R. Vanossi.

El plazo para la presentación de los trabajos vencerá el 31 de mayo de 2002.

XIX. - Reforma del Reglamento de Premios

En sesión privada la Academia resolvió reformar el reglamento de premios vigente y dictó al efecto la siguiente resolución:

Buenos Aires, 27 de setiembre de 2001

VISTO

Lo resuelto en las sesiones privadas de los días 9 de agosto y 13 de setiembre de 2001 y la proposición elevada por el señor académico secretario doctor Félix Alberto Trigo Represas, y

CONSIDERANDO

Que la reglamentación de los premios de la Academia se actualizó por decisión del plenario académico del 13 de abril de 2000,

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

RESUELVE

Aprobar el REGLAMENTO DE PREMIOS que se registrá por las siguientes disposiciones:

ART. 1º: Institúyase el "Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires" a la mejor obra sobre temas propios de las ciencias jurídicas y sociales, que será otorgado cada dos años. Las obras deberán haber sido editadas originariamente en el país no más de dos años antes del llamado a concurso, y presentadas a efectos de optar al premio directamente por su autor o autores, quienes a tal fin deberán constituir un domicilio especial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Si la obra de alguno de los concursantes estuviera compuesta de varios tomos o volúmenes (un tratado, comentario o similares) cuyas fechas de publicación excedieran el tiempo a que se refiere la convocatoria, podrá considerarse la parte o partes que se adecuen a esa exigencia, siempre que aquéllas, por su autonomía, no dependan del resto.

ART. 2º: Deberán acompañarse cinco ejemplares de cada obra para optar al premio instituido en el artículo anterior. El plazo para su presentación no será inferior a noventa días, a contar desde la fecha del llamado a concurso. El resultado será notificado por la Academia en forma fehaciente a todos los que participaron, en sus respectivos domicilios constituidos al efecto. Los trabajos no premiados serán restituidos a los autores que así lo soliciten dentro de los noventa días posteriores a la notificación del resultado del concurso.

ART. 3º: Institúyese el "Premio Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", al mejor trabajo inédito sobre temas propios de las ciencias jurídicas o sociales que la Academia determine en ocasión de cada convocatoria. Será otorgado cada dos años.

ART. 4º: Los trabajos que se presenten para optar al premio instituido en el artículo precedente deben ser remitidos en cinco ejemplares identificados con seudónimo, constituyéndose un domicilio a los fines del concurso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, acompañándose en sobre cerrado el nombre del autor o autores. Deben tener una extensión máxima de cien hojas escritas a máquina, a dos espacios, de un solo lado, foliadas sucesivamente, en papel tamaño oficio y con un índice sumario. El plazo para presentar los trabajos que aspiren a este premio no será inferior a un año a contar de la fecha del llamado a concurso. Los trabajos no premiados serán devueltos a sus autores con el sobre cerrado que contenga su identificación.

ART. 5º: El premio instituido por el art. 1º consistirá en un diploma y medalla. En el caso del premio a que se refiere el art. 3º el mismo consistirá en un diploma y una compensación monetaria que en ocasión de cada llamado a concurso fije la Mesa Directiva. En el caso del premio a los trabajos inéditos, la Academia podrá disponer su edición, previo acuerdo con el o los autores.

ART. 6º: Los premios serán otorgados previo dictamen de un jurado compuesto por cinco miembros de la Academia, designados al efectuarse la convocatoria respectiva, de los cuales dos deberán haber integrado el jurado del premio anterior. El jurado tendrá para expedirse un plazo de noventa días contados a partir del vencimiento del término para la recepción de las obras o los trabajos, según corresponda. La

decisión de la Academia será inapelable y los premios podrán declararse desiertos.

ART. 7º: Cuando la importancia de las obras presentadas hicieran conveniente otorgar uno o más accésit, el jurado lo propondrá al Plenario fundadamente, decidiendo este último al respecto.

ART. 8º: Los miembros de las academias nacionales no podrán aspirar a ninguno de los premios instituidos.

ART. 9º: La presente resolución regirá a partir del 1º de junio de 2002, fecha en la que quedará derogado el Reglamento de Premios dictado el 13 de abril de 2000.

XX. - Biblioteca

Prosiguió sus tareas en la biblioteca la doctora María Luz Rezk. Durante el año se ordenaron los libros y revistas de las colecciones a que la Academia está suscrita. Asimismo, se clasificaron las obras donadas por los señores académicos y por diversas personas.

Se donaron publicaciones de la Academia a diversas casas de altos estudios y a entidades que así lo requirieron. En el aspecto técnico se comenzó la confección de un catálogo por materias y se ingresaron en la computadora los datos que refieren a los libros y publicaciones que componen el acervo de la Academia.

En fecha 9 de agosto el académico doctor Félix A. Trigo Represas, encargado de la dirección de la biblioteca, presentó a la Mesa Directiva y ésta elevó al plenario académico un programa de sugerencias acerca de la confección de índices o fichero de obras de la biblioteca, de la conservación de los anales, obras y separatas editados por la Academia que exceden el mínimo indispensable para su conservación, así como la decisión acerca de si se incorporan o no a la biblioteca los cinco ejemplares que en cada oportunidad presentan los aspirantes al premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. El plenario académico en la sesión del 9 de agosto decidió que se reserve un número de cincuenta ejemplares de cada edición de anales para conservar en la biblioteca y que el resto se distribuya gratuitamente; respecto de las

separatas el sobrante disponible se entregará a sus autores y si hubiere un resto se distribuirá gratuitamente; por último, se resuelve que las obras presentadas para optar al premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales serán devueltas a los autores que las soliciten dentro de 90 días posteriores al dictamen del jurado, salvo las obras premiadas, que quedarán para la biblioteca de la Academia.

XXI. - Publicaciones

Como en años anteriores La Ley Sociedad Anónima, Editora e Impresora continúa editando las publicaciones de la Academia, ya sean los anales, las separatas correspondientes a los trabajos de los académicos y de los institutos así como las obras que integran la colección de la Corporación.

Durante el corriente año se han publicado separatas de todas las conferencias y comunicaciones de los señores académicos mencionadas en los capítulos IV y V que anteceden y además se han publicado las siguientes obras: "Apuntes sobre el proyecto de Código Civil de la República Argentina", de Alicia Josefina Stratta, del Instituto de Derecho Empresarial; "Nuevos estudios sobre el proyecto de código civil de 1998", obra número 7 del Instituto de Derecho Civil; y "La jurisdicción extraterritorial y la corte penal internacional", de Alberto Luis Zuppi, obra número 28 correspondiente al premio estímulo del año 2000.

La Academia agradece a La Ley Sociedad Anónima, Editora e Impresora su valiosa colaboración en la difusión de la labor académica.

XXII. - Distinciones y labor de los señores académicos

El doctor Julio H. G. Olivera fue designado Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas por segunda vez.

El doctor Jorge A. Aja Espil fue designado Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas por segunda vez.

El doctor Horacio A. García Belsunce fue agasajado con motivo de su designación como Presidente de esta Corporación con una comida ofrecida por los socios del Círculo de Armas. La Asociación Argentina de

Derecho Comparado ofreció un homenaje a nuestro Presidente y, en la oportunidad, se refirió a su personalidad el Presidente de la Asociación, doctor Marcelo U. Salerno, obsequiándole una bandeja de plata. La Academia Argentina de Letras invitó a nuestro Presidente a hacer uso de la palabra en el acto público que se realizó en su sede con motivo de cumplirse 70 años de la creación de esa Academia. La Fundación Vasco Argentina Juan de Garay distinguió al doctor García Belsunce como la personalidad del año de origen vasco por su actuación en las cuatro academias nacionales que integra, con motivo de lo cual se lo agasajó en una comida en la que se le entregó una bandeja de plata. A comienzo del año nuestro Presidente publicó un libro titulado "Homenajes" en el que recopiló discursos y conferencias dados en representación de distintas instituciones en homenaje a personalidades argentinas durante el período 1978/2000.

El doctor Jorge H. Alterini disertó en febrero, en la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, sobre "Aspectos metodológicos del Proyecto de Código Civil de 1998". El 2 de marzo hizo lo propio en el Departamento del Doctorado de la Universidad de Padova-Treviso, sobre "Las reglas de derecho en el Código Civil Argentino". El 6 de marzo pronunció una conferencia sobre "El derecho natural y las obligaciones naturales (con especial referencia al Código Civil argentino)" en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Udine, y el 7 de marzo otra acerca de "La 'traditio' del derecho romano clásico en la experiencia jurídica argentina" en la Universidad de Trieste.

El doctor Hugo Caminos dictó un curso de derecho internacional público en la Universidad de Miami, y asistió a las sesiones del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Asimismo, el doctor Caminos expuso en la Conferencia acerca de los "Problemas actuales sobre el medio ambiente marino y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar", organizado por el Center of Oceans Law and Policy de la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia, que tuvo lugar en Hamburgo. También, el doctor Caminos participó en el Curso Euromediterráneo en Derecho Internacional en Castellón de la Plana, España.

El 29 de agosto el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos homenajeó al doctor Hugo Caminos por su designación y actuación en el Tribunal del Derecho del Mar de Naciones Unidas.

El doctor Juan Carlos Cassagne asistió, en el mes de mayo, a una reunión de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid.

El doctor Julio César Cueto Rúa ha sido designado Mayor Notable Argentino del año 2001, por la H. Cámara de Diputados de la Nación.

La doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci fue designada académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, también fue distinguida por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales con el "Premio Justicia 2001".

El doctor Augusto Mario Morello disertó en el "Encuentro para la aproximación de los derechos procesales y judiciales de Europa", los días 26 y 27 de octubre en Bruselas, Bélgica.

El doctor Félix A. Trigo Represas fue designado profesor extraordinario, visitante de la Universidad Católica de Salta, el 24 de setiembre, por resolución rectoral N° 425/01.

Antes de cerrar esta Memoria debemos destacar que el 3 de enero de 2002 el académico titular Dr. Jorge R. Vanossi fue designado Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

XXIII. - Trabajos y equipamiento en la sede de la Academia

Durante el año a que se refiere esta memoria se adquirieron un scanner Hewlett Packard 5300 y un aparato de fax Panasonic KX FT 22AG.

En el hall de entrada se colocó una mesa Luis XV en haya y en la Secretaría una mesa escritorio para computadora, con cuero borravino y doble viñeta de oro.

También, se instalaron aparatos de aire acondicionado Electra en el salón de actos públicos, en la sala de sesiones, en la Presidencia y en la sala Ordóñez.

XXIV. - Vuelve una reliquia a la Academia

La señora Matilde Merediz de Risolía, esposa de quien fuera nuestro académico titular y por dos veces presidente de la Corporación, Dr. Marco Aurelio Risolía, hizo entrega al presidente de esta Academia de una campanilla de plata que pertenecía a la Corporación y que desde años atrás se ubicaba en la mesa de sesiones. En la ocasión en que la Academia debió abandonar su sede en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en el año 1973, el entonces Presidente, Dr. Alberto G. Padilla, entregó la mencionada campanilla al Dr. Risolía pidiéndole que la guardara en lugar seguro. La señora de Risolía al proceder al cambio de una caja de seguridad bancaria encontró la mencionada campanilla, de la que tenía conocimiento pero ignoraba el lugar donde nuestro ex presidente la había puesto a resguardo. Informado el plenario académico de lo acontecido, hizo llegar a la señora de Risolía sus más cálidas expresiones de reconocimiento por su actitud y la permanente adhesión que ella exterioriza para con esta Academia.

XXV. - El resultado financiero del ejercicio

Según el balance y demás documentación contable anexa a esta Memoria, el ejercicio financiero cerrado el 31 de diciembre de 2001 arrojó un déficit de \$ 71.198,20. Dicho déficit reconoce dos causas principales: la disminución de los ingresos provenientes de la contribución estatal y la disminución en la cotización de los títulos públicos que integran el activo corriente de nuestro balance. La contribución estatal que en 1999 fue de \$ 153.443, se redujo en el 2000 a \$ 142.687 y en el 2001 a \$ 110.167,75, lo que significa, comparado con el ejercicio anterior, un menor ingreso de \$ 32.519,25. En cuanto a los títulos públicos, la diferencia entre el costo de adquisición de los Bonos Globales 2008 frente al valor de cotización al cierre del ejercicio es de \$ 32.004,12 y respecto de los Bonex '92 la diferencia entre su valor de cotización al inicio del ejercicio y la que corresponde al cierre del mismo (previa la deducción de la amortización de 12,5%) es de \$ 64.885,15. Como consecuencia de la disminución de los ingresos, tal como se explica en el Capítulo II de esta Memoria, se decidió reducir ciertos gastos, preferentemente en el rubro "Conservación y equipamiento de la sede".

XXVI. - Situación institucional del país. Declaración

El año 2001 ha tenido connotaciones desfavorables para la República Argentina en todos los órdenes. Al deterioro de su situación económica, financiera y social se ha agregado en los finales del año un grave episodio político e institucional como lo es la renuncia del Presidente de la Nación. Llamada a aplicarse la ley de acefalía le sucedió un Presidente Provisional que duró pocos días, para instalarse después un nuevo gobierno que ha adoptado medidas de distinto orden, que han conmovido el tejido social, y que motivaron la declaración de la Academia que, en sesión extraordinaria, se aprobó el 11 de febrero del corriente, y que se transcribe a continuación:

Al finalizar el año 2001 y comenzar el presente, el país ha sido sacudido por cambios institucionales que han afectado el orden político, jurídico, económico y social de toda la Nación. La gravedad de la situación impuso a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires la necesidad de sesionar con carácter extraordinario.

Las políticas seguidas han deteriorado las instituciones en las que se cimenta la República, generando en la ciudadanía y en el exterior, una profunda crisis de credibilidad, que ha llevado a la violencia y al caos social. Además de una grave emergencia el país enfrenta el riesgo de su desintegración como comunidad jurídicamente organizada. La Constitución rige no sólo en la normalidad sino que también debe proporcionar soluciones a las anormalidades. Los derechos y garantías, por ser relativos y no absolutos, tienen que ceder a ciertas limitaciones en situaciones de necesidad, pero sin que ellas importen negarlos o cercenarlos como lo prohíbe el art. 28 de la Constitución.

La falta de seguridad jurídica —que no es nueva— se agudizó. El derecho de propiedad, garantizado por la Constitución, ha sido vulnerado por normas que lo desconocen. Así resulta de la “pesificación” de todas las obligaciones en moneda extranjera en perjuicio de los acreedores y también de los deudores que tomaron préstamos en el exterior, de la indisponibilidad de los depósitos bancarios que puede llegar a la confiscación y que ha paralizado las transacciones, de las reducciones de salarios y jubilaciones, etc. Estas graves transgresiones también desconocen

que el cumplimiento de las obligaciones tiene una dimensión económica que acompaña a quienes respetan la ley y hacen honor a su palabra.

Las medidas económicas y financieras adoptadas han escapado a los criterios de conveniencia, oportunidad y aun de razonabilidad. Esto último puede fundamentar, en ciertos casos, su tacha de inconstitucionalidad. Ellas son las que originan la alteración del orden jurídico al que nos venimos refiriendo. Sin seguridad económica no puede haber seguridad jurídica y social y viceversa, y no hay aun un programa económico que permita revertir o siquiera atenuar los efectos negativos que ellas ocasionarán.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Smith Carlos Antonio" ha declarado recientemente la inconstitucionalidad de la indisponibilidad de los depósitos bancarios del recurrente por falta de razonabilidad de las medidas decretadas en la emergencia. Siguió la jurisprudencia anterior del Tribunal, precisamente fundada en la causa "Angel Russo vs. E. C. Delle Donne" del 15/05/59 ("Fallos", 243, 474). No obstante que el fallo del Alto Tribunal se ajusta a la dogmática jurídica, no podemos desconocer la incidencia financiera, económica, social y política que tiene para la vida institucional del país en los momentos actuales.

La devaluación, no acompañada de un plan económico integral, está conduciendo al control de cambios, a distintos tipos de cambios, al encarecimiento de precios y éste al conocido e inútil control y al desabastecimiento. Ineludible consecuencia será el rebrote inflacionario agravado por la emisión sin respaldo, el decrecimiento de la economía, la disminución de los ingresos reales de toda la población, la caída de la recaudación tributaria, el déficit fiscal, la falta de inversiones, de crédito y una mayor desocupación. En síntesis, se reemplazó el sistema económico de la Constitución de 1853/60 por una economía dirigida.

No menos alarmante es la disposición del art. 12 del decreto de necesidad y urgencia 214/02 que dispone la suspensión de la tramitación de los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias que se vinculen con las normas que regulan la emergencia financiera, pues afecta el derecho de acceder a la justicia, en violación de garantías constitucionales y del sistema de división de los poderes.

Exhortamos a gobernantes y gobernados a estrechar las filas para recuperar la confianza, afianzar una justicia independiente, sanear la moneda, lograr el equilibrio presupuestario, paliar la pobreza y la exclusión y respetar el Derecho como presupuesto esencial de la paz social.

XXVII. - Reflexiones finales

Todo lo que antecede refleja el quehacer constante de la Academia en aras de la intensificación de sus actividades, de la incorporación y apertura hacia otros estudiosos del derecho, que puedan integrarse a su quehacer, y de la permanente preocupación de la Corporación respecto de los problemas del país, los que ha procurado abordar en actos públicos y privados, para contribuir así al mejoramiento y progreso del orden jurídico, como reza su Estatuto, y participar de la realidad nacional aportando opiniones y estudios que contribuyan a las soluciones que su problemática política, jurídica, económica y social requieren.

La actividad desarrollada por la Academia en el ejercicio fenecido se debe principalmente a la valiosa colaboración prestada por los señores académicos con sus conferencias, comunicaciones, dictámenes y opiniones de las que da cuenta esta Memoria. Con ese accionar se ha dado cumplimiento al propósito expresado en el capítulo I, de intensificar la labor de la Corporación y de sus institutos y, en consecuencia, mejorar la imagen pública de la Academia.

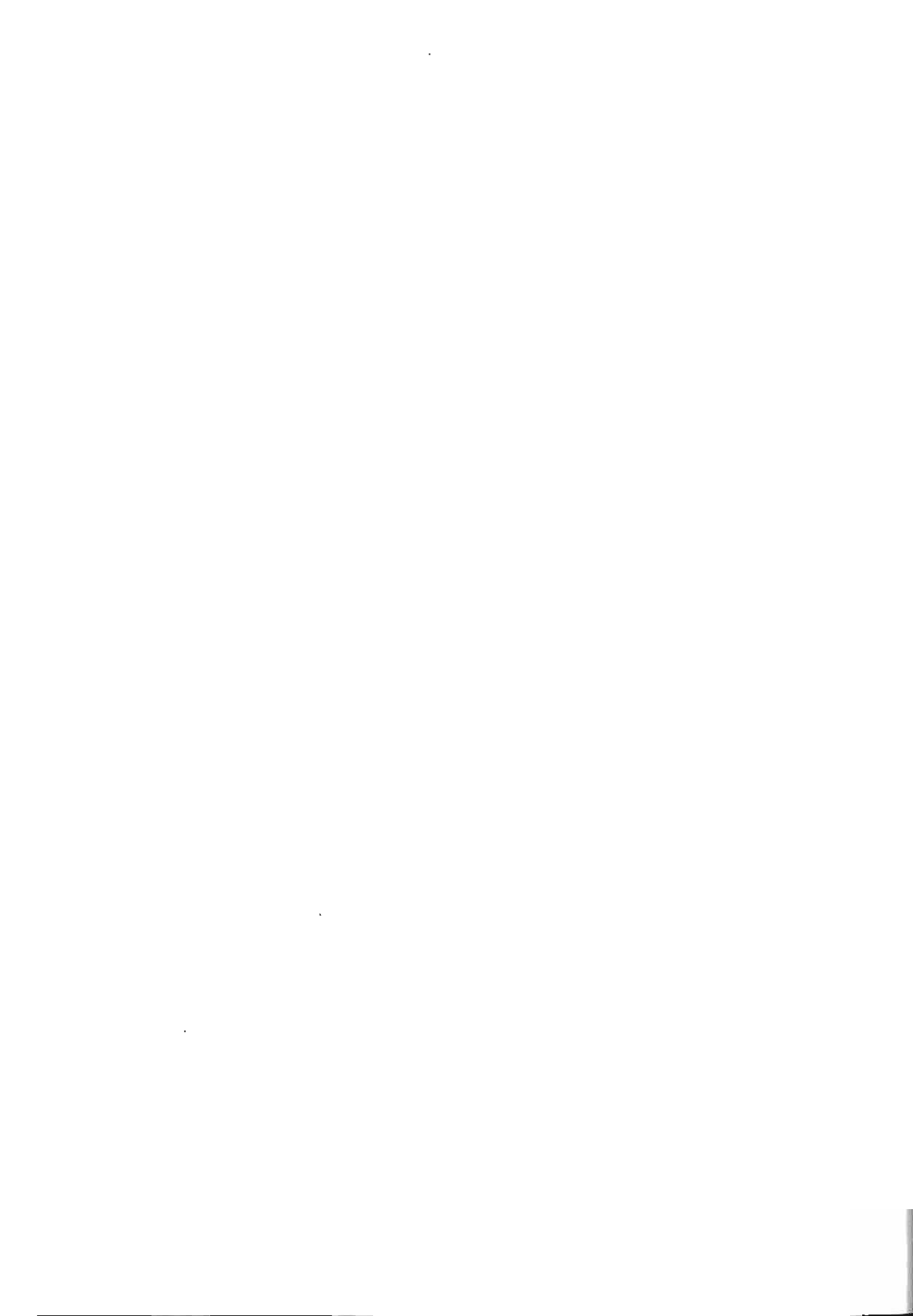
La Mesa Directiva expresa su reconocimiento a los funcionarios que integran la Secretaría Administrativa que, con gran empeño y eficiencia, han hecho posible la realización de las actividades cumplidas en el año.

Comprometemos nuestro esfuerzo para mejorar, si cabe, las actividades de la Academia de ahora en adelante, con la esperanza de que se encauce la situación institucional del país, a cuyo servicio deben estar comprometidas todas las instituciones, públicas y privadas, que tengan por objeto el afianzamiento del bienestar general.

Buenos Aires, 21 de marzo de 2002

Eduardo Aguirre Obarrio
Félix A. Trigo Represas
Académicos Secretarios

Horacio A. García Belsunce
Académico Presidente



BALANCE DEL EJERCICIO 2001

Nombre de la Asociación: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Domicilio: Avda. Alvear Nº 1711 Piso 1º - Ciudad de Buenos Aires

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

Nº de inscripción en la Inspección General de Justicia: X - 2045

Balance General al 31 de diciembre de 2001

Iniciado el 1º de enero de 2001

ESTADO DE SITUACION PATRIMONIAL
BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 2001

ACTIVO

ACTIVO CORRIENTE	\$
Caja y Bancos (Nota 2)	13.503,34
Inversiones (Nota 2)	<u>497.156,35</u>
Total del Activo Corriente	<u>510.659,69</u>
ACTIVO NO CORRIENTE	
Bienes de Uso (Anexo 1)	83.103,88
Total del Activo no Corriente	<u>83.103,88</u>
TOTAL DEL ACTIVO	<u><u>593.763,57</u></u>

PASIVO

PASIVO CORRIENTE	\$
Deudas Sociales (Nota 2)	4.872,17
Deudas Fiscales (Nota 2)	<u>622,42</u>
Total del Pasivo Corriente	<u>5.494,59</u>
PASIVO NO CORRIENTE	
Previsiones (Nota 2)	1.152,47
Total del Pasivo No Corriente	<u>1.152,47</u>
TOTAL DEL PASIVO	<u><u>6.647,06</u></u>

PATRIMONIO NETO

Según Estado Respectivo	587.116,51
Total del Pasivo y Patrimonio Neto	<u><u>593.763,57</u></u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.

El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ESTADO DE RECURSOS Y GASTOS CORRESPONDIENTES AL
EJERCICIO FINALIZADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 2001

§

RESULTADOS ORDINARIOSRECURSOS

Para fines generales (Anexo 2)	160.828,58
TOTAL	<u>160.828,58</u>

GASTOS

Generales de Administración (Anexo 3)	222.838,21
Amortizaciones de Bienes (Anexo 1)	9.188,57
SUBTOTAL	<u>232.026,78</u>

RESULTADOS ORDINARIOS - DEFICIT -71.198,20

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.

El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

**ESTADO DE EVOLUCION DEL PATRIMONIO NETO
AL 31 DE DICIEMBRE DE 2001**

Detalle	Capital Suscripto	Ajuste del Capital	Resultados No Asignados	Total
	\$	\$	\$	\$
Saldos al inicio	0,000943	122.035,84	536.278,87	658.314,71
Resultado del ejercicio	_____	_____	-71.198,20	-71.198,20
Saldos al cierre	0,000943	122.035,84	465.080,67	587.116,51

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.

El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO "I"

BIENES DE USO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2001

Rubros	Valor		Amortizaciones			Neto resultante	
	al inicio	Aumentos	Valor al cierre	Acumuladas al comienzo	dcl Ejercicio		Acumuladas al cierre
	\$	\$	\$	\$	\$	\$	
Inmuebles	42.023,54	-	42.023,54	9.929,41	930,26	10.859,67	31.163,87
Muebles y Utiles	92.747,91	16.825,60	109.573,51	60.357,14	6.731,26	67.088,40	42.485,11
Biblioteca	31.587,00		31.587,00	20.605,05	1.527,05	22.132,10	9.454,90
TOTALES	166.358,45	16.825,60	183.184,05	90.891,60	9.188,57	100.080,17	83.103,88

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.

El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO "2"

RECURSOS ORDINARIOS CORRESPONDIENTES AL EJERCICIO
FINALIZADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 2001

DETALLE	\$
Contribuciones	110.167,75
Venta de Publicaciones	579,70
Intereses Caja de Ahorros	365,00
Intereses Plazo fijo	6.839,53
Utilidades Varias (Renta Títulos)	42.876,60
TOTAL	<u>160.828,58</u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.

El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO "3"

GASTOS GENERALES DE ADMINISTRACION
CORRESPONDIENTES AL EJERCICIO FINALIZADO
EL 31 DE DICIEMBRE DE 2001

DETALLE		\$
Sueldos del personal		70.092,48
Cargas Sociales		15.108,19
Mantenimiento y refacciones		1.476,28
Gastos Varios		
Diferencia de Cotización	96.889,27	
Comisiones y Gastos	3.160,93	100.050,20
Diversos administración		36.111,06
TOTAL		<u>222.838,21</u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.

El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO RESOLUCION N° 13/90
DE LA INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA

Art. 1º) inc. a): CONTRIBUCIONES ESTATALES RECIBIDAS DEL
MINISTERIO DE EDUCACION DE LA NACION

MES Y AÑO	\$
01/2001	9.949,60
02/2001	9.949,60
03/2001	9.949,60
04/2001	9.949,60
05/2001	9.949,60
06/2001	9.949,60
07/2001	11.629,60
08/2001	9.949,60
09/2001	8.656,15
10/2001	8.656,15
11/2001	8.656,15
12/2001	2.922,50
<hr/>	
Total contribuciones estatales recibidas	<u>110.167,75</u>

Art. 1º) inc. b): "CONTRATOS ESTATALES"

Tipo de contrato: Comodato

Fecha del contrato:

5 de junio de 1990, aprobado por Resolución N° 1501 del Ministerio de Educación 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 1º Piso del edificio sito en Avenida Alvear 1711 de la Ciudad de Buenos Aires.

Partes contratantes:

a) Comodante:

Ministerio de Educación 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 2001

NOTA N° 1 - BASES DE PRESENTACION DE LOS ESTADOS CONTABLES Y PRINCIPALES CRITERIOS DE VALUACION

a) *Normas contables profesionales*

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 (FACPCE).

b) *Consideración de los efectos de la inflación*

Los Estados contables no han sido preparados en moneda constante por resultar irrelevante la incidencia del ajuste por inflación. Este criterio es aceptado por las normas contables profesionales en la medida que la variación del índice de precios aplicable para la reexpresión no supere el 8% anual.

c) *Criterios de Valuación*

Los principales criterios de valuación empleados en la preparación de los estados contables son los siguientes:

a)- Moneda extranjera

Los activos en moneda extranjera han sido valuados al tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio, es decir U\$S 1.- = \$ 1.-.

b)- Títulos Públicos

Se han valuado al valor de cotización al cierre del ejercicio.

c)- Bienes de Uso

Los Bienes de Uso están valuados a su costo de adquisición reexpresado en moneda de cierre, menos la correspondiente amortización acumulada. La amortización de los Bienes de Uso es calculada por el método línea recta, aplicando tasas anuales suficientes para extinguir sus valores al final de la vida útil estimada. El valor de los Bienes de Uso, considerados en su conjunto, no supera su valor de utilización económica.

Detalle de las inversiones en Muebles y Utiles

Fecha	Detalle	Importe (\$)
03/2001	1 Aire Acondicionado	3.288,80
05/2001	1 Scanner	325,00
05/2001	1 Fax	195,00
06/2001	4 Aires Acondicionados	11.591,80
06/2001	1 Mesa	600,00
06/2001	1 Escritorio	825,00
		16.825,60

NOTA N° 2 - DETALLE DE LOS PRINCIPALES RUBROS

ACTIVO

	\$	\$
<i>Caja y Bancos</i>		
Caja	699,54	
Banco Nación Argentina Caja Ahorros U\$\$	44,21	
Banco Nación Argentina cta. cte.	12.759,59	13.503,34
<i>Inversiones</i>		
295.362,50 BONEX 92 a U\$\$ 0,69	203.800,12	
251.012 Bonos Global 2008 a U\$\$ 0,49	122.995,88	
Plazo Fijo U\$\$ Banco Nación	170.360,35	497.156,35

PASIVO

Deudas Sociales

AFIP Cargas sociales a pagar 4.872,17

Deudas Fiscales

Retención Imp. a las Ganancias a depositar 622,42

Previsiones

Para despidos 1.152,47

NOTA N° 3

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 N° 4

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 N° 5

De acuerdo a lo establecido por Resolución N° 13/90 de la Inspección General de Justicia, se detallan en Anexo complementario, las contribuciones recibidas del Ministerio de Educación de la Nación. Desde el mes de septiembre de 2001 se han reducido en un 13% dichas contribuciones conforme al ajuste del Presupuesto de la Administración Nacional.

NOTA N° 6

Las indemnizaciones por despidos se cargan a resultados en el momento de su conocimiento.

NOTA N° 7

Efectos de la devaluación del Peso Argentino

1.- Se deja constancia según lo expuesto en la nota 1 c) a) que los depósitos en Moneda Extranjera (Plazo Fijo y Caja de Ahorro) han sido

valuados al tipo de cambio vigente al 31 de diciembre de 2001, es decir, U\$S 1 = \$ 1.

2.- En cumplimiento de la Resolución N° 1/2002 de la Mesa Directiva del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires, dictada con motivo de la promulgación de la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, de acuerdo con dicha normativa y conforme el Decreto 214/2002 se ha dispuesto que todos los depósitos en dólares sean convertidos a pesos a razón de \$ 1,40 por cada dólar. En virtud de lo dispuesto por el art. 9° del decreto 214/02 los titulares de dichos depósitos podrán optar por un bono emitido en Dólares estadounidenses, en sustitución de la devolución de sus depósitos. El tope de este bono es de U\$S 30.000.

Considerando la nueva reglamentación vigente, se informa que el rubro Caja y Bancos y el rubro Inversiones, de la Academia quedaría compuesto de la siguiente manera:

Saldos al 31/12/01	En Dólares	Convertidos a \$ 1,40.-por dólar
Banco Nación Caja de Ahorro en U\$S	44,21	61,90
Banco Nación Plazo fijo en U\$S	170.360,35	238.504,49

De acuerdo a lo establecido por la Resolución 46/2002 del Ministerio de Economía, las personas jurídicas podrán requerir la desafectación de importes comprendidos en los depósitos reprogramados, siempre que sean aplicados al pago de remuneraciones del personal en relación de dependencia correspondientes a la nómina de enero 2002 o anteriores; como así mismo para el pago de obligaciones de cualquier naturaleza con el Estado, y las correspondientes a seguridad social.

Los anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.

El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

Jaime L. Anaya
Académico Tesorero

Horacio A. García Belsunce
Académico Presidente

José Luís Naveyra
Contadot Público (U.B.A.)
C.P.C.E.C.F T.º 41 - Fº 177

INFORME DE AUDITOR SOBRE ESTADOS CONTABLES

Señores

Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avda. Alvear 1711 - Piso 1º
(1014) - Ciudad Autónoma de Bs. As.

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 AUDITORIA

- 1.1. Estado de Situación Patrimonial al 31 de diciembre de 2001.
- 1.2. Estado de Recursos y Gastos por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2001.
- 1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2001.
- 1.4. Anexo Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia.
- 1.5. Anexos 1 a 3 y Notas que forman parte de los estados contables mencionados.

2. – ALCANCE DE LA AUDITORIA

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.– ACLARACIONES PREVIAS AL DICTAMEN:

De acuerdo con lo expuesto en la Nota 7 a los Estados Contables sobre los efectos de la devaluación del peso argentino, y considerando la continua modificación de la normativa existente, se torna necesario realizar una aclaración sobre la existencia de incertidumbre en la valuación de los activos que derivaran del cambio de reglas económicas.

4. – DICTAMEN

En mi opinión, sujeto a los efectos de los ajustes, si los hubiera, que pudieran requerirse de conocerse las consecuencias de la in-

certidumbre indicada en la Nota 7, los estados contables mencionados en el apartado 1. presentan razonablemente, la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al 31 de diciembre de 2001, 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.

5. – INFORMACION ESPECIAL REQUERIDA POR DISPOSICIONES VIGENTES

A efectos de dar cumplimiento a las disposiciones vigentes, informo que:

- 4.1. Los estados contables que se mencionan en 1., surgen de registros contables llevados en sus aspectos formales de conformidad con las normas legales vigentes.
- 4.2. Los estados contables adjuntos han sido preparados dando cumplimiento a la Resolución General N° 8/95 de la Inspección General de Justicia de la Capital Federal.
- 4.3. Al 31 de Diciembre de 2001, la deuda devengada a favor de la Administración Nacional de la Seguridad Social en concepto de aportes y contribuciones asciende a \$ 3.673,83 según surge de los registros contables, no siendo exigibles a esa fecha.

Buenos Aires, 8 de febrero de 2002

José Luíís Naveyra
Contador Público (U.B.A.)
C.P.C.E.C.F T° 41 - F°177

N° E 451826

Buenos Aires, 18/2/2002

Legalización N° 066885

CERTIFICAMOS, de acuerdo con las facultades otorgadas a este CONSEJO PROFESIONAL por las leyes 466 (Arts. 2, Inc. D y J) y 20.488 (Art. 21, Inc. I), la autenticidad de la firma inserta el 8/2/2002 en BALANCE de fecha 31/12/2001 para ser presentada ante la ACADEMIA NAC. DERECHOS Y CS. SOC. BA, que se corresponde con la que el Dr. NAVEYRA JOSE LUIS 20-05309726-0 tiene registrada en la matrícula CP T° 0041 F° 177 y que sehan efectuado los controles de matrícula vigente, incumbencia, control formal del informe profesional y de concordancia formal macroscópico de la firma y que signa en carácter de socio de:

Dr. Norberto Vidal
Contador Público (U.B.A.)
Secretario de Legalizaciones

INDICE

ANALES 2001

I. DISERTACIONES EN SESIONES PUBLICAS

Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Horacio A. García Belsunce.	3
Discurso de recepción por el Académico doctor Augusto Mario Morello.	5
<i>Protección jurídica de la vida privada y de la identidad personal.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Santos Cifuentes, en oportunidad de su incorporación como académico titular, en la sesión pública realizada el 12 de julio de 2001.	10
Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Horacio A. García Belsunce.	39
Discurso de recepción por el Académico doctor Roberto Martínez Ruiz.	42
<i>La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Jorge H. Alterini, en oportunidad de su incorporación como académico titular, en la sesión pública realizada el 11 de octubre de 2001.	47

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

Hans Kelsen y su aporte al derecho constitucional. La actuación y la obra de Hans Kelsen en el derecho constitucional. Comu-

nicación efectuada por el Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 10 de mayo de 2001.	73
<i>Un pacto de Estado para la Justicia.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Augusto Mario Morello, en la sesión privada del 24 de mayo de 2001.	149
<i>Problemas Contemporáneos y política criminal.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Eduardo Aguirre Obarrio, en la sesión privada del 28 de junio de 2001.	173
<i>La obligación de intereses.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Félix A. Trigo Represas, en la sesión privada del 26 de julio de 2001.	190
<i>La reforma societaria.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Julio César Otaegui, en la sesión privada del 9 de agosto de 2001.	218
<i>Propuestas para un sistema concursal más eficiente.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Julio César Rivera, en la sesión privada del 23 de agosto de 2001.	284
<i>La justicia de la Ciudad de Buenos Aires.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Lino Enrique Palacio, en la sesión privada del 13 de setiembre de 2001.	356
<i>Lisandro de la Torre y el derecho.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Augusto Mario Morello, en la sesión privada del 27 de setiembre de 2001.	367
<i>Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio.</i> Comunicación efectuada por la Académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 8 de noviembre de 2001.	385
<i>Reflexiones sobre la Constitución, las leyes y la realidad argentina.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Juan Ramón Aguirre Lanari, en la sesión privada del 13 de diciembre de 2001.	456

III. XIV REUNION CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA Y BUENOS AIRES

Programa.	483
----------------	-----

IV. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>La enseñanza del derecho.</i> Por el Académicos doctor José D. Ray.	487
<i>La enseñanza del derecho.</i> Por el Académicos doctor Jaime L. Anaya.	507
Discurso del Presidente Académico doctor Horacio A. García Belsunce, en el Homenaje a la Academia Argentina de Letras, el 13 de agosto de 2001.	515

V. HOMENAJES

Homenaje a académicos ex presidentes. Discurso de homenaje a los ex presidentes Segundo V. Linares Quintana, Federico N. Videla Escalada, José Domingo Ray y Roberto Martínez Ruiz, por el Académico Presidente doctor Horacio A. García Belsunce, en la sesión pública del 14 de junio de 2001.	525
Palabras de agradecimiento del Académico doctor José D. Ray.	535
Homenaje al doctor José María López Olaciregui. Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Horacio A. García Belsunce.	543
Palabras pronunciadas por el Académico doctor José Domingo Ray, en la sesión pública del 22 de noviembre de 2001.	545

VI. DECLARACIONES Y DICTAMENES

Declaración sobre política criminal.	565
Declaración sobre la situación institucional del país.	567

VII. MEMORIA Y BALANCE

Memoria 2001.	573
Balance del ejercicio 2001.	615