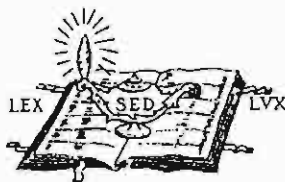


ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA  
AÑO XLVIII - NÚMERO 41  
2003



BUENOS AIRES

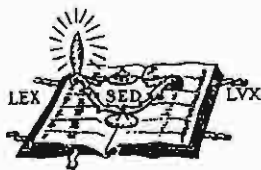




ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA EPOCA  
AÑO XLVIII - NUMERO 41  
2003



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. 987-03-0461-3

**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 41.

SERIE II – OBRAS

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

- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza ( 1840 – 1919 ). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

### SERIE III – COMUNICACIONES

*Comunicaciones – Nº 1.*

### SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

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

### 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.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

## **INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL**

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

## **INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

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

## **INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

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



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*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
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. 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 Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990
Dr. 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
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003

## ACADEMICO EMERITO

Dr. Manuel Rfo

23 agosto 1984

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

*por orden de antigüedad*

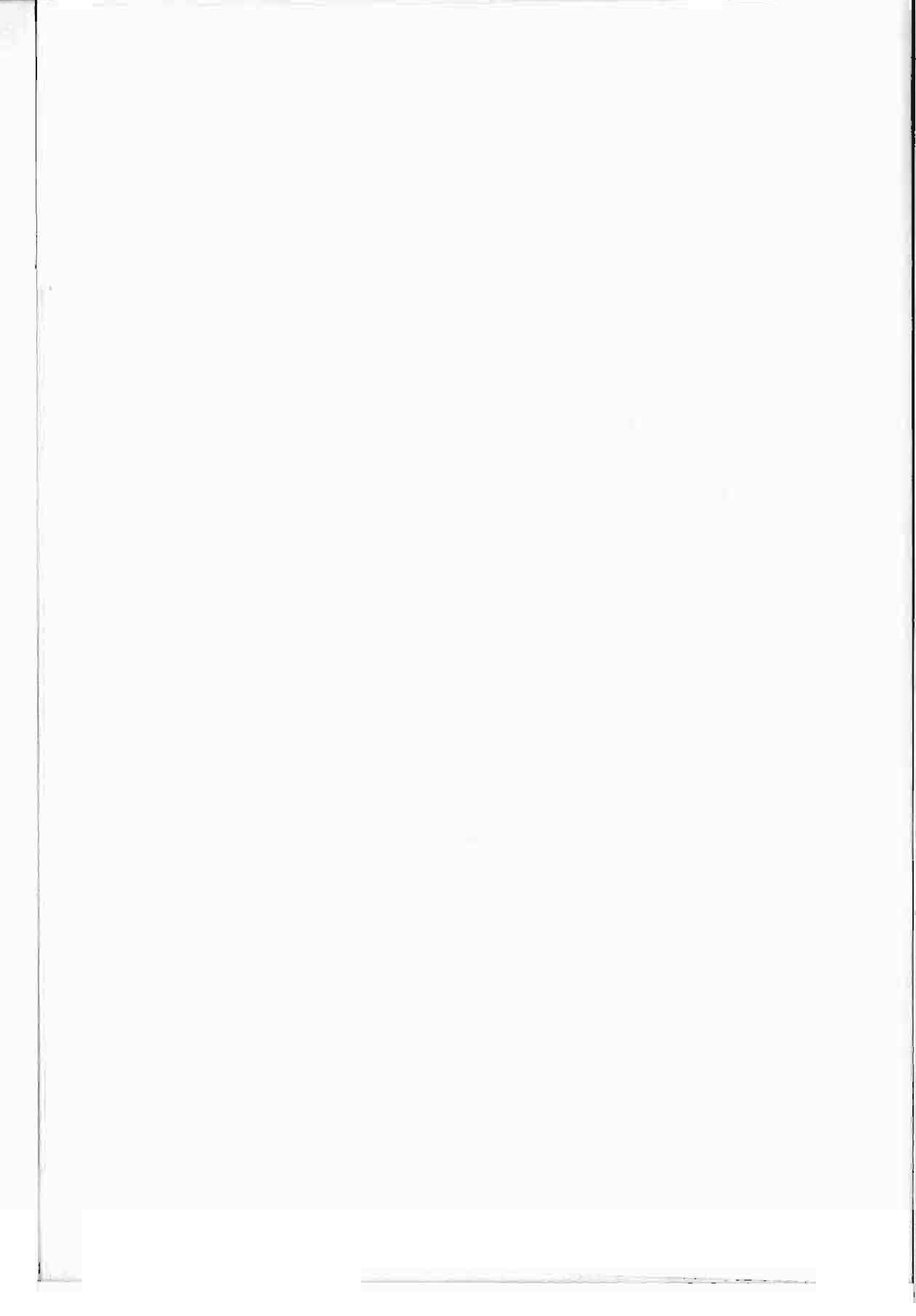
		<i>Fecha</i>
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Georges Vedel	Francia	1º julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalía	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. 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. 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. Saúl Litvinoff	EE. UU. de N. A.	22 agosto 2002
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003

## ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

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

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

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



I

DISERTACIONES EN SESIONES PUBLICAS





# HOMENAJE A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1853 EN SU SESQUICENTENARIO

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Valoración de la Constitución Nacional. — III. Relación de la Constitución de 1853 con la Constitución de los Estados Unidos de América. — IV. El preámbulo. — V. La supremacía de la Constitución. — VI. La institucionalización de la libertad en la Constitución de 1853. — VII. Colofón.

## I. Introducción

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires viene hoy, por mi intermedio, a rendir homenaje a la Constitución histórica al haberse cumplido el primero de mayo pasado los ciento cincuenta años de su sanción por el Congreso General Constituyente en la provincia de Santa Fe.

En miles de páginas y cientos de volúmenes se han escrito conceptos esclarecedores acerca de la significación, contenido y alcance de los ciento diez artículos que integran nuestra ley suprema. Todos, de una u otra manera, importan homenajes a la obra de los constituyentes de 1853, pero el que venimos a rendir en esta ocasión, para adecuarse al carácter de este acto académico y a las limitaciones que su tiempo impone, habrá de ceñirse a los aspectos más significativos que surgen de su contenido y de su vigencia como estatuto político de la Nación Argentina durante los ciento

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico Presidente, en la sesión pública del 8 de mayo de 2003.

cincuenta años en que ha regido sus destinos. Alabaremos las virtudes de las instituciones que ella ha creado, destacaremos su fuerza generadora que permitió el desenvolvimiento, crecimiento y apogeo de la Nación cuando fue debidamente aplicada y respetada. En horas de celebración omitiremos los aciagos episodios y sus consecuencias, que hemos vivido cuando se ha quebrado el orden jurídico que ella estructuró o decisiones de gobiernos se han apartado de sus preceptos o los han interpretado en abierta violación de su letra y de su espíritu o se han introducido reformas a su texto que contrarían el sistema de gobierno por ella establecido para la República Argentina o se han vulnerado sus declaraciones, derechos y garantías que aseguran la convivencia civilizada y jurídicamente organizada de una sociedad política cimentada en sólidas bases de una imaculada ética y moral públicas y privadas.

Con tales propósitos y dentro de los límites señalados, abordaremos los temas que hemos elegido para concretar el homenaje, que como Academia dedicada al derecho y a las ciencias sociales que tienen su más alta expresión en la Constitución Nacional y como argentinos orgullosos de serlo, le debemos, particularmente, en las horas difíciles que vive la República.

## II. Valoración de la Constitución Nacional

Para comenzar en el mismo día de su sanción, nada mejor que recordar las palabras del presidente del Congreso General Constituyente de Santa Fe, doctor Facundo de Zuviría, cuando expresó: "Acabais de ejercer el acto más grave, más solemne, más sublime, que le es dado a un hombre en su vida mortal: fallar sobre los destinos prósperos o adversos de su patria; sellar su eterna ruina o su feliz porvenir... Acabais también de sellar, con vuestra firma, vuestra eterna gloria y la bendición de los pueblos o vuestra ignominia en su eterna maldición. Dios nos salve de ellas siquiera por la pureza de nuestras intenciones".

En ocasión de recordarse los setenta y cinco años de su sanción, escribió Rodolfo Rivarola en el Prólogo de su libro *La Constitución argentina y sus principios de ética política*, en abril de 1928, que "La Constitución es un programa de acción. Vale decir, no es una meta, es simplemente, una estructura, un andamiaje, un medio para marchar hacia la perfección. Podrá haber sido mal interpretada, deliberadamente tergiversada o alterada en su esencia; todo ello no es óbice para que elevándose por encima de quienes no la supieron —o no quisieron— comprender, invalidando en los hechos sus grandes principios éticos y humanos en aras de un menguado

interés personal o de grupo, nuestra Constitución se nos presenta —cada vez más— como expresión de eterna gloria, que debe ser conservada y respetada, celosa y honradamente” (2a. ed., p. X).

Joaquín V. González dijo de ella que “Es uno de los instrumentos de gobierno más completos, más orgánicos, más jurídicos, sin ser por eso estrecho ni inmóvil, que hayan consumado los legisladores de cualquier país y época” (*Estudios constitucionales*, en *Obras Completas*, T. 12, p. 7 y stes.).

El decano de los constitucionalistas argentinos al día de hoy y también decano de los académicos de esta Corporación, doctor Segundo V. Linares Quintana, dice en pocas y elocuentes palabras que “La Constitución Argentina es una de las más sabias, humanas, prudentes y perfectas constituciones del mundo y, desde luego, la más generosa” (*Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 1, p. 453). Casi al día de hoy nos expresa Gregorio Badeni que a pesar de sus reformas “Prosigue siendo una Constitución personalista, cuyo único objetivo es concretar la libertad y dignidad del hombre como máximo valor en una escala axiológica a la cual se subordinan la grandeza del Estado, la superioridad de una clase social y cualquier otro valor transpersonalista autoritario” (*Instituciones de derecho constitucional*, 1997, t. 1, p. 140).

Si esta es la valoración de los constitucionalistas argentinos, entre los muchos que he omitido citar, es relevante recurrir a la opinión de un constitucionalista extranjero que al escribir sobre la Constitución Argentina dijo que “No es cosa de poner absolutamente en duda, que aquellos que dieron una Constitución a la Argentina fueron guiados por un sentido que tiene algo de milagroso” (Orlando, Víctor Manuel, *Carácter de la Constitución Argentina*, en *Jurisprudencia Argentina*, XXVIII, sec. doc., p. 121).

Un rasgo que debe resaltarse de la Constitución Nacional de 1853 con sus modificaciones de 1860, es que responde con amplitud a las necesidades que ha impuesto el cambio en los presupuestos políticos, económicos y sociales en el transcurso de su vigencia y así lo ha reafirmado esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en las declaraciones públicas que hizo en ocasión de la reforma que habría de sancionarse luego en 1994. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios de sus pronunciamientos ha dicho que la interpretación auténtica de la Constitución no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de la realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad, que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimen-

to, redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (*La Ley*, 1937, t. 6, p. 989).

Julio Oyhanarte, un jurista que preconizaba el estado de desarrollo y el cambio estructural en la Argentina, reconoce que "El estado de desarrollo surgido, entre nosotros, sin reforma de la ley suprema que lo consagre, fue posible merced al empleo oportuno y valiente de determinado método de interpretación constitucional—el método dinámico—principalmente tomando como pivot el art. 67, inc. 16 de la Constitución, que consagra la policía de prosperidad con clarividencia que sorprende" (*Poder político y cambio estructural en Argentina*, 1969, ps. 21 y 33).

Se vincula con este tema de la valoración de la Constitución, el de las preensiones reformistas que se han levantado en las últimas décadas y desgraciadamente concretado algunas de ellas. Como lo dijo la Academia en las declaraciones que antes he mencionado, las reformas han sido inconvenientes e inoportunas, pues han carecido del requisito fundamental para encararlas, esto es, de que sean necesarias. Recordemos lo que ya nos decía Alberdi de que "Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución. ¿Tiene defectos, es incompleta? No la reemplazeis por otra nueva. La novedad de la ley es una falta que no se compensa por ninguna perfección; porque la verdad excluye el respeto y la costumbre y una ley sin estas bases es un pedazo de papel, un trozo literario" (*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ed. Plus Ultra, 1980, Cap. XXXIV, p. 260).

Por los motivos que hemos mencionado anteriormente de no recordar en esta celebración, reformas o situaciones que constituyen nubarrones o puntos negros en el brillante esplendor que rige en su mayor parte la vida de nuestra Constitución de 1853 en un siglo y medio, no vamos a comentar las reformas de 1949, inspiradas en ideologías ajenas a las tradiciones republicanas, representativas y liberales de nuestro esquema constitucional, que importaron más que una reforma el desplazamiento de la Constitución histórica por otra Constitución bastarda, ni tampoco la reforma de 1994 que nos dio un sistema que varias veces hemos calificado de menos representativo, menos republicano y menos federal, respondiendo a los intereses espúreos de dos dirigentes políticos que, equivocadamente, creyeron que estaban investidos de la representación del pueblo argentino todo. El peligro reformista sigue latente al extremo de que ciertos dirigentes políticos han recurrido a proponer reformas constitucionales, cuando no tienen políticas concretas para poner en marcha a gobiernos que languidecen por falta de representatividad y de autoridad.

### III. Relación de la Constitución de 1853 con la Constitución de los Estados Unidos de América

Una cuestión que me parece digna de considerar en un homenaje a la Constitución Argentina, es la de si esta es o no una mera copia o imitación de la Constitución de los Estados Unidos, tema que ha dado lugar a abundante y medulosa literatura en nuestro derecho constitucional.

A pocos meses de sancionada la Constitución, Sarmiento dijo en su *Comentario de la Constitución de la Confederación Argentina* que "La Constitución Federal de los Estados Unidos ha recibido la sanción del tiempo y en su transcurso pasado por la criba del examen de cada una de sus frases, cada una de sus cláusulas, cada una de sus palabras. Centenares de volúmenes se han escrito comentándola, ilustrándola, y durante sesenta años los tribunales federales han dado decisiones judiciales sobre las materias regidas por aquella Constitución... Si nuestro país se constituye bajo el sistema federal y si adopta en su carta hasta la letra de aquella Constitución... vendría a ser para nuestros males lo que aquellas tisanas que traen envolviendo el frasco la instrucción para enseñar la manera de usarla. Sirva esta simple comparación para mostrar lo que nos hemos propuesto ... que es aplicar al texto de sus cláusulas (de la Constitución Argentina) las doctrinas de los estadistas y juristas norteamericanos y las decisiones de sus tribunales". Agrega el genial sanjuanino que "El derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante, en los puntos análogos e idénticos, hacen autoridad en la República Argentina, pueden ser alegados en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida, y adoptada su interpretación como interpretación genuina de nuestra Constitución" (p. 54). Sin duda que Sarmiento tuvo en cuenta la afirmación del diputado Gorostiaga en la sesión del Congreso Constituyente del 20 de abril de 1853, cuando afirmó que "El proyecto está vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos".

En inmediata y dura réplica Alberdi sostiene en el libro titulado *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853* que "Para disolver la unidad e integridad nacional de la República Argentina bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de Estados Unidos, convirtiendo en Estados a las que son y fueron Provincias de un solo Estado", agregando que "para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos... Nos consta que la moderna Constitución Argentina debe mucha par-

te de su doctrina política a los trabajos luminosos de Rossi sobre la organización helvética y a los trabajos de revisión emprendidos en Alemania y Suiza después de la Revolución de 1848" (ps. 335 y 346).

Rodolfo Rivarola en su libro antes citado relata —para reforzar la disidencia que hemos comentado— que da testimonio de la persistencia de Sarmiento el hecho de que, como presidente en 1869 al crear la cátedra de instrucción cívica y confiarla al entonces joven profesor D. José Manuel Estrada, dispuso en el decreto respectivo que el profesor enseñara como texto de clase "el libro que el célebre profesor José Story escribió para la Universidad de Harvard con el título *Breve exposición de la Constitución de los Estados Unidos*". Señala Rivarola —discípulo de Estrada— que el profesor nombrado puso el vigor de su juventud y de la mente en desentrañar la ley de lo más íntimo del génesis y evolución de la sociedad argentina y no explicó sus instituciones conforme a las que fueron producto de otro pueblo, de otro proceso histórico, de otra raza, de otra religión, de otra lengua, de otra mentalidad, de otra situación geográfica, de otra aptitud económica y de otra disposición social (2a. ed., p. XXXVII).

Matienco en su libro *El gobierno representativo federal* sostiene que la Constitución de 1853 es la obra de mayor sabiduría política que se ha producido en la República Argentina, que contiene la expresión de todos los principios liberales y republicanos que teóricamente han profesado los hombres eminentes y los partidos políticos desde la Revolución de la Independencia y al mismo tiempo, se ajusta a los hechos consumados y a la experiencia adquirida en los tiempos agitados que mediaron desde 1810 hasta 1852 (p. 86).

Sánchez Viamonte en su *Manual de derecho constitucional*, después de concluir en que no podían los constituyentes argentinos copiar al pie de la letra al federalismo norteamericano, aunque lo adoptaran como sistema en sus lineamientos generales, señala que median diecisiete diferencias entre ambas Constituciones, las que enumera con precisión y claridad, de las que me limitaré a mencionar algunas por razones de tiempo: a) La Constitución de los Estados Unidos necesitó la ratificación de los estados; la Argentina no requería esa condición; b) La Constitución norteamericana puede reformarse a solicitud de las dos terceras partes de las legislaturas locales; en cambio, las provincias argentinas no tienen personería para realizar esa gestión; c) Las enmiendas de la Constitución norteamericana necesitan para su sanción el voto de las tres cuartas partes de las legislaturas de los estados, mientras que las provincias argentinas carecen en ab-

soluta de voluntad constituyente en el orden federal; d) En materia de impuestos, la Constitución de los Estados Unidos no atribuye a la Nación los derechos de exportación, al contrario de lo que establece la Constitución Argentina y dentro del mismo tema, la Constitución de los Estados Unidos autoriza la existencia de aduanas entre los estados, mientras la Argentina las prohíbe a las provincias; e) En los Estados Unidos los estados locales pueden dictar la legislación de fondo, esto es, los códigos civil, penal, comercial y de minería; en la Argentina, eso es atribución exclusiva del Congreso Nacional para toda la República; f) En los Estados Unidos el Poder Judicial de la Nación no interviene en los juicios entablados por ciudadanos de un estado contra otro, o por extranjeros contra nativos. En la República Argentina, sí; g) En los Estados Unidos no existe la ciudadanía unificada de carácter nacional exclusivamente. En la Argentina, sí; h) En los Estados Unidos se requiere, como regla general, el consentimiento del Senado para los nombramientos que haga el Poder Ejecutivo. En la Argentina sólo en casos de excepción, expresamente establecidos, se necesita dicho acuerdo; i) El gobierno de los Estados Unidos no interviene en los estados locales, ni repone sus autoridades derrocadas ni las sustituye. El gobierno argentino puede hacerlo; j) En la Constitución de los Estados Unidos no hay ninguna disposición por la cual los gobernadores de estados son agentes naturales del gobierno federal, como lo establece para la República Argentina el artículo 110 de la Constitución de 1853. Concluye Sánchez Viamonte en que "Todo esto demuestra que el régimen federativo argentino está muy lejos de ser idéntico al norteamericano y que, en principio, no son aplicables en nuestro país ni la doctrina ni la jurisprudencia de Estados Unidos... La forma federativa es un sistema y también un método que es indispensable contemplar en la armonía de su conjunto integral de manera que hasta las disposiciones textualmente copiadas adquieren un valor y sentido distintos". (op. cit., ps. 81/83)

Siguiendo la opinión de González Calderón (*Derecho constitucional argentino*, t. I, p. 422), Padilla (*La Constitución de los Estados Unidos como precedente argentino*, p. 8) y Linares Quintana (*Gobierno y administración de la República Argentina*, t. I, ps. 195/198) concluyo en que la Constitución Argentina si bien siguió como molde o modelo a la de los Estados Unidos, no por eso es una copia o imitación de ésta, pero ello no justifica la categórica opinión de Sánchez Viamonte de que no son aplicables en nuestro país la doctrina ni la jurisprudencia de los Estados Unidos. Nuestra Constitución responde a una historia y antecedentes que le son propios, pero es innegable que tiene su filiación ideológica en la Constitución de los Estados Unidos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado sen-



tado que "Si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél, nuestras instituciones son originales y no tienen más precedentes jurisprudenciales que los que se establezcan en nuestros propios tribunales" (*Ferrocarril Central Argentino c. provincia de Santa Fe*, Fallos, LXVIII, p. 235) y que la interpretación auténtica de la Constitución "no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad, que le impide envejecer con el cambio de ideas, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación" (*Carlos H. Bressani y otros c. provincia de Mendoza*, La Ley, VI, p. 992).

Concluyo esta cuestión volviendo a citar a Rivarola, para quien la Constitución es "la filosofía del justo medio" en el sentido aristotélico y que la Constitución norteamericana no puede tener mayor autoridad de doctrina que la correspondiente a su categoría de dato de legislación comparada. Agrega dicho autor que comparar las leyes de otros pueblos meramente en su letra es poco favorable fuente de criterio, pues las leyes de cada pueblo no son más que expresión de su propia naturaleza y señala para terminar la cuestión, que en los fines generales de la Constitución de uno y otro país hay una gran diferencia en los preámbulos del Norte y de Argentina: aquél prometió todos sus beneficios *para nosotros y nuestra posteridad* —es decir, para los ciudadanos nativos—; la nuestra agregó a los mismos términos *y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*, es decir, la humanidad toda (op. cit., ps. XLIII y XLIV).

#### IV. El preámbulo

El preámbulo de una Constitución equivale a la exposición de motivos que precede la mayor parte de los actos legislativos o administrativos. Rivarola en su *Enciclopedia de la Constitución Argentina* (ed. Casa Coni, 1939, p. 481) nos enseña que el preámbulo explica, en primer lugar, la autoridad de la cual emana la norma constitucional; en segundo lugar, los fines de la Constitución; en tercer lugar, el cumplimiento y extensión de los fines; y, por último, la invocación a la protección divina y la orden imperativa.

Mitre, con la precisión que lo caracterizaba, dijo que el preámbulo de una Constitución es su síntesis. Como doctrina es un corolario, como precepto afirma la parte dispositiva, como jurisprudencia constitucional es la

antorcha, como comentario ilustra los puntos dudosos, como declaración de principios da su sentido filosófico a la Constitución, revistiendo la obra de ese carácter moral que debe presidir a las inspiraciones de los hombres y de los pueblos, en los momentos solemnes de su vida, dándose cuenta racional de sus propósitos, y elevando su corazón y su mente (*Convención constituyente de la provincia de Buenos Aires, 1870/71, t. I, p. 325*).

Sarmiento afirmaba que el preámbulo de las constituciones políticas es el resumen de todas sus disposiciones, el objeto que éstas se proponen seguir, y como una tesis que todos los párrafos siguientes vienen a comprobar (op. cit., ps. 53/4). En otros términos, el preámbulo es la pauta para la resolución de los casos dudosos, conformando su interpretación y práctica con los fines para que fueron adoptadas las siguientes disposiciones y el espíritu que prevaleció en su adopción. No obstante esa importancia y significación, el preámbulo no puede ser utilizado para dar al cuerpo constitucional otro significado que aquél que resulta claramente de su redacción, y si en los casos de ambigüedad, cuando la intención de los constituyentes no parece clara y definida, no puede jamás ser invocado para aumentar los poderes confiados al poder general, o a alguna de sus divisiones; por sí mismo no puede conferir ningún poder; ni aun puede por inducción servir para dar más amplitud a aquellos que han sido acordados de una manera expresa. En tal sentido, la Suprema Corte de los EE.UU. ha establecido que ningún poder para sancionar ningún estatuto deriva del preámbulo y que la Constitución es la única fuente de poder autorizativa de la acción de cualquier rama del gobierno federal (Story, J., op. cit., t. I, num. 225, p. 345).

Nuestros constitucionalistas se han ocupado de comparar el preámbulo de la Constitución nacional de 1853 con el preámbulo de la de los EE.UU. Se advierten importantes diferencias que tienen su explicación intrínseca, de carácter histórico. En efecto, el nuestro comienza diciendo *Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina*, mientras que el de Estados Unidos habla de *Nos, el pueblo de los Estados Unidos*. La diferencia reside en que los autores de la Constitución Argentina tenían poderes expresos para sancionarla, mientras que los constituyentes del Norte no contaban con una autorización semejante, por lo que ella debió ser sometida a la ratificación de los diversos estados locales. Dice a continuación nuestro preámbulo: *reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen*. Ello reconoce la personalidad política e histórica de las provincias argentinas, como base esencial del régimen federativo de gobierno que la Constitución adopta. En los Estados

Unidos, cuando terminó la guerra de secesión y los estados federales fueron sometidos a la Unión, la Constitución se vio obligada a reincorporarlos a la federación en las mismas condiciones de antes (González Calderón, op. cit., t. I, p. 407).

También hay diferencias en cuanto a los fines de la Constitución, pues mientras la Argentina alude a *constituir la unión nacional*, la estadounidense expresa *constituir una unión más perfecta*. Ello, en razón de que nuestra unión nacional no se encontraba constituida, pues el país no estaba organizado constitucionalmente, mientras que en los Estados Unidos bajo el régimen de los Artículos de Confederación y de Unión Perpetua, la unión no podía decirse que no existía, pero no era ella lo suficientemente perfecta como para satisfacer las aspiraciones del pueblo. *Afianzar la justicia* dice nuestro preámbulo, en tanto el de los Estados Unidos habla de *establecer la justicia*; expresiones gramaticalmente diferentes pero concordes en su objetivo de asegurar el imperio de la justicia en las respectivas naciones. Nuestro preámbulo sigue diciendo *consolidar la paz interior, proveer a la defensa común*, y la norteamericana alude a asegurar la tranquilidad, proveer a la defensa común. El concepto *consolidar* se ha entendido como más fuerte que el de asegurar, en razón de que, como hemos visto al señalar las diferencias entre ambas constituciones que tan bien puntualiza Sánchez Viamonte, el gobierno de los Estados Unidos no interviene en los estados locales, ni repone sus autoridades derrocadas ni las sustituye; en cambio el gobierno argentino puede hacerlo mediante el ejercicio del derecho de intervención a las provincias. Ambos preámbulos tienen un concepto común y sustancial: *promover el bienestar general*, que es la finalidad última del Estado constitucional, que lleva implícita una flexibilidad de adecuación de las variables políticas, económicas y sociales necesarias para asegurar el bien común.

Como ya hemos señalado en el capítulo anterior, nuestro preámbulo al referirse al cumplimiento y extensión de los fines de la Constitución expresa *para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*, mientras que el estadounidense se limita escuetamente a *para nosotros y nuestra posteridad*, es decir, para los nativos, mientras que en la Argentina los fines de la Constitución se extienden a toda la humanidad. Concluye el preámbulo argentino invocando *la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia*, mientras que esa invocación a la protección divina no aparece en la Constitución estadounidense. Alberto Padilla, antecesor en este sitio que ahora ocupo, tituló su conferencia de incorporación a la Academia

*La invocación del preámbulo*, con el objetivo fundamental no de analizar la estructura, contenidos, o significación de éste, sino destacar la relevancia que tiene la invocación a la protección divina. Recuerda Padilla que en las constituciones de Colombia, de Bolivia y de Chile se invoca a Dios, al Todopoderoso, Creador y Supremo Legislador del Universo y que Alberdi en carta que escribe a Mitre le dice: "Las Bases no son más porque ni el escritor ni el diputado hacen bases, las hace Dios". Por no haberse podido reconstruir los borradores del preámbulo, nos dice Padilla que no es posible saber quien fue el autor de esta frase, aunque piensa que ha sido Gorostiaga, pero de todas maneras admite la fe católica de los constituyentes cuando está acreditado que el presidente de la Asamblea invitó a sus miembros diciendo: "Vamos al templo a poner nuestros actos bajo los auspicios de la religión; ella protege nuestras puras intenciones".

## V. La supremacía de la Constitución

Bajo este título se enuncia el concepto de que en el orden legal nada hay superior a la Constitución; es el principio de la supremacía de la ley fundamental tanto en el ámbito federal como en el orden provincial. Ello está así preceptuado por el art. 31 de la Constitución histórica —que aún permanece intocado a pesar de que de ciertas reformas, que comentaremos más adelante, puede interpretarse que su redacción ha sido alterada—. Dice el referido artículo: *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859.*

El orden jurídico, integrado por normas variadas en cuanto a sus formas y contenidos, requiere que ellas se coordinen o armonicen entre sí. Kelsen enseña que existe una determinada gradación del orden jurídico en cuya virtud los diferentes niveles de normas conllevan a una consiguiente jerarquía entre ellas. La unidad del sistema jurídico requiere que la creación de una norma —la de grado más bajo— se encuentra determinada por otra —de grado superior—, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta (*Teoría general del derecho y del Estado*, ps. 127/8). Ya Estrada señaló que los habitantes del territorio de la República pertenecen a dos corporaciones: a la corpora-

ción nacional y a la corporación provincial; y no se puede concebir que obedezcan simultánea y conjuntamente a dos reglas que estuvieran en contradicción. Y como de ésta contradicción no podría resultar otra cosa sino la anarquía y el desorden, es menester proveer a los medios de que las provincias en ningún caso estatuyan contra la Constitución Nacional (*Lecciones sobre la historia de la República Argentina*, t. III, p. 98). Este criterio seguido por toda la doctrina constitucional respecto de estados de organización federal, deja por resolver el grado de primacía o jerarquía entre las leyes nacionales. Pero esa misma doctrina ha sido consteste en que la Constitución representa el grado supremo o, desde el punto de vista dinámico, la fuente, el principio del orden estático entero; no se encuentra, en la esfera del derecho interno, nada por encima de las reglas constitucionales, nada que le sea superior, porque no hay nada que le sea lógicamente anterior. Así lo es no sólo por el contenido de las normas que constituyen el basamento de todo el andamiaje jurídico de una Nación sino, además, por los órganos del cual las constituciones emanan, que es el poder constituyente que se considera jurídicamente soberano porque a él nada le obliga. La Constitución es la premisa mayor de la que las leyes derivan sus conclusiones; dice Sánchez Agesta que la Constitución es la fuente y las leyes el agua que corre por el cauce; aquélla el tronco y ésta las ramas y las hojas que viven de su sabia (*Lecciones de derecho político*, p. 384).

El artículo 31 de nuestra Constitución tiene su inspiración en la cláusula segunda del art. VI de la Constitución de los Estados Unidos, que establece: *Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que sean hechas en consecuencia de ella; y todos los tratados hechos o que sean hechos, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley de la tierra, y los jueces de cada estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier cosa en contrario en la Constitución o leyes de cualquier estado.*

Comentando la disposición norteamericana dice Story que "La Constitución teniendo en vista la concesión de poderes determinados, y su distribución entre los diferentes funcionarios, estando investidos los gobiernos de los estados y sus agentes, de poderes igualmente determinados y subordinados a aquellos que han sido acordados al gobierno general, todas las veces que surge una dificultad con motivo del ejercicio de un poder por algunos de los funcionarios de los estados o del gobierno federal, hacen necesario que esos funcionarios decidan primero si tal ejercicio es conforme a la Constitución. Del mismo modo, pueden suscitarse algunas dificultades con motivo del ejercicio en las funciones de las grandes

divisiones del gobierno, como por ejemplo los poderes ejecutivo, legislativo y judicial" (*Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1888, T. I, ps. 333/5).

A la jerarquía formal de la Constitución se agrega una jerarquía material de fines y valores que determinan la definición, interpretación y explicación del ordenamiento jurídico; esto es, que realizan la unidad estática y dinámica sobre la base de la Constitución. Esta establece únicamente una serie de competencias, instituyendo los órganos a quienes corresponde legislar, reglamentar, administrar, juzgar y sancionar, pero sin prever ni determinar el contenido concreto de estas diversas formas de actuación del poder. La unidad resulta exclusivamente de la jerarquía de competencias en que cada órgano inferior queda sujeto y determinado por el órgano que ejerce una competencia de rango superior.

Con mucha anterioridad a los constitucionalistas citados, Alberdi decía en el capítulo XVI de las *Bases* que la Constitución debe dar garantía de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella como se ha visto más de una vez. Que es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantías constitucionales. Da ejemplos ilustrativos diciendo que si la prensa es libre, no puede venir la ley orgánica de la prensa creando trabas y limitaciones a su ejercicio, que la deje ilusoria y mentirosa. Que si la Constitución dice que el sufragio es libre, no debe venir la ley orgánica electoral y a fuerza de requisitos y limitaciones excepcionales convertir en mentira la libertad de votar. Si la Constitución establece que el comercio es libre, no debe venir el fisco con sus reglamentos estableciendo limitaciones y restricciones.

La supremacía de la Constitución establecida por el art. 31 ya citado, encuentra su efectividad y resguardo mediante el control de constitucionalidad de las leyes, de los actos administrativos y de las decisiones judiciales que al poder judicial se asigna por el art. 100 de la Constitución histórica y, como consecuencia de ella, por la ley federal N° 48 que ha instituido, en su art. 14, el *recurso extraordinario* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que puede interponerse contra las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de las provincias cuando se haya puesto en cuestión la validez o la interpretación de alguna cláusula de la Constitución o un tratado o ley del Congreso y la decisión haya sido en contra de la validez de esas normas.

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el famoso caso *Mc Culloch c. Maryland*, dijo por boca del Chief Justice Marshall, "Que el gobierno de la unión, aunque limitado en sus poderes, es supremo dentro de su esfera de acción y que este gran principio es que la Constitución y las leyes hechas en consecuencia de la misma, son supremas; ellas controlan la Constitución y las leyes de los respectivos estados y no pueden ser controladas por éste".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido idéntico criterio a lo largo de su centenaria existencia. Entre otros fallos ha dicho que "Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. Tal atribución, es por otra parte, un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyentes y el legislativo ordinario que hace la Constitución" (*Municipalidad de la Capital v. I.G. de Elortondo*, Fallos, XXXIII, p. 194).

Como hemos dicho en párrafos anteriores, el art. 31 de la Constitución histórica continúa formalmente intacto, pero nuevas disposiciones incorporadas por la reforma constitucional de 1994 alterarían en nuestra opinión la lectura tradicional del mencionado artículo que, sumariamente, establece la siguiente gradación en el orden jurídico: 1) La Constitución Nacional; 2) Las leyes nacionales; 3) Los tratados internacionales; 4) Las leyes provinciales.

La reforma introdujo en el inc. 22 del art. 75 que establece las facultades del Congreso de la Nación una nueva norma que dice que "Los tratados y concordatos tienen *jerarquía superior a las leyes*". En el párrafo siguiente se enumeran diez *tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional*.

Asimismo, el inc. 24 faculta al Congreso a "Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden

democrático y los derechos humanos. Las leyes dictadas en su consecuencia *tienen jerarquía superior a las leyes*".

Como consecuencia de las modificaciones introducidas por los incisos mencionados, la escala jerárquica prevista en el art. 31 se ha modificado y es la siguiente: 1) La Constitución Nacional; 2) Los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional; 3) Los tratados de integración y los demás tratados internacionales que son superiores a las leyes pero no tienen jerarquía constitucional; 4) Las leyes del Congreso de la Nación; 5) Las leyes provinciales.

Si se acepta esta llamada escala jerárquica que resulta de la reforma constitucional de 1994, ¿se ha modificado o no el art. 31 antes transcrito?

Si la respuesta fuera afirmativa la reforma introducida por los incisos 22 y 24 del citado art. 75 sería nula de nulidad absoluta, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 6º y 7º de la ley 24.309 (Adla, LIV-A, 89) que convocó a la Convención Reformadora de 1994 y que disponían que ella no podía introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución, entendida como la que va del art. 1º al 35 y que, además, serían nulos de nulidad absoluta los actos de la Convención que se apartara de aquella disposición.

Los argumentos dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Fayt (El Derecho, 184-979)* son perfectamente aplicables al tema que ahora nos ocupa, pues la reforma de 1994 ha terminado modificando el art. 31, lo que le estaba vedado según las normas señaladas.

## VI. La institucionalización de la libertad en la Constitución de 1853

Hemos dicho en otra oportunidad que la libertad constituye la finalidad suprema del Estado constitucional o de derecho, cuya razón de ser es el amparo y la protección de aquélla mediante la sumisión y acomodación al derecho del organismo estatal íntegramente considerado. El concepto de libertad, institucionalizado en la Constitución, supone una doble noción. En primer lugar, comprende la noción de la *libertad política* que consiste en la participación de la ciudadanía en el manejo de los negocios públicos y, en segundo lugar, la noción acerca de la *libertad civil*, considerada como un verdadero objetivo para cuya consecución todas las cosas son simple medios, incluso el gobierno (García Belsunce, *Vigencia del libe-*



*ralismo*, en separata de Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, año 2000).

La libertad política se entiende como el conjunto de atribuciones reconocidas ordinariamente a favor del ciudadano, para realizar la renovación periódica del gobierno de régimen republicano, sin imposición, sea de parte de cualquier autoridad lo mismo que de cualquiera agrupación o partido. Esto que comúnmente se conoce con el nombre de libertad electoral, no es todo lo que comprende la libertad política, pues ésta está también integrada por la libertad de prensa y la libertad de asociación. La libertad civil comprende toda la vida de relación jurídica de una sociedad y tiene su fuente principal en el derecho natural, del que derivan para el hombre derechos superiores a los del Estado, en cuanto éste no sólo debe respetarlos, sino también asegurarlos y garantizarlos.

La libertad política encuentra su limitación en el régimen o sistema representativo adoptado por el art. 1º de la Constitución, reafirmado en el art. 22 que dice que el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Una y otra de las libertades señaladas no son absolutas sino relativas, en cuanto hace a la esencia del régimen republicano el llamado gobierno limitado o de poderes limitados, que inspira nuestra Constitución por su esencia liberal y que se concreta en normas positivas que reflejan el principio de la limitación en tres órdenes de relaciones: a) En cuanto al Estado respecto de los individuos, al reconocer a éstos los derechos y garantías que hacen a su libertad política y civil, autolimitándose no sólo implícitamente, por vía de ese reconocimiento, sino explícitamente cuando enuncia en el art. 28 que los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio; b) En cuanto a los individuos frente al Estado, a la comunidad y a los demás individuos, al admitir que no hay derechos absolutos, pues ellos están supeditados a las leyes que reglamentan su ejercicio, según lo dispone el art. 14; y c) En cuanto al pueblo soberano, al establecer, como queda dicho en su art. 22, que él no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes (García Belsunce, *Garantías constitucionales*, Ed. Depalma, 1984, p. 30).

La limitación recíproca de derechos entre el Estado, la sociedad y los individuos se concilia, en el sistema republicano representativo, con el deber del individuo de servir al Estado. Dos conceptos que integran, a su vez, los de orden y progreso en la sociedad jurídicamente organizada y de naturaleza pluralista, en contraste con un Estado monolítico y totali-

tario, donde el gobierno y el Estado lo son todo y el individuo nada. En nuestro sistema institucional el fin es el individuo; cosa distinta es que los intereses individuales deban subordinarse a los intereses superiores de la Nación, pues éstos nunca deben implicar la negación de aquél concepto-fin.

Dentro de las libertades civiles, podemos distinguir, en relación de género a especie, las llamadas libertades económicas que surgen de los artículos 14, 14 bis, 16, 17 y 20 de la Constitución Nacional. Estas libertades económicas no son el resultado de una ejemplificación al azar tendiente a reconocer derechos que hacen a la esencia de la vida del hombre en comunidad, sino la expresión de un sistema que surge, en primer lugar, del sistema político de la Constitución, el republicano representativo, pues no pudieron los constituyentes haber insertado una cuña en la Constitución introduciendo un sistema económico antagónico, ni siquiera susceptible de entrar en colisión con el sistema político liberal instituido. En segundo lugar, porque esas libertades económicas no son sino la expresión de un sistema implícito en la Constitución Nacional, que surge de la doctrina o escuela económica que inspiró a los constituyentes y que, sin dogmatismos, se expresa en normas precisas que, aunque no existieran, no podrían negarse ni desconocerse porque importan, como hemos dicho, derechos anteriores al Estado que éste en su Constitución reconoce y garantiza. Hemos dicho también años atrás que no puede haber libertad política sin libertad económica en una sociedad de naturaleza pluralista, pues es imposible conciliar un individuo sometido económicamente al Estado, desposeído de la propiedad de todos o parte de los medios de producción, sometido a autorizaciones, limitaciones y controles en el quehacer propio de su subsistencia y desarrollo, con el individuo libre y soberano para expresar sus ideas políticas y ejercer los derechos políticos y civiles que le garantiza la Constitución Nacional (García Belsunce, op. cit., p. 32 y 33).

Algunos llamados "liberales políticos" que defienden los principios de la libertad en el terreno político, hacen la apología del intervencionismo estatal en materia económica. Aquí cabe hacer una digresión. Una cosa es la intervención del Estado en la economía, dentro de ciertos límites y en ciertas situaciones, y otra la intervención como política de objetivo esencial, que es para nosotros lo que realmente se debería llamar intervencionismo. En su adaptación a la realidad moderna el liberalismo admite la intervención del Estado, pero no para sustituir al individuo ni para trabar la competencia o crear monopolios de hecho o de derecho, sino para ins-

tituir y hacer respetar la existencia de un marco adecuado para que la realidad económica pueda desenvolverse libremente, facilitando la iniciativa individual y la libre competencia, mediante la regulación de aquellos aspectos del mercado que no están en condiciones propicias para ello, actuando siempre *subsidiaria y supletoriamente* para lograr los objetivos de la comunidad, esto es, el *bien común* (García Belsunce, *Nociones de desarrollo económico*, 1960, en *Estudios financieros*, ed. Abeledo - Perrot, 1966, p. 10).

### VII. Colofón

Para cerrar este homenaje nada mejor que repetir palabras de ilustres constitucionalistas, frente a las cuales resultarían deslucidas las que pudiéramos expresar de nuestra propia autoría. El convencional constituyente de 1853, Juan María Gutiérrez, sintetizó como el mejor elogio que "La Constitución es la Nación hecha ley" y Rodolfo Rivarola dejó sentado un mandato para las generaciones venideras que nosotros debemos repetir: "Para los que vengan debemos los de la hora presente una palabra de fe y de estímulo; perseverar en el examen y aún en la crítica de la Constitución, como el credo de un pueblo que quiere ser libre y que ama el bien, tiene un ideal y siente la pasión por la patria. Los que vemos próximo el término de la jornada decimos a los jóvenes de hoy para que trasmitan a sus descendientes: mantened el amor por la libertad, el derecho y la justicia; ellos están en el más breve de los "corpus juris", el libro más pequeño en formato y el más grande en su acción y en sus consecuencias" (Prólogo de *La Constitución Argentina y sus principios de ética política*, p. XLVII).

Señoras y Señores:

Todo sesquicentenario supone un previo centenario. La Constitución de 1853 también lo tuvo, pero se silenció. El gobierno que regía los destinos del país en 1953 ignoró la celebración que correspondía por varios motivos. En primer lugar, porque el texto histórico fue reemplazado en 1949 mediante una reforma que, más allá de la significación de este concepto, importó sancionar una nueva constitución inspirada en ideologías ajenas al sistema republicano, representativo y liberal de 1853, como lo he dicho al comienzo de mi disertación, y el homenaje a ésta implicaba el repudio, expreso o tácito, a la reforma de 1949. En segundo término, porque el homenaje habría llevado a

exaltar valores, principios, derechos y garantías que habían sido sistemáticamente negados por el gobierno. Además y principalmente, porque la libertad de expresión oral o escrita de las ideas políticas había sido cercenada y sancionada aún con violencia y desconocido el derecho de reunión para celebrar actos públicos, que requerían el previo permiso policial.

No obstante el contexto político en que vivíamos, un grupo de ciudadanos nos reuníamos periódicamente, en distintos lugares, para cambiar ideas en materia política y tratar de vislumbrar una salida al futuro.

En una de esas reuniones, en los primeros días del mes de abril de 1953, se trató como tema principal el homenaje al centenario de la Constitución que se cumpliría el 1º de mayo siguiente. Descartamos la realización de un acto público, por las razones que acabo de comentar. Concluimos en que nos limitaríamos a suscribir una declaración de homenaje. Acto seguido, hubo que elegir al redactor. Por unanimidad la elección recayó en el doctor Carlos Sánchez Viamonte, destacado constitucionalista. Pero, tomar contacto con él para pedirle que aceptara esa tarea, no era fácil, pues el doctor Sánchez Viamonte estaba detenido por razones políticas en la penitenciaría de la calle Las Heras.

Con sorpresa, pero sin preguntar por qué, recibí el encargo de cumplir esa misión. Acreditando mi condición de abogado, no tuve ningún inconveniente en entrevistar al doctor Sánchez Viamonte. Impuesto del objetivo de mi visita, aceptó con gusto la proposición, la que calificó de honrosa. Días después volví para recibir el documento.

Quedó todo listo y preveíamos reunirnos para suscribirlo y luego buscar otras adhesiones. Pero, los hechos políticos son siempre impredecibles. El 15 de abril, con total impunidad, hordas de seguidores del partido gobernante, incendiaron las sedes de partidos políticos opositores: la "Casa Radical", la "Casa del Pueblo" del partido socialista, el inmueble del partido demócrata de la calle Rodríguez Peña, y la sede del Jockey Club de la calle Florida.

Visité al doctor Emerio Tenreyro Anaya para entregarle la declaración. La firmó y me dijo que no era el momento para hacer reuniones, pues algunos de nuestros contertulios habían sido detenidos. Me recomendó que lo visitara al doctor Alfredo L. Palacios y que siguiera buscando firmas, pero con mucha cautela. Así lo hice y cuando tenía diez firmas hablé con el doctor Tenreyro Anaya para decidir si seguíamos en la búsqueda de adherentes.

Concordamos en que no valía la pena seguir si no resolvíamos el problema de su publicación y difusión. Nada se pudo lograr en este orden, a pesar de que —como Vds. oirán— la declaración en modo alguno atacaba al gobierno, pero no dejamos de advertir que lo irritante eran los firmantes.

Desde entonces ha quedado esta declaración entre mis recuerdos, en el más absoluto secreto, pues ni mis cofrades conocían esta parte no programada del acto. Considero que hoy es la oportunidad para darla a conocer, rememorando aquél centenario del que no estuvimos ausentes y a los dignos ciudadanos que inspiraron ese homenaje y que ya no están con nosotros. Después de leerla, quiero entregarla a la Academia para que la preserve en sus archivos.

Su texto dice así:

*“Declaración de homenaje”*

“La Constitución de 1853 fue la realización concreta del espíritu de la Revolución de Mayo. Su sanción puso término a la incertidumbre institucional; estableció un orden jurídico integral y estable, de forma republicana y de contenido democrático; aseguró la convivencia pacífica de la sociedad, hasta entonces agitada y turbulenta, y le ofreció las garantías éticas y jurídicas de la libertad individual y de las correlativas limitaciones al poder público.

“Eso basta y sobra para comprometer la gratitud de un pueblo que se dio libremente una Constitución para sí y para su posteridad, como una puerta que se cierra sobre el pasado histórico, —sin desdeñarlo ni olvidarlo—, al mismo tiempo que se abre sobre la perspectiva infinita del mejoramiento social.

“Fruto genuino de su tiempo y de su medio, la Constitución argentina fue, sin duda, la imposición de lo que Fernando de La Salle llamaba “factores reales de poder”, pero no es posible desconocer su eficacia como instrumento y cauce de todas las posibilidades de justicia que caracterizan la inquietud social de un momento histórico y su necesaria proyección sobre el futuro.

“En nuestros países americanos la costumbre y el derecho se integran recíprocamente, y es difícil saber cuándo la costumbre crea el derecho y cuándo el derecho crea la costumbre. Por eso, una Constitución, si es li-

bremente elaborada y sancionada, asume en estos pueblos el carácter de una lección de cosas y de un programa mínimo de realización inmediata, sin excluir el programa máximo y remoto de aspiraciones idealistas virtualmente contenido en aquél. Eso es lo que permite a una sociedad moverse y crecer holgadamente, del mismo modo que se lo impediría el chaleco de fuerza de la violencia y de la opresión autocrática.

“Los constituyentes sancionaron la Constitución Argentina de conformidad con la mejor técnica de su tiempo, pero hicieron algo más importante todavía: le insuflaron el más noble y generoso espíritu universalista de justicia, de libertad y de solidaridad humana sin restricciones. Ningún interés mezquino, ninguna pasión subalterna interfirió su tarea, y ahora, al celebrarse el centenario de la Constitución del 53, cumplimos deber genuino y leal de argentinos al rendirle emocionado homenaje de gratitud, sean cuales fueren las desviaciones que su previsión no pudo evitar.

“Sería injusto dejar en el olvido a los grandes espíritus que dieron contenido al alma nacional representada en la Constitución del 53 y que, como Moreno, Rivadavia, Echeverría y Alberdi están presentes en la obra del Congreso de Santa Fe, prestándole su inspiración. Con los ojos puestos en esos hombres y en otros muchos que concurrieron a nuestra organización nacional y que, guiados por el pensamiento de Mayo, dieron su contenido moral a la patria, nos declaramos orgullosos de ellos y de la Constitución que fue su obra, en representación de nuestros padres y de nuestros hijos y en nombre del derecho, de la justicia y de la libertad.”

Buenos Aires, abril de 1953.

Firmado: Carlos Sánchez Viamonte, Alfredo L. Palacios, Nicolás Romano, Emerio Tenreiro Anaya, José Noguero Armengol, Jaime Kronhaus, César A. García Belsunce, Horacio A. García Belsunce, (hay una firma ilegible).

Señor Vicepresidente, académico doctor Alberto Rodríguez Galán: Le ruego quiera recibir este documento en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

## PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (\*)

Dentro de los actos y trabajos encarados por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires para conmemorar el sesquicentenario de la Constitución Nacional de 1853, me es grato presentar hoy al académico titular doctor Félix Alberto Trigo Represas, quien disertará sobre el tema *Los derechos personalísimos en la Constitución nacional y el derecho civil*.

El orador, que fue designado académico titular de esta Corporación en junio de 1987, marcha a la vanguardia de los civilistas argentinos en su calidad de profesor titular regular de la Universidad Nacional de La Plata, profesor titular emérito de la Universidad Católica de esa ciudad y como autor de importantes y numerosas publicaciones en la materia. No voy a hacer otras referencias más a su personalidad, porque no estoy haciendo la presentación de un nuevo recipiendario sino la de un distinguido cofrade.

Si, en cambio, deseo hacer una breve introducción al tema señalado. En nuestra Constitución histórica de 1853 no aparecen expresamente señalados o reconocidos los ahora llamados derechos humanos y derechos personalísimos, pero sin embargo, ambas categorías están en parte explícitas y en otra parte implícitas en el texto de 1853, cuando en el artículo 19 dice que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan 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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado

---

(\*) Palabras del Académico Presidente en el acto público en homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario, el 22 de mayo de 2003.

de lo que ella no prohíbe". Los artículos 14, 15, 16 y 18 declaran y garantizan los derechos de los habitantes de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender; que en la Nación Argentina no hay esclavos; que todos sus habitantes son iguales ante la ley; que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, como así también su domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. Pero la más amplia disposición abarcativa de los derechos personalísimos se encuentra en el artículo 33 cuando dice que "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

La reforma de la Constitución en 1994, pese a las objeciones y reparos que sobre ella mantenemos, reconoce en su artículo 42 la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. La incorporación a la Constitución Nacional de tratados internacionales, a los que se ha dado jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dictada en Bogotá en 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969, ratificada por la ley 23.054 de 1984 (Adla, XLIV-B, 1250), reconocen explícitamente los derechos a la vida, a la integración personal, a la protección de la honra y la dignidad, a la libertad de conciencia y de religión, a la libertad de pensamiento y de expresión, a la protección a la familia, al derecho al nombre y a la nacionalidad, junto con otros derechos políticos, económicos, sociales y culturales.

Los derechos humanos que han sido materia u objeto de legislación, tratados y convenciones numerosos en el siglo XX, al decir de nuestro académico titular Germán J. Bidart Campos "sitúan una de las materias que atañen a los derivados del íntimo rasgo de humanidad". El adjetivo "humanos", que no está expresamente enunciado en la Constitución Nacional de 1853, pero si implícito como acabo de señalarlo, es abarcador del orden jurídico completo en sus inevitables vínculos con las personas. Pero, como lo señala con acierto el académico titular doctor Santos Cifuentes, los llamados derechos personalísimos están en una relación de especie frente al género de los derechos humanos y, para señalar un matiz de separación con aquéllos, dice que no hay derechos que estén más unidos a la persona y nacen de su entraña misma, pues 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.

Doctor Trigo Represas: perdone esta intromisión en su tema, hecha a título introductorio, y háganos conocer su autorizada opinión en un aspecto tan particular de las relaciones del derecho constitucional con el derecho privado, que enriquecerá nuestro homenaje al sesquicentenario que celebramos. ♦

# LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL DERECHO CIVIL

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. La protección constitucional de los derechos personalísimos. — III. La coincidencia de la doctrina civilista. — IV. Los derechos personalísimos. — V. Consideración en particular de los principales derechos personalísimos. — VI. Colofón.

## I. Introducción

Se ha dicho, y es en alguna medida verdad, que “la Constitución Nacional ha sido una fuente normativa muy poco utilizada por el Derecho Privado, durante un largo período histórico. Los autores civilistas, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil no sentían la necesidad de fundar las instituciones en la Constitución, ya que les bastaba con el Código Civil. Esta tendencia sólo cambió cuando ya estaba muy avanzado el siglo XX, ... en que se comenzó a tratar de vincular las reglas del derecho privado con la Constitución Nacional” (1).

De todas maneras esa ya es una situación definitivamente superada, que se fue revirtiendo paulatinamente por obra de nuestra doctrina y de la jurisprudencia, en atención a que los derechos fundamentales de la per-

---

(\*) Disertación del Académico, en la sesión pública del 22 de mayo de 2003.

(1) LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños” en el “Numero especial del Suplemento de Derecho Constitucional” 2003/04/24, p. 106, sobre “Aniversario de la Constitución Nacional”, p. 106. N° II.

sona humana ya estaban consagrados y protegidos en el texto de nuestra Constitución Nacional de 1853; de forma que el amparo más esencial y trascendente de aquéllos provino desde siempre, nada más y nada menos, que de nuestra propia Magna Carta.

Con este entendimiento y queriendo brindar un merecido homenaje "jusprivatista" a la Constitución Nacional de 1853, es que hemos de ocuparnos a continuación de la protección constitucional de los derechos fundamentales de la persona humana.

## II. La protección constitucional de los derechos personalísimos

Ha señalado acertadamente la doctora Kemelmajer de Carlucci, "que el Derecho y su progreso suponen siempre, como valor esencial, el respeto por la persona humana. El hombre es el centro del mundo y, por ende, del mundo del Derecho. Por eso, en nuestros días, es indudable una creciente atención del derecho por la persona humana en su realidad global y en todos sus valores" (2). Siendo precisamente con relación a tal "persona" que se ha utilizado la expresión "derechos humanos", elaborada en el Derecho Público y Constitucional, que involucra a la calidad de hombre y descarta a los demás sujetos activos; como igualmente se ha empleado el término "derechos personalísimos", creado en el ámbito del Derecho Privado, que sin embargo se refiere también a la persona de modo excluyente (3).

Por su parte un distinguido representante del derecho civil italiano, el profesor Guido Alpa, ha precisado que aún en los países en los cuales sus Códigos Civiles son antiguos y no han sido integrados, modificados o reformados, el principio de la intangibilidad de la persona humana y los aspectos que se derivan de la personalidad, están disciplinados por la ley fundamental, es decir por la Constitución; añadiendo que: "*Elevar a la dignidad constitucional los aspectos de la persona es una conquista reciente y surge de los valores fundamentales de los ordenamientos democráticos*" (el destacado es

---

(2) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?" en el N° 1 de la "Revista de Derecho Privado y Comunitario" sobre "Daños a la persona", p. 69 y sigte., n° I-1 Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Julio de 1995.

(3) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Las normas fundamentales de derecho privado", p. 235 sigte., n° II-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.

nuestro) (4). Siendo por ello que bien se ha podido sostener que: "El cambio en el modo de pensar de los privatistas deriva, fundamentalmente, de la aceptación de un enfoque sistémico del Derecho y que, dentro de este sistema, en el conjunto normativo, la Constitución configura el vértice o núcleo. Hay, entonces, una tendencia a la publicitación de muchos temas del Derecho Privado, la Constitución impone, entonces, una nueva lectura, una relectura, de los Códigos y, en general, del llamado Derecho derivado" (5).

Sin embargo, entre nosotros esa protección constitucional de los derechos personalísimos no resulta ser nada nuevo, sino todo lo contrario, atento que, como ya se ha dicho y se reitera ahora, los mismos siempre estuvieron protegidos en el texto de nuestra Constitución Nacional de 1853; amparo al que luego se fueron sumando los textos de algunas constituciones provinciales, el aporte de la labor hermenéutica de nuestra doctrina y de la jurisprudencia de nuestros Tribunales, e incluso también la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de distintos "Tratados Internacionales" sobre derechos humanos, ratificados y convertidos en ley por el Congreso Nacional, los que igualmente son entonces parte de la "la ley suprema de la Nación", juntamente con la propia "Constitución" y "las leyes de la Nación", con ajuste a lo establecido en el artículo 31 de esa misma Constitución del año 1853 (6).

---

(4) ALPA, Guido, "I principi generali", en el "Trattato di Diritto Privado" a cargo de Giovanni Iudica y Paolo Zatti, Milano, Giuffrè, p. 187, 1993; MONTI, Eduardo Jorge, "La persona humana como centro del Derecho Civil en los albores del siglo XXI" en *La Ley Actualidad* del 24 de agosto de 1995, p 1, n° II.

(5) KEMELMAJER DE CARLUCCI, "El daño a la persona..." cit. en, p. 70, n° 1-3el N° 1 de la "Revista de Derecho Privado y Comunitario".

(6) Entre otros, muy especialmente, la "Convención Americana de Derechos Humanos" o "Pacto de San José de Costa Rica", ratificada por la ley 23.054; y también: la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", formulada en 1948 en la IXa. Conferencia Internacional Americana reunida en Bogotá; la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre" aprobada por las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948 y ratificada por la ley 12.838 (Adla, 1946, 6); el "Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", con su Protocolo facultativo, emanados de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y ratificados por nuestro país mediante la ley 23.313 (Adla, XLVI-B, 1107). En nuestra Corte Suprema se discutió sobre la vigencia de esos tratados y su operatividad, habiendo mantenido dicho Tribunal una postura que negaba el carácter operativo de esos "Tratados" hasta que no existiese una reglamentación. Pero en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich", con la disidencia del doctor Belluscio y una posición intermedia de los doctores Petracchi y Moliné O'Connor, la Corte Suprema decidió por mayoría que el tratado es por sí operativo si está suficientemente descripto el supuesto de hecho y la norma no es meramente programática (fallo del 7/7/92, La Ley, 1992-C, 543 y ED, 148-339).

Sobre el respecto en dicha Constitución Nacional de 1853, y sin que ello haya sido alterado para nada por la ulterior reforma de 1994, ya se contemplaban: en su artículo 14 el derecho a trabajar, ejercer industria lícita, navegar y comerciar, peticionar a las autoridades, circular por el territorio, publicar las ideas por la prensa sin censura previa, usar y disponer de su propiedad, asociarse con fines útiles, profesar libremente el culto, enseñar y aprender; en el 15 y 16 la igualdad ante la ley; en el 17 la inviolabilidad de la propiedad privada; en el 18, además de las garantías penales, a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados; en el 19 el derecho a la privacidad que tienen todos los hombres; y en el 20 los derechos de los extranjeros, que "gozan... de todos los derechos civiles del ciudadano".

Además también tiene raigambre constitucional en el texto del citado artículo 19, cuando excluye de "la autoridad de los magistrados" a "las acciones privadas de los hombres" que no "perjudiquen a un tercero", el principio del "alterum non laedere" o deber de "no dañar a los demás" de la compendiosa fórmula de Ulpiano, es decir la obligación de conducirse en la vida en sociedad con la debida prudencia y diligencia, de forma que el comportamiento de cada uno no ocasione daños a los demás, sea en sus personas o en los bienes y cosas de su pertenencia (7); tal como muy bien lo señalara el fallo de la Corte Suprema Nacional del 5 de agosto de

(7) ALTERINI, Atilio Anfbal, "Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil", p. 72 y sigtes., n° 74, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970; BOFFI BOGGERO, Luis María, "Tratado de las obligaciones", t. 2, p. 93 y sigtes., § 396, Buenos Aires, Astrea, 1973; BUERES, Alberto J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en "Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe", p. 149 y sigtes., n°s. 3 y 4, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1989; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 111, n° 177, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; GHERSI, Carlos Alberto, "Reparación de daños", p. 175 y sigtes., n°s. 1 y 2, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1989; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en el "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, t. 5, p. 5, § 8, Buenos Aires, Astrea, 1984; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", t. III, p. 614 y sigtes., n° 2208-b y nota 13, Buenos Aires, Perrot, 1973; Cámara Nacional Civil, sala C, 15/8/89, "Polino c. Volpato", La Ley, 1990-A, 334 y JA, 1989-IV-467; íd. 6/9/88, "Parras c. Arzobispado de Buenos Aires", La Ley, 1989-B, 491; Suprema Corte de Buenos Aires, 3/5/83, "Claudel c. Furst Zapiola", ED, 105-174; Cám. Civ. Com., San Martín, sala IIa., 11/11/86, "A. Q., J. R.", Doctrina Judicial 1987-1-845; Cám. Civ. Com. Morón, sala IIa., 5/2/87, "Altamirano c. Cerámica Martín SA", La Ley, 1987-D, 373; etc. Comparar: MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", t. I, p. 37, n° 16, Buenos Aires, Ediar, 1971; ORGAZ, Alfredo, "La ilicitud (Extracontractual)", p. 28, n° 4, Córdoba - Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1973; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, "Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol", trad. de Delia García Daireaux, t. V, p. 24, n° 899, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1965.

1986, recaído en los autos "Gunther c. Estado Nacional", en cuyo considerando 14 se sostiene que: "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero. El principio del "alterum non laedere", entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica" (8). Sobre todo lo cual coincide Mosset Iturraspe aunque partiendo desde una óptica inversa, cuando afirma que: "*Hay en rigor un derecho del cual es titular toda persona a no ser dañado. Los bienes-vida humana y los bienes-intereses son bienes jurídicos y el menoscabo a los mismos configura un daño injusto. En tanto el interés de la víctima no sea contrario al derecho, es un 'interés legítimo' y, por tanto, merecedor de protección. Todo ello conduce a una serie abierta de ilícitos resarcibles, a la atipicidad del ilícito. La antijuridicidad está dada, entonces, por la transgresión de la regla primaria 'neminem laedere' ...*" (9).

En tanto en nuestro Código Civil sólo se encuentran algunas disposiciones aisladas sobre el tema: como el art. 1075, que se refiere a derechos que se confunden con la existencia de la persona, o el art. 1068 que establece que habrá daño siempre que se lo causare a otro "o directamente en las cosas de su dominio, o indirectamente a su persona o a sus derechos y facultades" (10); sin perjuicio asimismo del comienzo de la nota al art. 2312, ya en el Libro dedicado a los derechos reales, en donde se lee que: "Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales como ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc.". Empero corresponde señalar que los derechos personalísimos también se encuentran protegidos en nuestro Código Penal,

---

(8) C.S.N., 5/8/86, "Gunther c. Gob. Nac.", ED, 120-524, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., "Base constitucional del resarcimiento por daños sufrido en acto de servicio militar" y "Fallos" 308-1139. El mismo criterio ha sido luego reiterado más recientemente en fallo del 25/9/97, "L., B. J. c. Policía Federal Argentina", La Ley, 1998-E, 528 y JA, 1998-I-97.

(9) Mosset Iturraspe, Jorge "El Estado y el daño moral", nota a fallo en La Ley, 1986-D, 2 y sigte., n° III; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Responsabilidad por daños (Elementos)", p. 22 y sigtes., n° 4 y p. 153 y sigtes., letra "F", Buenos Aires, Depalma, 1993.

(10) LORENZETTI, "Las normas fundamentales del derecho privado" cit., p. 238, n° II.4.

que reprime como delitos cualquier forma de ataque a la vida e integridad física, al honor, a la honestidad sexual, y a la libertad; e igualmente en nuestro Código Civil, que en sus arts. 1084 a 1090 se ocupa específicamente de la indemnización correspondiente a diversos "delitos contra las personas", y en sus arts. 1068, 1069, 1071 bis, 1078, 1083 y concordantes, trata genéricamente de la reparación de los daños patrimonial y moral.

Por lo demás, como bien lo destaca el doctor Rivera, el reconocimiento del "status" constitucional de los derechos personalísimos, así como en general el rango constitucional de un texto o de un principio de cualquier índole, engendra al menos dos importantísimas consecuencias: 1) que la ley contraria al texto o al principio resultará inconstitucional, lo que así deberá ser declarado por los jueces a pedido de cualquiera de las partes; y 2) que el juez, como todos aquellos que aplican los textos legales, habrán de interpretarlos dándoles la comprensión más acorde con la norma constitucional superior, la cual puede decirse, preordina y dirige en cierto modo el entendimiento y la hermenéutica de todos los textos referidos a la materia que a ella atañe (11).

### III. La coincidencia de la doctrina civilista

Coincidentemente con todo lo precedentemente expuesto, hace ya algo más de medio siglo atrás que el distinguido civilista rosarino doctor Roberto H. Brebbia, al ocuparse específicamente del daño moral, señalaba por primera vez que tanto el "Preámbulo" de nuestra Constitución Nacional, donde "se aseguran los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino", como las normas contenidas en los artículos 14 y siguientes, "constituyen verdaderos preceptos legales de Derecho Privado en cuanto consagran y enumeran *los derechos de la personalidad y patrimoniales que forman la esfera jurídica dentro de la cual se mueven las personas*"; añadiendo que por ello "se hace indispensable considerar que *la Constitución Nacional, en el Preámbulo y en los artículos precedentemente citados, protege ampliamente la personalidad moral y material de los individuos que habitan el territorio argentino*" (12) (el destacado es nuestro). Y

---

(11) RIVERA, Julio César, "Instituciones de derecho civil. Parte general", t. II, p. 29, n° 729, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993.

(12) BREBBIA, Roberto H., "El daño moral", p. 158 y sig., n° 76, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1950.

ello es así pese a que el reconocimiento de tales derechos en la Constitución Nacional tiene una finalidad predominante de amparar al individuo contra los avances del poder público; ya que sin duda lo protegen también contra la acción ilícita de otros particulares, por lo que tienen asimismo un valor preponderante en la esfera del derecho privado. "Por esta razón —se ha dicho—, la Constitución es fuente de Derecho Privado, no sólo en cuanto fuente mediata sino en tanto contiene disposiciones que están dirigidas a los ciudadanos y tienen operatividad directa"; "...la constitución es una ley positiva y puede ser alegada en los tribunales" (13); o, desde un punto de vista inverso pero a la postre conducente a lo mismo, que: "el derecho civil, en cuanto protección del individuo, en cuanto tutela de la personalidad, se va constitucionalizando progresivamente" (14).

También resulta muy ilustrativo sobre el respecto, el tratamiento que mereciera la cuestión de "Los Derechos de la Personalidad y su Protección Legal" en el seno de la Comisión N° 2 encargada de ese tema, en el "Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil" que se celebrara en la ciudad de Córdoba del 22 al 27 de setiembre de 1969. En el mismo en definitiva fue aprobada como "Recomendación N° 2", el texto propiciado en el Despacho minoritario de aquella Comisión (15) del siguiente tenor: "El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, recomienda: Se incluyan en el Código civil o en leyes especiales, *preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional del respeto a la personalidad humana*, como puede ser, entre otros, los relativos a los derechos a la intimidad, a la imagen y a la disposición del propio cuerpo" (16) (el subrayado es nuestro). Pudiendo además destacarse que, en rigor, a pesar del importante debate registrado en esa "Comisión" del "Tema N° 2" con relación a los dos despachos propuestos, en el fondo siempre existió coincidencia en

---

(13) LORENZETTI, "Las normas fundamentales de derecho privado" cit., p. 204, n° 2.

(14) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema" en *La Ley*, 1993-D, 676, n° III-2; id. "El espíritu del derecho civil moderno, la tensión entre personas, economía y dogmatización" en *La Ley*, 1992-C, 1103, n° VIII.

(15) Dicho despacho fue suscripto por los doctores José María López Olaciregui, José María Puccio, Luis F. Bouzat, Iván Díaz Molina, Lisardo Novillo Saravia, Ernesto Nieto Blanc y Humberto Guillermo Carranza.

(16) "Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil", Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Instituto de Derecho Civil, "Henocho D. Aguiar", t. II, p. 828, 1971. Los antecedentes, despachos y debates obran en el t. I, ps. 95 a 128.



cuanto a que: los derechos de la personalidad "existen con absoluta prescindencia del reconocimiento que de ellos haga de una manera expresa el legislador. Es decir que son pre-existentes a la normación positiva, que se encuentran, por otra parte, amparados por la Constitución Nacional y que, para usar una expresión del Código austríaco, constituyen presupuestos lógicos de la personalidad" (doctor Jorge A. Carranza) (17); o que "...constituyen elementos fijos e inmutables, que con valor de dogmas eternamente verdaderos integran el derecho natural y forman parte del conjunto de principios generales del derecho que aparecen en nuestra Constitución Nacional" (doctor César Augusto Abelenda) (18); o, en fin, que: "los derechos de la personalidad están incluidos en la Constitución Nacional. En el artículo 14, en el artículo 20, en el artículo 18 de la Constitución Nacional, nosotros encontramos reconocidos implícitamente estos derechos de la personalidad. Si mal no fuera vendría aquí la consideración del derecho a la vida. Todos los derechos enumerados en el artículo 14 presuponen necesariamente la existencia de este derecho a la vida; y *sin este derecho a la vida los demás derechos no serían nada*. Entonces, es un derecho no enumerado, es uno de esos derechos que llamamos "derechos naturales" fundamentales del hombre. El derecho a la vida y el derecho a la integridad corporal se apoyan en la naturaleza humana, en la dignidad excelsa del hombre, inviolable como tal para todo hombre, de modo que deben ser protegidos..." (doctor Antonio B. Bettini) (19).

Por todo lo cual bien cabe hablar de la existencia de un "Derecho Civil Constitucional", "sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la constitución, relativos a la protección de la persona en sí misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial, en el orden de sus relaciones jurídicas privadas generales, y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles, que tienen por finalidad fijar las bases más comunes y abstractas de la regulación de tales relaciones y materias, a las que son susceptibles de aplicación inmediata o pueden servir de marco de referencia de la vigencia, validez e interpretación de la normativa aplicable o de pauta para su desarrollo" (20).

(17) "Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil" cit., t. I, p. 104 y sigte.

(18) "Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil" cit., t. I, p. 111.

(19) "Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil" cit., t. I, ps. 116 y 117.

(20) ARCE y FLORES-VALDEZ, Joaquín, "El derecho civil constitucional", p. 178, Madrid, Civitas, 1986; LORENZETTI "Los derechos fundamentales del derecho privado" cit., p. 203, nº II, 1.

Sucede sin embargo, que la doctrina jurídica nacional en materia de derecho patrimonial y de la responsabilidad civil, es de neta inspiración europea, en tanto que por el contrario nuestra Constitución Nacional tiene una indudable raigambre anglosajona, lo cual ha dado lugar a que la Corte Suprema se remita habitualmente a la jurisprudencia de su similar de los Estados Unidos, que es la intérprete constitucional en aquel país; la Corte cita preferentemente pues a autores norteamericanos, mientras que la doctrina jusprivatista ocurre comúnmente a los autores franceses, italianos y alemanes. No tratándose por cierto de una cuestión puramente académica, dado que el derecho continental europeo está basado en el capitalismo, con muchas regulaciones, participación estatal y orientación social, mientras que el anglosajón es estrictamente liberal; todo lo cual puede tener su importancia a la hora de legislar, interpretar y aplicar el derecho (21).

#### IV. Los derechos personalísimos

Diremos siguiendo a la doctora Zavala de González, que: "*el daño moral incide sobre lo que el sujeto es*" y constituye un "perjuicio susceptible de apreciación dentro de la óptica del entendimiento, de la sensibilidad o de la voluntad de la persona" (22).

Y con relación a lo que el hombre es, cabe recordar que el mismo cuenta con un conjunto de atributos de la personalidad, cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de la misma personalidad humana. En este sentido ha dicho Rivera que: "Los derechos personalísimos —también llamados derechos de la personalidad— son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles "erga omnes", *que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad*" (23) (el destacado es nuestro). Tales "derechos personalísimos" protegen como bien jurídico a los

---

(21) LORENZETTI, "Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema" cit. en La ley, 1993-D, 674, nº II-1.

(22) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "El concepto de daño moral", en JA, 1985-I-729, nº V; ídem, "Resarcimiento de daños", t. 2-a, p. 36, § 8, Buenos Aires, Hammurabi, 1990. Y en similar sentido: BREBBIA, "El daño moral" cit., p. 54, nº 14.

(23) RIVERA, ob. cit., t. II, p. 7, nº 716.

presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal: de una parte la paz, la privacidad, la libertad individual, y sobre todo la vida, la salud y la integridad psicofísica de los seres humanos, es decir todo lo que puede resumirse en el concepto de "*seguridad personal*", al que se aludía en el primitivo texto del art. 1078 del Código Civil; y de otra el honor, la honra y pudor sexual, los sagrados afectos, etc., o sea lo que se conoce como "*afecciones legítimas*", también según la primigenia redacción del ya mencionado art. 1078 del Código Civil.

Estos derechos personalísimos presentan una serie de características o notas que los definen como tales. Ante todo son extrapatrimoniales y no susceptibles de ser evaluados adecuadamente en dinero. Además se adquieren y pierden con independencia de la voluntad de sus titulares; ya que el derecho o bien considera a los hombres como originariamente dotados de tales atributos por el sólo hecho de ser personas físicas —vida, integridad corporal, libertad, honor, honra, sagrados afectos, etc.—, o bien se le atribuye automáticamente como consecuencia de un determinado estado o situación —autoridad moral del padre, fidelidad entre los cónyuges, etc.—. Están asimismo fuera del comercio jurídico, siendo por ello: incesibles, inenajenables (arts. 953, 1.444 y concordantes del Código Civil) e inembargables. Y por último son absolutos, por cuanto resultan oponibles "*erga omnes*".

Siguiendo a Cifuentes podemos formular una clasificación tripartita de tales derechos personalísimos: 1) los que hacen a la *integridad física* y le permiten ejercitar facultades sobre el propio cuerpo: desarrollarlo, aprovecharlo y defenderlo; dentro de los cuales se encuentran: *la vida*, que se identifica con la existencia vital del cuerpo, y *la salud* y medios para preservarla u obtenerla; 2) *la integridad espiritual*, que comprende el honor, la honra, el derecho a la propia imagen (art. 31 de la ley 11.729), la privacidad (art. 1071 bis del Código Civil, agregado por la ley 21.173 —Adla, XXXV-D, 3595—), y el secreto (art. 18 de la Constitución Nacional y 153 y sigtes. del Código Penal); y 3) *la libertad* (arts. 14 y 15, Constitución Nacional), que se conecta con la expresión de las ideas, realización de actos jurídicos, el empleo de la fuerza física y espiritual de cada uno (24).

Por lo demás, tal tutela de la persona humana comienza desde la misma concepción en el seno materno o fecundación del óvulo femenino, instante en que aparecería el nuevo ser con vida propia aunque *dependiente*;

---

(24) CIFUENTES, Santos, "Los derechos personalísimos", p. 177, nº 7, Buenos Aires - Córdoba, Ed. Lerner, 1974.

dado que desde entonces comienza propiamente la existencia del hombre conforme al art. 70 de nuestro Código Civil, puesto que las personas por nacer pueden ya adquirir derechos por donación o herencia (art. 64, Código Civil) y aun a "alimentos", aunque pudiese no corresponderle a su madre si por ejemplo se tratase del fruto de una unión extramatrimonial. Por otra parte la vida misma del "nasciturus" se encuentra protegida desde entonces, mediante la incriminación del aborto como delito criminal en los arts. 85 y siguientes del Código Penal.

Asimismo como contrapartida, dicha protección se extiende hasta la muerte o fin de la existencia de las personas físicas, y todavía si se quiere más allá, dado que existe la posibilidad de disponer sobre el ulterior destino del propio cadáver, en cuanto por ejemplo a su cremación o a alguna forma especial de tumulación, y aún por vía de la donación "post-mortem" de órganos para su trasplante a otros seres humanos vivos, lo que hoy se encuentra previsto y regulado en la ley sobre esa materia 24.193 del año 1993 (Adla, LIII-B, 1344).

#### V. Consideración en particular de los principales derechos personalísimos

Pasamos ahora a ocuparnos concretamente de entre esos derechos "personalísimos", de algunos a los que consideramos más trascendentes, teniendo en cuenta además que han sido objeto de pronunciamientos judiciales.

1) *Derecho a la vida, a la integridad física o incolumidad del cuerpo y a la salud.* Tal vez pueda decirse que en un orden jerárquico de derechos, el valor vida está antes que los otros valores que emanan del hombre como ser moral, porque suprimida la vida no cuentan ya los otros bienes jurídicamente protegidos; y en este sentido ha podido decir Jorge Bustamante Alsina que: "*La vida del hombre es un derecho de la personalidad que el orden jurídico ampara junto con la integridad física, la salud, la libertad, el honor, la imagen, y el secreto de la vida privada.* Desde el punto de vista del pensamiento lógico, la vida es una categoría esencial o existencial a la cual se subordinan las demás categorías que, como cualidades propias del hombre, lo ubican en el plano ontológico. *Puede afirmarse así que la vida es, en el orden de los derechos de la personalidad, el primero y, por ello el principal entre todos ellos, pues si se suprime la vida dejan de existir los demás derechos personalísimos que como atributos o calidades adjetivas del ser humano comienzan y terminan con su existencia*"; agregando que: "El derecho a la vida subsume el derecho a la integridad corporal y el derecho

a la salud, pues si bien el ataque a la vida significa el fin de la existencia del hombre, *la violación de la integridad corporal y cualquier perjuicio a la salud, constituyen un menoscabo a la plenitud de la existencia misma aunque no produzcan la muerte. El cuerpo humano es el "sustractum" de la persona y todo avance sobre él atacando su integridad o el goce de la salud, compromete el aspecto biológico de la existencia que es en relación al hombre un valor absoluto*" (25). Aunque también se ha sostenido que todos los valores son de idéntica jerarquía, por cuanto "el interés jurídico que protege es el goce o satisfacción que los bienes que se busca preservar producen a la persona humana, cuya unidad como ser ético físico no tolera el ataque o desconocimiento de cualquiera de ellos, que son parte inescindible de su existencia misma"; o sea que, al margen de que "la existencia física no experimente ningún ataque, el desmedro de los otros bienes significará la privación de su goce, frustrándose así un interés legítimo que el ordenamiento jurídico no puede dejar de repudiar como un agravio a la dignidad del hombre" (26).

Los derechos a la vida y a la integridad corporal, o a seguir viviendo con la misma plenitud de que se gozaba, están protegidos penalmente con la tipificación como delitos y su correspondiente sanción del: homicidio (arts. 79 y sigtes. Código Penal), la instigación o ayuda al suicidio (art. 83, Código Penal), y las lesiones (arts. 89 y sigtes. del mismo Código); y civilmente mediante el deber de resarcir los daños causados a la persona de otro, en sus arts. 1084 y 1.085 —delito de homicidio— y 1086 —delito de "heridas u ofensas físicas"—.

Y en lo que atañe a la Constitución Nacional, ella que está inspirada en principios cristianos, según resulta de la invocación a Dios en el Preámbulo como fuente de toda razón y justicia e igualmente del sostenimiento del culto católico, apostólico y romano en su art. 2º, también tutela la vida y la integridad física de las personas que habitan el suelo argentino, según resulta corroborantemente de su art. 18, que prohíbe la pena de muerte por razones políticas, los tormentos y los azotes. Asimismo la Constitución Nacional comprende en su protección a las libertades e igualdades civiles

---

(25) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "La voluntad de cada uno es el sólo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo", nota a fallo en La Ley, 1991-B, 364.

(26) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La informática y la protección del secreto de la vida privada", p. 291, en el N° 24 de los "Anales" de la "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", año XXXI, Segunda Epoca, 1986.

(arts. 14, 15 y 16), las que contienen los derechos de la personalidad en sus mismas entrañas (27). El "derecho a la vida" está protegido también en el art. 4º de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250)" y en el art. 3º de la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre"; y el derecho a la integridad personal, comprensivo de la "integridad física, psíquica y moral" en el art. 5º de la primera. En algunas constituciones provinciales existe además el reconocimiento expreso del derecho a la vida desde el momento de la concepción en el seno materno, como ocurre con la de Córdoba reformada en 1987, art. 19 inc. 1º; la de Salta de 1986, art. 10 inc. 1º y la de la Provincia de Buenos Aires reformada en 1994, art. 12 inc. 1), que acuerda a "todas las personas en la Provincia... entre otros, ...los siguientes derechos: 1) A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural".

Nuestra Corte Suprema Nacional ya había resuelto en su fallo de fecha 6 de noviembre de 1980, en donde se registra además una medulosa disidencia de fundamentos de los doctores Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino, que el derecho a la vida es el primero de todos los derechos personalísimos y el valor supremo, ya que si no se está vivo no se puede gozar de los demás derechos, "*primer derecho natural de la persona, preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitucional Nacional y las leyes*", al igual que el derecho a la salud y a la integridad corporal —doctrina de su artículo 33— (28). Debiendo mencionarse que en fecha más próxima se volvieron a reiterar esos mismos principios, en otro pronunciamiento de nuestro Superior Tribunal con distinta integración, en el cual se dijo que: "encontrándose comprometidos *los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona —preexistentes a todo ordenamiento positivo—*, no cabe tolerar ni legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resulten incompatibles con el recto ejercicio de la medicina" (29).

Dentro de esta tendencia cabe también ubicar, a aquellas decisiones judiciales que *han colocado por encima de todo la libertad individual del enfermo, en algo tan personal como lo es el disponer de su propio cuerpo*, para

---

(27) RIVERA, ob. cit., t. II, p. 28, nº 729.

(28) C.S.N., 6/9/80, "S. y G., C.G.", en La Ley, 1981-A, 401 y ED, 91-266, con nota aprobatoria de Germán J. Bidart Campos "Interpretación constitucional y legal. Vida, integridad corporal, familia y justicia".

(29) C.S.N., 24/10/89, "Amante c. Asociación Mutual Transporte Automotor", en JA, 1990-II-126 y ED, 136-679.

resolver que el mismo no puede ser obligado coactivamente a una terapia a la cual no desea someterse, sea por razones religiosas o por cualquier otro motivo, en tanto dicha negativa no implique riesgos para terceros sino únicamente para la propia vida o salud del paciente; lo cual es así, por cuanto la voluntad sana de cada persona es el solo árbitro de una intervención médica, aunque la falta de ésta pueda conducirle a la muerte (30). En este sentido, un ejemplo muy significativo lo constituye un fallo de la sala B de la Cámara Nacional Civil, que condenó a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por una persona que había sido internada en un hospital, en el que se le suministraron medicamentos contra su voluntad y sin cumplirse exactamente con las previsiones de la ley 22.914 (Adla, XLIII-D, 3763) (31). E igualmente puede mencionarse a un fallo del 3 de mayo de 1991 del juez doctor Pedro C. F. Hooft, a cargo del juzgado N° 3 en lo Criminal de Mar del Plata, en el cual se hizo lugar a un amparo y se condenó a una obra social a proporcionar a un enfermo el medicamento que necesitaba para hacer posible su tratamiento de hemodiálisis, sin correr el riesgo propio de las transfusiones sanguíneas que sin aquél habrían sido necesarias; en dicho fallo se lee que: "la afiliación compulsiva a una obra social crea una serie de derechos y deberes recíprocos tanto respecto de la obra social, como respecto del afiliado; de parte de este último, su deber de aportar. Su cumplimiento genera para el afiliado derechos referidos a una concreta y eficaz asistencia en la preservación de su salud, derechos éstos que no pueden ser desconocidos arbitrariamente por la entidad prestataria, la obligación a cargo de una obra social incluye de manera ineludible la provisión de medicamentos con cargo a la propia obra social" (32).

---

(30) BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", t. 1, p. 212 y sigtes., § 17-a)-1, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1992; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil" cit., p. 521, n° 1389; GUASTAVINO, Elías P., "Negativa a aceptar una transfusión de sangre", nota a fallo en La Ley, 1976-C, 4, n° IV y ps. 7 y sigtes., n° IX; MOSSET ITURRASPE, Jorge "Responsabilidad civil del médico", p. 171, n° 8, Buenos Aires, Astrea, 1979; ORGAZ "La ilicitud" cit., p. 163, n° 4 y p. 175 y sigtes., n° 9; TOBIAS, José W., "El consentimiento del paciente en el acto médico", en ED, 93-803, n° 1; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Consentimiento y lesión quirúrgica" en JA, Doctrina 1973-383, n° II-4, y p. 392 y sigtes., n° XI; Cam. Fed. Comodoro Rivadavia, 15/6/89, "Bahamondez, Marcelo", ED, 134-297; Cam. Nac. Civil, sala H, 21/2/91, "J., J.", en JA, 1992-II-306 y La Ley, 1991-B, 364, con nota aprobatoria de Bustamante Alsina; ídem sala G, 11/8/95, "G.", con nota de Carlos E. Colautti "Acercas de la obligación de someterse a tratamiento médico", en La Ley, 1996-C, 390; etc.

(31) Cam. Nac. Civil, sala B, 26/10/90, "M., M.A. c. H., M. y otro", en ED, 141-755 y La Ley, 1991-D, 203.

(32) Fallo del 3/5/91, "in re": "Navas c. Instituto de Obra Médico-Asistencial", en La Ley, 1991-D, 79.

Pero según veremos a continuación, la tutela constitucional no se agota por cierto en los referidos valores sobre la vida y la integridad psicofísica de las personas.

2) *El derecho a la intimidad* o "right of privacy" del derecho anglosajón, cuyo reconocimiento en el "common law" se remonta al caso: "Prince Albert c. strange", referido a ciertos dibujos realizados por la Reina Victoria y el Príncipe Alberto, que los mismos guardaban para si, y de los cuales obtuviera el demandado unas copias que además intentó exhibir; siendo por ello y a pedido de los actores que el tribunal hizo lugar a un mandamiento para impedir tal exhibición.

El respeto de la vida privada es un derecho que consiste en que los demás no intervengan en la vida de uno, dañándolo, incomodándolo o afligiéndolo; es decir es el derecho a permanecer aislado, solo, y a no ser arrastrado a la publicidad —según dichos del juez Cooley—. O sea que lo que está en juego es la debida protección de aquella parte de la existencia del hombre que se excluye de la actividad pública y a la cual los terceros no tienen en principio acceso; a fin de asegurarle al individuo el secreto y la tranquilidad que merece como ser humano.

El mismo aparece amparado por el art. 19 de la Constitución Nacional, cuando establece que: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan 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*"; y también por el 18, en cuanto ampara la inviolabilidad del domicilio, correspondencia y papeles privados. Bajando un escalón en el orden jerárquico de las normas jurídicas, tenemos la protección del Código Penal en sus arts. 150 a 152 —violación de domicilio— y 153 a 157 sobre violación de secretos. Y desde el punto de vista civil, luego de la frustrante experiencia de la derogada ley 20.889 (Adla, XXXIV-D, 3344), el derecho a la intimidad quedó consagrado por la ley 21.173 (Adla, XXXV-D, 3595), que incorporara al Código Civil el art. 1071 bis, que prevé el cese de toda actividad que implique entrometerse arbitrariamente en la vida ajena, perturbando su intimidad, amén del derecho del damnificado a una indemnización pecuniaria. Y agregamos que también algo similar estaba ya contemplado en el art. 31 de la ley 11.723 con relación al retrato fotográfico de una persona, el que no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento del interesado (33).

---

(33) Cám. Nac. Civil, sala C, 6/5/82, "Grondona c. Radio Victoria", ED, 99-714.



Ya en otro plano tenemos en la "Convención Americana de Derechos Humanos" el art. 11 inc. 2 que dispone que: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia..."; lo cual concuerda con lo dispuesto en el art. 12 de la "Declaración Universal de Derechos Humanos".

Sobre el respecto también se ha expedido la Corte Suprema Nacional en sentencia del 11 de diciembre de 1984 (34), con motivo de la publicación en la revista "Gente" de una fotografía del líder de la Unión Cívica Radical doctor Ricardo Balbín, mientras se hallaba agonizando en la sala de terapia intensiva del Sanatorio "Ipenza" de la ciudad de La Plata; decidiendo que el derecho a la privacidad de los individuos se fundamenta en el art. 19 de la Constitución Nacional y comprende no sólo a la esfera doméstica, sino también el círculo familiar y de amistad, y otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, siendo obvio que en dicho caso el ataque se produjo al derecho a la intimidad familiar de la esposa e hijos del nombrado, que resultó vulnerado por la indebida utilización de la imagen del doctor Balbín en tan penosas circunstancias. El respeto de la vida privada es un derecho de la personalidad, cuya jerarquía no es menor que la del derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, al honor, a la preservación moral de la creación intelectual, etc., pues todos ellos no son sino los atributos esenciales de la persona, inseparables de su condición humana y cuyo desconocimiento implicaría aniquilar su existencia física y moral como individuo y como ser social.

Y volviendo al ya citado art. 31 de la ley 11.723, recordemos que el mismo considera lícita la comercialización de la foto si medió consentimiento del interesado. Aunque sin embargo bien puede ocurrir que el fotografiado hubiese dado su consentimiento para la divulgación del retrato o su exhibición pública en determinadas condiciones o dentro de un cierto contexto, que es luego desvirtuado por quién la publica. Dicen Zannoni y Bísaro que en rigor, la cuestión vincula la protección del retratado sobre su imagen, con la protección del derecho del autor del retrato, se trata de las dos caras del mismo fenómeno: el derecho del autor cuando confecciona o fija la imagen, y el del retratado en resguardo de su propia persona; por lo que habrá que precisar los límites que deberá respetar quién obtuvo la fotografía, procurando que esa imagen sea utilizada dentro del contexto en miras del cual se otorgó el consenti-

---

(34) "In re": "Ponzetti de Balbín c. ed. Atlántida", La Ley, 1985-B, 114, JA, 1985-I-513 y ED, 112-242.

miento por el fotografiado (35). Nuestra jurisprudencia cuenta en este sentido con importantes antecedentes, algunos de los cuales se pasa a considerar.

Tal lo ocurrido en el caso de una alumna de golf del profesor Eduardo Massuco, fotografiada por un reportero gráfico del diario "Clarín" en el campo municipal, y que supuestamente se iba a publicar en un suplemento de ese diario dedicado a la mujer en el deporte. La nota se publicó sin embargo sin esas fotografías y casi dos años más tarde la empresa periódica utilizó de su archivo las mismas, para ilustrar un artículo sobre las dificultades físicas de la mujer que tiene un fibroma uterino. Ello dio lugar a una demanda de daños, invocándose la violación de dos derechos personalísimos: la imagen y la intimidad. En ambas instancias se hizo lugar a la acción y la Cámara en lo Civil dijo que aún de haberse probado la autorización de la actora para ser fotografiada, fue clara la desviación del consentimiento, ya que se había dado para una determinada exhibición y que *todo cambio viola ese derecho*; siendo obvio que la distorsión existe cuando se publican las fotos dos años después y con otro fin, aun cuando en el texto de la nota no se hiciese alusión directa a la persona fotografiada. Se entendió que había daño moral, atento que en la nota que ilustraban tales fotos se hacían consideraciones sobre la sexualidad y la medicina uterina, lo que, se dijo, constituye un campo reservadísimo de la mujer, el cual resultó ofendido por la publicación. En este caso el entonces camarista doctor Cifuentes dijo que, a través de la difusión de la imagen, se habían avasallado los derechos personalísimos de la integridad espiritual de la persona: la imagen ante todo, que además fue el destacado vehículo para atacar: al honor, por el contexto pseudo injurioso de la publicación, y la intimidad, por introducir lo público en una actividad privada y lícita (36).

En otro caso, la modelo Gabriela Sean demandó por la publicación en la revista "Ahora", de unas fotos suyas tomadas en un desfile de modas, pero que en la referida publicación aparecían como propaganda del negocio "Doña Flor y ...". La acción pretendía la reparación del daño patrimonial, por no haber recibido la correspondiente retribución, y el moral por las molestias sufridas por la publicación de su imagen en una revista de corte

---

(35) ZANNONI, Eduardo A. - BISCARO, Beatriz R. "Responsabilidad de los medios de prensa", p. 113 y sigte., § 24, Buenos Aires, Astrea, 1993.

(36) CNCiv., sala C, 2/2/88, "Tvcki c. Clarín Arte Gráfica Editorial Arg.", JA, 1988-II-43.

sensacionalista. En primera instancia se acogió la demanda con fundamento en el art. 1071 bis del Código Civil; en tanto que la Cámara entendió que cuando una modelo se dedica a hacer difusión de su imagen y exhibe en público modelos de ropa femenina, admitiendo ser fotografiada en el desfile, el hecho de la publicación de esas fotos sin su expreso consentimiento no implica intromisión en su vida privada; pero que si existe aprovechamiento de una imagen ya pública para un fin no consentido, lo cual encuadra el caso en el art. 31 de la ley 11.723. Solo se ha afectado el bien de la "imagen" —dijo el camarista doctor Cifuentes—, al utilizarse una foto tomada en un desfile público para un fin distinto, como lo es la propaganda mediante fotografía en un medio de circulación amplio (37).

Otro caso de utilización indebida de una imagen obtenida con consentimiento, fue el del actor Carlos Grondona, quien prestó su conformidad para ser fotografiado desempeñándose como camarógrafo en un set de T.V., atento que se le informó que las tomas iban a ser utilizadas para ilustrar una "ambientación"; en tanto que luego se emplearon para la promoción de un producto comercial. El pronunciamiento consideró que cuando el consentimiento fue dado para un tipo de exposición, *todo cambio viola el derecho*, ya que la eficacia de aquél debe estar circunscripta a los límites de lo establecido. En suma, se hizo lugar a la indemnización por daño moral, aun cuando las características del retrato no trajeran aparejada una lesión al honor, ni un descrédito para la personalidad del actor (38); pero se rechazó el daño patrimonial, por cuanto como el actor no era modelo publicitario, no se advertía como la difusión de su imagen con fines publicitarios podía afectar su patrimonio.

Del último párrafo del art. 31, resulta que es de libre publicación el retrato que se relacione con acontecimientos de interés público o de hechos sucedidos en público. Respecto de lo primero, se ha señalado que corresponde distinguir en cada caso si se trata de la reproducción de la imagen del individuo o la del hecho o acontecimiento público. Por ejemplo en las fotos obtenidas en una revista militar, actos políticos, eventos deportivos, manifestaciones populares, etc., puede suceder muy bien que la figura retratada no sea más que un elemento del acontecimiento público que se quiere dar a conocer; pero es necesario que de la composición de tal foto-

(37) CNCiv., sala C, 2/5/89, "Sean c. Chami", JA, 1990-1-364.

(38) CNCiv., sala C, 6/5/82, "Grondona c. Radio Victoria S.A.", ED, 99-714; ídem sala G, 28/3/95, "Meneghel c. Ed. Perfil S.A.", ED, 164-396; Juzgado de 1a. Instancia en lo Civil N° 29, 30/5/95, "Alemann c. Ed. Perfil S.A.", ED, 164-427.

grafía resulte claro que el propósito principal de ella fue el acontecimiento en sí (que además por lógica debe haber tenido cierta relevancia), y no la utilización de la imagen o la identificación de la persona, que es en sí ajena al interés público. Tal lo resuelto por la sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, en el caso de una foto de los actores tomada en el programa "Domingos Estudiantiles", luego publicada como cubierta de un disco del mismo; en el cual se rechazó la demanda, entendiéndose que allí no había habido utilización independiente de la imagen de los actores, sino sólo reproducción de una fotografía tomada en conjunto y con relación al evento que se desarrollaba (39).

Con relación a hechos acaecidos en público, en Francia un tribunal hizo lugar a una demanda articulada contra los editores de una revista, que publicó fotografías de Carolina de Mónaco semidesnuda en la cubierta de un barco que se encontraba próximo a la costa —lugar público— y por lo tanto a la vista de todas las personas que por allí anduvieran; pero se sostuvo que todos los seres humanos gozan de un derecho exclusivo respecto de la utilización de su propia imagen, y el derecho a oponerse a publicaciones no autorizadas. Y en España, a la luz de lo dispuesto en una ley del 5 de mayo de 1982, que reputa intromisión ilegítima: "la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, o fuera de ellos", el Tribunal Supremo con fecha 29 de marzo de 1988, entendió que configuraba tal intrusión, la publicación de fotografías obtenidas con teleobjetivo de una famosa artista, mientras tomaba sol en top-less en una playa de Menorca poco concurrida y alejada de los centros poblados, resolviéndose que: "quien ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública tiene derecho a su imagen y a su intimidad, cuando elude su presentación en un acto público o en lugares abiertos al mismo, constando en la causa el decidido propósito de la actora de eludirlos para salvaguardar su intimidad que fue vulnerada subrepticamente".

Entre nosotros existe también el caso de una fotografía tomada a una mujer en un certamen físico-culturista, lo que constituía un evento público, la cual fue después publicada en una revista erótica y acompañada de un texto teñido de una connotación de tono peyorativo, acorde con las características de tal publicación: "entre los músculos y tendones están aquellos que participan de una excelente actividad sexual", dándose luego la noticia de que el certamen había sido ganado por la mujer de la fotogra-

---

(39) CNCiv., sala F, 26/8/80, "Cusato c. Sicamericana SA", JA, 1981-II-288).

fía. En el mismo el fallo señaló que si bien el hecho de haberse desarrollado en público la competencia, autorizaba la reproducción de las fotos tomadas en medios periodísticos; no ocurre lo mismo cuando por otro medio se desnaturaliza la significación que originariamente tuvo tal certamen, como ocurrió al publicárselas en una revista erótica, ajena al ámbito deportivo, lo cual constituyó una intromisión arbitraria en la vida de una persona, que lesiona su intimidad (40).

Y un caso parecido se dio al reproducirse como portada de una novela de espionaje intitulada "Ballet", una fotografía de la primera bailarina del teatro Colón Gabriela Pucci, obtenida en oportunidad en que interpretaba el "pas de deux" del "Don Quijote", en una velada de gala. Tal foto aparecía además con un epígrafe que rezaba: "Bajo las luces del escenario un "pas de deux" apasionado; en las sombras, una intriga internacional"; siendo obvio que tal contexto no tenía nada en común con el evento en el que se obtuviera la fotografía, y que así se desvirtuaba la significación que originariamente había tenido el consentimiento que pudo haber dado la persona fotografiada, por lo demás frecuentemente retratada en sus actuaciones y en reportajes periodísticos, para la exhibición pública de su fotografía. La publicación de la imagen, se dijo, debe guardar relación con las circunstancias fácticas de ocasión, tiempo y lugar en que se realizaron. Se acordó así indemnización del daño moral por violación del derecho a la imagen, pero no a la intimidad, toda vez que dicha bailarina había sido fotografiada en numerosas oportunidades (41).

Por último, el derecho a la imagen tiene otro límite frente a un bien superior colectivo: fines científicos, culturales o didácticos (art. 31 de la ley 11.723); pero será necesario tomar las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario, se dice en el "Anteproyecto" de los doctores Rivera y Cifuentes (42).

Por lo demás, las excepciones a la norma tampoco importan un derecho absoluto, por cuanto cederán cuando esté en juego otro interés superior

---

(40) CNCiv., sala A, del 27/10/87, "Medina de Bruschi c. Ed., Inéditas SA", en ED, 126-464, con comentario de Bidart Campos y en La Ley, 1988-B, 375, con nota de Mosset Iturraspe.

(41) CNCiv., sala A, del 24/4/85, "González Pucci de Kunin c. Ed. Sudamericana SA", JA, 1986-II-582.

(42) CIFUENTES, Santos - RIVERA, Julio César, "Régimen integral de los derechos personalísimos" en ED, 115-832.

del individuo, como pueden ser su honor o intimidad. En este sentido, en la ya mencionada obra de Zannoni y Biscaro se menciona, pero sin individualizarlo, a un fallo de los últimos años que resolviera el siguiente caso: en la revista "Tal cual", bajo el título: "El nacimiento, un operativo de alto riesgo", se efectuó una entrevista a un médico consultor del "Centro Latinoamericano de Perinatología y Desarrollo Humano" de la "Organización Americana de la Salud", particularmente referido a la especialidad clínica de perinatología, y en la que se destacaba la importancia de la participación del padre junto a la madre en el embarazo y parto. Dicha nota aparecía ilustrada con la fotografía de un modelo publicitario, acompañado de una joven embarazada, quiénes aparecían como pareja, sugiriéndose que dicho modelo era el padre del bebé en gestación, lo que no era así. Ante la demanda por daños de este último, la editorial pretendió encuadrarse en la excepción del último párrafo del art. 31 de la ley 11.723; pero el juez lo habría rechazado, sosteniendo que la fotografía en cuestión era perfectamente prescindible a los fines de la nota, cuyo aporte científico no se discutía, y que aunque así no fuese, se podían haber tapado o trucado los rostros de los modelos para evitar su identificación ulterior; por lo que se consideró responsable a la editora, ya que la fotografía publicada presentaba al modelo como si fuese el esposo o pareja de la mujer embarazada y padre de la criatura por nacer (43).

Igualmente se ha resuelto que: "la publicación del retrato, aun cuando se relacione con fines científicos, didácticos y culturales, tiene sus límites. Así, siempre debe tratarse de una publicación no ofensiva, y en su caso adoptarse las medidas necesarias para evitar la identificación del fotografiado (como ser las bandas negras en el rostro), si se trata de libros o revistas de medicina que ilustran ciertas enfermedades o terapias". En el caso resuelto, una señora que había sido sometida a una cirugía plástica en la cara, se encontró con que fotografías suyas de frente y de perfil aparecían en un libro titulado "Texto de cirugía plástica. Reconstrucción y estética", ilustrando un trabajo médico sobre "Rinoplastías secundarias - Tratamiento quirúrgico" del que eran autores dos conocidos cirujanos plásticos, a su vez titulares de la clínica en donde aquélla se había atendido. Así dicha mujer sintió avasallada su personalidad e incomodada su intimidad, máxime por ser la esposa de un médico de la misma especialidad y bien conocida en el círculo social al que pertenecían los profesionales del medio, el que solía frecuentar acompañando a su esposo a congresos. En dicho fallo también se dijo que el hecho de que la publicación en

---

(43) ZANNONI - BISCARO, ob. cit., ps. 117 y sigte., § 26.

la que se reproducía la imagen fuese de escasa difusión, no excusaba la conducta de los responsables, aunque ello podía incidir en el cálculo de la indemnización (44).

3) *La libertad individual*. En un sentido general el concepto de libertad comprende dos aspectos: la libertad como estado, condición o situación sin trabas ni impedimentos, y la libertad como facultad, poder, prerrogativa o derecho. Es por ello que puede decirse que el hombre experimenta la libertad como un "sentirse libre de" y como un "sentirse libre para"; de un lado la libertad presupone una liberación de toda servidumbre o esclavitud, y de otro una absoluta posibilidad de elección y de realización.

El Código Penal protege la libertad individual propiamente dicha —arts. 140 a 149—, la de trabajo —arts. 158 y 159—, la de reunión —art. 160—, y la de prensa —art. 161—; y el Código Civil contempla la reparación de los daños causados por delitos contra la libertad individual en su art. 1087.

En esta materia nuestra Constitución Nacional, que ya dispone la abolición de la esclavitud en su art. 15, tiene además su norma capital en punto a libertades individuales civiles en su art. 19, cuando en su segunda parte prescribe que: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Coincidentemente, en el art. 14 se contempla la libertad para realizar todo tipo de actividad lícita: trabajar y ejercer industria; navegar y comerciar; entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; publicar las ideas por la prensa sin censura previa; usar y disponer de la propiedad; asociarse con fines útiles; profesar libremente su culto; enseñar y aprender.

A mayor abundamiento, varias de las Declaraciones de Derechos Humanos se refieren también concretamente a la "libertad"; tales: la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" que reconoce entre los derechos naturales del hombre y del ciudadano: *a la libertad*, a la seguridad e integridad de la persona; la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", cuyo preámbulo expresa que la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales inalterables de todos los miembros de la familia humana, mencionando luego en su art. 3º que: "Todo individuo tiene derecho *a la libertad* y a la seguridad de su persona"; el "Pacto Inter-

---

(44) CNCiv., sala D, del 30/11/93, "P. de B., A. N. c. J. J.", La Ley, 1994-D, 148, con voto del doctor Salgado.

nacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como el Protocolo facultativo del segundo, y, en fin, la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", llamada también "Pacto de San José de Costa Rica", que en su enumeración de los derechos civiles y políticos incluye entre otros a: los derechos a la libertad y a la seguridad personales (art. 7.1.), la libertad de conciencia y de religión (art. 12), y la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13); estableciendo además en su art. 33 la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de tales compromisos. Y recordamos que en el ya mencionado caso "Ekmekdjian c. Sofovich", nuestra Corte Suprema decidió la prelación del derecho internacional sobre el derecho interno y la operatividad de los Tratados que se refieren a los derechos humanos, como así que, por lo tanto, estaba vigente entre nosotros el Pacto de San José de Costa Rica (45).

4) *El honor* es el derecho a ser considerado merecedor de respeto, que tiene toda persona que ha observado una conducta correcta. El mismo comprende en rigor dos aspectos: por un lado el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y de la de su familia; y por otro el buen nombre y reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia de que se trate, dentro del marco de sociabilidad del ser humano. La lesión a cualquiera de ellos implica un menoscabo a la persona misma, a la que se lastima en algo que le es inherente y esencial, haciéndola por lo tanto merecedora de la debida protección legal.

El honor está expresamente tutelado en los arts. 109 y 110 del Código Penal, que tipifican y reprimen los delitos de injurias y calumnias, y en los arts. 1089 y 1090 del Código Civil que contemplan el resarcimiento de los daños causados por aquéllos y por el delito de acusación calumniosa, este último también incorporado al Código Penal como art. 276 bis, por la ley 21.338 (Adla, XXXVI-B, 1113).

El derecho al honor se ha visto a veces afectado por la difusión de noticias por la prensa, mereciendo destacarse la existencia en nuestro país de algunos pronunciamientos judiciales muy significativos emanados de la

---

(45) CSN, 7/7/92, "Ekmekdjian c. Sofovich", ED, 148-339 y La Ley, 1992-C, 543.



Corte Suprema, en los casos "Campillay" y "Costa". En el primero la prensa había difundido la participación de una persona en una actividad delictiva, sin indicar la fuente de la noticia, que provenía de un comunicado policial, y sin que se manifestara claramente que se trataba de una situación no juzgada definitivamente; la Corte hizo lugar a la demanda de daños y perjuicio promovida por la persona involucrada luego de su absolución en sede penal, sentando los siguientes principios básicos: el honor puede afectarse no sólo a través de los delitos de calumnia e injuria, sino también de un acto meramente culpable o aún del ejercicio abusivo del derecho de informar; para excusar su responsabilidad el órgano de prensa debió haber indicado la fuente y utilizado un tiempo de verbo potencial, o haber guardado reserva sobre la identidad de las personas (46). En el caso "Costa" la Corte siguió la misma línea doctrinal, pero hizo un interesante distingo según que el afectado fuese un funcionario público o un particular, confiriendo a este último una mayor protección; resolvió así, siguiendo a la jurisprudencia estadounidense, que tratándose de los primeros se debía probar que la información había sido propalada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia, en tanto que en los casos de noticias de carácter infamante con relación a un particular o un empleado público de ínfima categoría, basta la negligencia precipitada o la simple culpa para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación; para lo cual se razonaba que los funcionarios tiene mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones, amén de haberse expuesto voluntariamente, dada su condición de hombres públicos, a un mayor riesgo de sufrir perjuicios por noticias difamatorias (47).

Y también ha decidido la Corte suprema que en el específico campo resarcitorio, el medio de prensa responda genéricamente por culpa en la esfera del art. 1109 del Cód. Civil, o sea que se trata de una responsabilidad subjetiva (48); como así que: "La información es falsa cuando ella es engañosa, fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta de la realidad. La información es errónea cuando ella es el resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la reali-

---

(46) CSN, 15/5/86, "Campillay c. La Razón", ED, 118-302, con nota de Germán J. Bidart Campos y La Ley, 1986-C, 406, con nota de Atilio A. Alterini y Aníbal Filippini.

(47) CSN, 12/2/87, "Costa c. Munic. de Buenos Aires", ED, 123-128, con nota de Germán J. Bidart Campos y La Ley, 1987-B, 629.

(48) CSN, 2/4/98, "Rudaz Bissón c. Editorial Chaco S.A.", La Ley, 1998-F 242.

dad" (49). A lo cual se ha agregado que en uno u otro caso la información no es verdadera, pero cuando ella se da falsamente, consiste en un acto deliberado y consciente con el fin de engañar, es decir que el informador obra con dolo o mala fe; en tanto que cuando la información se da por error consiste en un acto no consciente, que no se quiere, no se siente ni se piensa, el informador obra de buena fe" (50).

## VI. Colofón

Para concluir, hemos de recordar algo que hace ya mucho tiempo atrás había precisado el maestro Alfredo Orgaz: que en tanto el hombre, como individuo, es sólo una unidad biológica, la persona, que sin duda es también individuo, lo es "con jerarquía espiritual: es portadora de valores, religiosos, éticos y de cultura en general, y construye su vida (que sólo le ha sido dada en lo biológico) sobre esos valores"; añadiendo más adelante que: "es la persona, y no el individuo, quien está en el centro del problema. Con este otro nombre, el problema adquiere una súbita lucidez: el Estado se encuentra obligado a tratar a los hombres como personas y, por consiguiente, a respetar los valores y los derechos esenciales inherentes a su esencia espiritual: profesar libremente su culto, enseñar y aprender, publicar sus ideas, entrar y salir del territorio que habitan, trabajar, asociarse, y demás derechos que enumera, no limitativamente, nuestra Constitución Nacional. Por todo esto, es una Constitución personalista, y no solamente individualista, y también es liberal por su contenido de libertades" (51). ♦

---

(49) CSN, 17/12/96, "Gesualdi c. Cooperativa Periodistas Independientes Ltda.", La Ley, 1997-B, 753.

(50) CNCiv., sala K, 25/2/98, "Galardón S.A. c. Clarín E.G.E.A. SA", La Ley, 1998-D, 515, con nota de Jorge Bustamante Alsina, "Libertad de prensa y el deber de veracidad".

(51) ORGAZ, Alfredo, "Las personas humanas. Esencia y existencia", p. 37, § 8, trabajos recopilados bajo la dirección de Matilde Zavala de González, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

## PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR HORACIO A. GARCIA BELSUNCE (\*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, abre hoy sus puertas para recibir en sesión pública, con la solemnidad que corresponde, al nuevo académico titular Embajador doctor Roberto E. Guyer, quien fuera designado por unanimidad en la sesión del plenario académico del 10 de abril del corriente año.

La Academia enriquece su nivel científico al incorporar en su seno a una figura de relevancia en el mundo internacional, que conjuga el saber jurídico en la rama del derecho de su especialidad, con la vivencia en el terreno de la práctica de la política internacional. Puedo decir que el recipiendario es un exponente de la mayor jerarquía del derecho internacional público en acción, que va más allá de la teoría y de la doctrina.

Por decisión de dos grandes internacionalistas, que fueron nuestros maestros en la cátedra de derecho internacional público, los doctores Luis A. Podestá Costa e Isidoro Ruiz Moreno (h), Roberto E. Guyer ingresa en noviembre de 1955 como consejero legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

A partir de entonces y hasta 1994 se desarrolla su extensa carrera diplomática durante casi cuarenta años. Lejos de toda influencia política y por sus reconocidos méritos profesionales, fue acreditado como embajador en los Países Bajos, en Austria y dos veces en Alemania. Su capacidad política en el mundo internacional lo condujo a ser elegido Secretario

---

(\*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico Roberto E. Guyer, el 13 de noviembre de 2003.

General Adjunto para Asuntos Políticos Especiales en la Organización de las Naciones Unidas, única designación que hasta ahora haya merecido un diplomático argentino.

No voy a seguir refiriéndome a sus antecedentes como docente y publicista, porque ello le corresponde al académico titular doctor Hugo Caminos, designado para hacer la presentación formal del recipiendario. Prefiero hacer, a título introductorio, algunas consideraciones sobre el tema elegido por el doctor Guyer para su conferencia de incorporación.

Su título *El derecho internacional al inicio del siglo XXI*, abre interrogantes y expectativas que hacen riesgoso predecir su enfoque y menos aún sus conclusiones. Como decía nuestro profesor, el doctor Luis A. Podestá Costa, el derecho internacional público está constituido por el conjunto de normas que rigen las relaciones de los estados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que sin ser estados tienen personalidad internacional. Esta rama del derecho público se enfrenta hoy con nuevas situaciones que constituyen la realidad de la política internacional que debe regular, procurando reafirmar el orden jurídico internacional y la vigencia de sus instituciones, pese a los deterioros a ellas causados por decisiones que han superado las estructuras existentes.

Por más que haya un solo estado con primacía militar y económica, la comunidad internacional sigue existiendo y el derecho internacional no ha caducado, sino que debe adecuarse a las realidades de la situación política, contemplando las diversas facetas del quehacer internacional. Para lograrlo es indispensable la tarea mancomunada de juristas internacionalistas y politólogos internacionales.

Como nuestro recipiendario puede y sabe manejar las armas de ambos frentes, su enfoque y sus recomendaciones serán más que ilustrativas para el debate que, dentro y fuera del país, ellas han de suscitar.

Doctor Guyer: Aunque su retiro lo haya alejado del campo de batalla de la diplomacia, la autoridad de su opinión, respaldada por una trayectoria no común en las lides internacionales, tiene en la Academia un nuevo escenario para continuar luchando para que la paz entre las naciones y sus pueblos no sea una utopía en el siglo XXI. ♦

## DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR HUGO CAMINOS (\*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales recibe hoy como miembro de número de la Corporación al doctor Roberto Enrique Guyer y el Presidente me ha conferido el honor de hacer su presentación.

Mis primeras palabras son de sentida recordación del doctor Guillermo A. Borda, antecesor en el sillón que ha de ocupar nuestro recipiendario.

Al incorporar al doctor Guyer, la Academia expresa su justo reconocimiento de los méritos de un talentoso internacionalista, diplomático y alto funcionario internacional cuya labor académica y profesional se desarrolló en buena parte fuera del País, con el que, no obstante, siempre mantuvo estrechos vínculos.

El doctor Guyer proviene de un hogar donde el acento estaba puesto en la educación y el trabajo. No podía ser de otra manera: su madre, Edith, era suiza y su padre Kurt, hijo de suizos, fue educado y contrajo su matrimonio en aquel país.

Luego de completar su ciclo primario en el Belgrano Day School, Guyer inicia sus estudios secundarios en el Instituto Libre de Segunda Enseñanza de donde egresa con medalla de oro como el mejor graduado en Letras.

En 1948, obtiene su título de abogado en la vieja Facultad de la calle Las Heras. Dos años más tarde, define su vocación de jurista internacional al

---

(\*) Discurso de recepción del Académico Roberto E. Guyer, en la sesión pública del 13 de noviembre de 2003.

completar con éxito los cursos de derecho internacional público en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Fue el primer argentino en alcanzar el valioso diploma de esa gran institución.

En 1952, Guyer se doctora en Derecho y Ciencias Sociales en la UBA. Su tesis titulada "Imperialismo. Introducción a su problemática", calificada con sobresaliente, fue recomendada al Premio Facultad. Curiosamente, está hoy —después de 50 años— a consideración de un jurado junto con otras tesis.

En esos años, la editorial Arayú resolvió publicar en forma separada tres tesis doctorales: la del doctor Roberto Alemann sobre sistemas económicos; la del doctor Julio Olivera, sobre derecho financiero y la del doctor Guyer.

Su tesis constituye un estudio del más alto nivel académico que merecería su reeditada. Su examen nos ayuda a comprender y evaluar la actual situación mundial, bajo la hegemonía de los Estados Unidos y sus eventuales consecuencias sobre el derecho internacional.

En 1950 y 1951 el doctor Guyer realiza estudios de posgrado en Oxford y en la Universidad de Columbia en Nueva York.

Caída la dictadura de partido en nuestro país, en 1955, el doctor Isidoro Ruiz Moreno, en nombre del Canciller Podestá Costa, ofrece a nuestro nuevo miembro acompañarle como su colaborador inmediato en la Consejería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores. Así inicia Guyer su experiencia en la práctica del derecho internacional público.

Efectivamente, con el comienzo del Año Geofísico Internacional en 1956, el tema antártico adquiere importancia prioritaria y Guyer se hace cargo del mismo en el Ministerio. En ese carácter participa en la tercera y cuarta reuniones del Año Geofísico. En 1958, su traslado como Consejero en la Embajada en los Estados Unidos le permite tomar parte en todas las negociaciones que culminaron al año siguiente en Washington con la adopción del Tratado Antártico. Posteriormente, ya todo un experto jurídico en el tema, participa en las conferencias consultivas en Canberra (1961); Buenos Aires (1962); Bruselas (1964); Santiago (1966); París (1968) y Tokio (1970).

Con ese envidiable bagaje, no debe sorprendemos el éxito de su curso titulado "The Antarctic System" en la Academia de Derecho Internacional

de La Haya, al que asistí, en 1973. Con ese título Guyer acuñó una expresión, hoy aceptada entre los internacionalistas, que da el carácter de sistema al régimen jurídico establecido por el Tratado Antártico. Tampoco debe extrañarnos que en la última edición de la clásica obra de derecho internacional público de Oppenheim se cite este curso, publicado en el *Recueil des Cours* de la Academia de La Haya como una de las fuentes para el estudio del régimen antártico.

En ese curso, Guyer muestra su posición frente al derecho internacional. Así, parte de la afirmación de Max Huber de que las normas de derecho pueden ser analizadas desde un punto de vista jurídico y desde un punto de vista sociológico y que es de la esencia de aquellas normas que cuanto más se perfeccionan tienden a liberarse de su infraestructura sociológica. El derecho civil, la rama más perfeccionada de las disciplinas jurídicas, es el que goza de la mayor autonomía de la vida humana que el mismo regula. En el otro extremo del espectro, se ubica el derecho público y dentro del mismo el derecho internacional, como el menos perfeccionado de todas las ramas del derecho. De ahí que sea el más unido a la infraestructura sociológica, y, en consecuencia, el que más depende de los diferentes momentos de la evolución histórica. Sobre la base de esta concepción, Guyer construye su estudio del sistema antártico señalando que el siglo XX, con sus grandes cambios, fue el momento histórico de la Antártida.

La labor docente del doctor Guyer en nuestro país se vio condicionada por su extensa actividad en el exterior. Se inicia en 1955 como profesor adjunto y luego asociado de derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Enseñó la misma disciplina en la Escuela de Defensa Nacional en 1966. Dictó conferencias sobre la materia en diversas universidades extranjeras. En Europa: Bayreuth, Colonia, Mainz, Innsbruck, Utrecht y Zurich; en Estados Unidos en Virginia y Columbia. En San Pablo y Cuzco fue nombrado Profesor Honorario.

De 1977 a 1986 fue miembro del Consejo Directivo del Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional e Investigación (Unitar), uno de cuyos logros es el curso anual de derecho internacional en La Haya en el que participan anualmente becarios de todo el mundo.

Desde 1994 Guyer dirige el Instituto de Seguridad Internacional y Asuntos Estratégicos del Consejo Argentino para los Relaciones Internacionales de cuyo Boletín es un destacado colaborador.

Sin duda, una de las etapas más destacadas en su carrera fue su desempeño como Secretario General Adjunto para Asuntos Políticos Especiales de las Naciones Unidas, desde 1971 a 1978. Como él mismo nos dice, las funciones específicas de ese cargo podrían ser clasificadas de "crisis management", la solución de conflictos internacionales imprevistos. Correlativamente, como tarea permanente, dependían de aquél el diferendo del Medio Oriente —era el Representante Personal del Secretario General para las Negociaciones de Paz—, Chipre, Vietnam, India, Pakistán, entre otros.

Su gestión, en plena Guerra Fría, se caracterizó por su integridad, su imparcialidad y su determinación en aplicar los Principios y Propósitos de la Carta que son las normas de derecho fundamentales y obligatorias para los Estados. Su conducta fue fiel reflejo de la idea de Hammarskjöld de que no hay hombres neutrales, pero sí acciones neutrales. Las funciones que cumplió habían sido diseñadas por el propio Hammarskjöld quien creó dos cargos de Secretario General Adjunto para trabajar en estrecho contacto con él en los asuntos más críticos de la agenda de la Organización.

Dos de los predecesores de Guyer fueron, el Conde Folke Bernadotte —asesinado en Palestina— y Ralph Bunche, Premio Nobel de la Paz, en 1950.

Fui testigo de la actividad desplegada por el doctor Guyer en esos años, pues por ese entonces me desempeñaba en la Secretaría General de la ONU en Nueva York en un cargo mucho más modesto. Guyer se desplazaba con frecuencia a las zonas en conflicto como Representante Personal del Secretario General para las negociaciones de paz reuniéndose con los líderes mundiales en la búsqueda de soluciones enmarcadas en las normas de la Carta y políticamente viables. Esas misiones, con sus estudios e informes, no tienen difusión y quedan sumidas en el anonimato que caracteriza la labor del funcionario civil internacional.

Como diplomático, Guyer fue Embajador en los Países Bajos (1966-1970); en Austria y ante los Organismos Internacionales, en Viena (1987-1989). Estuvo acreditado en la República Federal de Alemania en tres ocasiones, sumando diez años en total: como Ministro Consejero (1962-1964), y como Embajador (1978-1984) y (1991-1994). Su pleno dominio del idioma alemán le permitió realizar una vasta tarea en el área de las relaciones argentino-germanas que se extendió al campo académico y universitario. Hasta hoy, alejado de la función pública, ha sabido mantener estrechos lazos



con prestigiosas instituciones culturales de Alemania. Una prueba de ello es la invitación que acaba de recibir de la Fundación Konrad Adenauer para participar junto con 30 personalidades de todo el mundo, en la Conferencia que tendrá lugar en Bonn el mes próximo sobre "El futuro de las Naciones Unidas y del derecho internacional después de la Guerra de Irak". Nadie más autorizado que nuestro beneficiario para hacer un aporte serio a este coloquio internacional.

Hasta aquí he intentado trazar a grandes rasgos la personalidad del doctor Guyer. Ahora, nos aguarda lo más importante del acto de hoy: su autorizada palabra que todos estamos ansiosos en escuchar. ♦

## EL DERECHO INTERNACIONAL AL INICIO DEL SIGLO XXI

POR ROBERTO E. GUYER (\*)

Agradezco sinceramente al Señor Presidente doctor Horacio A. García Belsunce y al doctor Hugo Caminos por las generosas palabras con las que me han presentado en este acto. Me une a ellos una antigua amistad que se iniciara en las aulas de la Facultad de Derecho en avenida Las Heras.

Con el doctor Hugo Caminos he compartido además varias jornadas, no sólo en Buenos Aires sino también en Naciones Unidas, donde su fino y profundo espíritu jurídico contribuyó significativamente al desarrollo del Derecho Internacional del Mar, por lo que es por demás justiciero que ocupe hoy uno de los sitaliaes del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Ser miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales es para un jurista una consagración. A esta altura de mi vida contemplo con emoción este galardón que se me otorga. Al iniciar mi intervención quisiera mencionar ante todo al doctor Lisandro Segovia, patrono del sitial que he pasado a ocupar.

En una conferencia memorable, nuestro colega el doctor Marco Aurelio Risolía lo designa como "un hombre y una obra del '80". Calificativo por demás exacto, porque este hombre, austero y riguroso, estudió en detalle

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de noviembre de 2003.

los distintos aspectos del Derecho Comercial, del Derecho Civil e inclusive del Derecho Penal. Cito sus propias palabras: "quiero la ciencia inquieta y descontentadiza, es decir, la eterna evolución y no la rutina cristalizada y satisfecha". Vivió en una época formativa de nuestro derecho, ya que nació en 1852, falleciendo el 26 de julio de 1923.

Al honrarme esta Institución con un sitial que lleva este distinguido nombre, le impone a uno seriedad y firmeza en los problemas que se analizan. Aquí no puedo dejar de mencionar a mi predecesor, el doctor Guillermo Antonio Borda, quien dejó su huella firmemente impresa en los anales del Derecho. Fue juez y camarista en lo civil, siendo luego miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Ministro del Interior.

Combinó el ejercicio de la magistratura junto con una muy importante obra académica. Su Tratado de Derecho Civil Argentino constituye una fuente de consulta permanente que se caracteriza, además de su profundidad, por su claridad y metodología impecable.

Otro hito relevante en su vida fue el haber sido el mentor de la Comisión de Reformas del Código Civil Argentino, que constituyó la reforma más importante desde su sanción. De esta manera, la obra decimonónica de Dalmacio Vélez Sarsfield sigue presidiendo nuestra vida jurídica desde hace más de un siglo. La última etapa de su vida la dividió entre su labor de académico de número en esta casa y la profesión de abogado.

Son pues dos ilustres juristas que signan mi presencia. La responsabilidad además de no defraudar a los que me han honrado presentando mi nombre para continuar el desarrollo del Derecho es, por cierto, muy grande. Trataré en la medida de mis posibilidades de justificar dicha confianza.

Para un internacionalista no es fácil continuar la labor que iniciaran dos insignes estudiosos del Derecho Civil. De la certeza y claridad que prima en el Derecho Privado se pasa al estudio del Derecho Internacional, que refiere a una serie de situaciones cambiantes cuyas normas no son de fácil implementación.

Hay que considerar aquí que el fin de la Guerra Fría trajo consigo una serie de incógnitas que hasta el día de hoy resultan difíciles de responder. Debemos reconocer que se está atravesando por un período que no tiene parangón en la historia y, por lo tanto, es de difícil evaluación.

El Derecho Internacional, que fue paulatinamente elaborado desde fines del Medioevo, respondía a una necesidad ineludible, que era la relación de los estados entre sí. Es decir, la convivencia internacional. Como muy bien dijera en 1944 J. L. Brierly, "la existencia de algún tipo de Derecho Internacional es simplemente una de las consecuencias inevitables de la coexistencia de estados". No se puede convivir sin cierto tipo de reglas aceptables para la mayoría.

Este ordenamiento se basaba en una situación de hecho que era el equilibrio internacional. Si había algo que la comunidad internacional no aceptaba era un estado predominante, y si efectivamente existía, se constituía una alternativa para evitar su preponderancia. Es cierto que hubo momentos de una preeminencia española, francesa o inglesa pero no duraron prolongadamente, ya que los demás lograban reencausar la sociedad internacional en un equilibrio.

Esta situación continúa e inclusive se afirma con la Guerra Fría, que fue la culminación de este sistema, dado que se establecieron reglas que regulaban, tácitamente, el accionar de las dos superpotencias y delimitaba sus esferas de acción. Ambas se tenían, en los hechos, una especie de respeto mutuo. El mundo estaba dividido en dos campos con una zona gris intermedia.

La Guerra Fría llega a su fin con la implosión soviética a comienzos de la década del '90, que dejó a EE.UU. como única gran potencia en el mundo. Bruscamente terminó el equilibrio internacional y quedó un solo país sin contradictor militar de importancia.

Esto ocurre en un momento en que la informática y la ciencia han interconectado al mundo en una manera tal que inclusive los pueblos más primitivos tienen acceso —y reciben el impacto— de los desarrollos y posibilidades que se ofrecen a todos los habitantes de este planeta. A su vez, las complejidades de la evolución tecnológica hacen que no queden más islas ajenas al conocimiento.

Es así que el ex-presidente Clinton declaró en 1993, en su mensaje al Congreso, y cito: "no existe más una división entre lo que es internacional y lo que es doméstico. La economía mundial, el medio ambiente, la crisis del Sida, la carrera armamentista nos afectan a todos". Es decir, hoy en día no puede más conceptualizarse en compartimentos estancos lo nacional de lo internacional.

Esta interconexión global significa que hay una serie de nuevos participantes que propugnan objetivos puntuales del devenir humano. Se aspira a mejorar la salud, combatir la pobreza, impulsar la ecología, etc. Estas organizaciones no gubernamentales (ONG) tienden a actuar transversalmente superando las barreras estatales y, en cierta manera, ignorándolas. Paralelamente, deben considerarse las empresas transnacionales que dan a la economía un relieve mundial.

Como un ejemplo en este sentido, entre tantos otros, de la gravitación de estos nuevos participantes podemos mencionar un caso en que la Organización Mundial de la Salud adoptó en 1981 un código sobre los sustitutos de la leche materna. Este código legalmente era una recomendación no obligatoria, sin embargo, era observado por la mayoría de los miembros de la OMS. Una importante empresa transnacional, se opuso a este código. Un grupo de ONG declaró un boicot internacional contra dicha empresa, que se vio finalmente obligada a adecuar sus procedimientos.

Como se ve, existen hoy nuevos participantes, que pueden ser no estatales pero cuya acción influye en las actividades internacionales.

Con todo, el hecho que existan estos nuevos participantes y que puedan tener gravitación internacional no impide que a comienzos del siglo XXI sigan siendo los estados los únicos verdaderos actores del devenir internacional. Las ONG pueden influir pero los estados son los que toman las decisiones.

Cuando en 1945 se crearon las Naciones Unidas, se tuvo cuidado que fuera una institución intergubernamental más que internacional. Los miembros son los gobiernos, no los pueblos como genéricamente proclama el preámbulo de la Carta, y son ellos los que toman las decisiones. En ese sentido no ha cambiado el Derecho Internacional clásico.

Desde el comienzo, también, se procuró que las relaciones de poder fueran debidamente observadas y es así que se instauró en el Consejo de Seguridad la categoría de miembros permanentes con derecho de veto. Paralelamente, se creó la Asamblea General en la que son miembros todos los estados con igual poder de decisión, pero sus recomendaciones no tienen carácter obligatorio.

La situación del Consejo de Seguridad ha provocado desde sus comienzos una seria crítica por la desigualdad que configura. Aquí Hans Kelsen

explica la situación diciendo que no hay igualdad en el Derecho Internacional, pero sí ante el Derecho Internacional.

A pesar de las objeciones que se plantean, las Naciones Unidas constituyen un foro en el cual todos los países del mundo pueden expresar sus opiniones con abstracción de su poderío efectivo. La creación posterior de los organismos especializados —la llamada “familia de las Naciones Unidas”—, permitió a técnicos y especialistas considerar los distintos asuntos particulares de la civilización como la salud, el agro, la industria, el clima, la economía, etc., que la creciente globalización fue produciendo.

Juntamente con estas circunstancias se estableció un nuevo actor de la política internacional, el Secretario General de las Naciones Unidas quien —lo que no fue el caso en la Liga de las Naciones—, adquirió una personalidad gravitante debido a que era “el tercero imparcial”, vale decir, no tenía objetivos nacionales propios por lo que era un neutral embebido de los principios éticos de la organización mundial, que podía sugerir soluciones y transmitir propuestas.

Con este andamiaje novedoso continuaron funcionando los principios clásicos del Derecho Internacional. En el fondo no había una novedad pues seguía subsistiendo el equilibrio internacional, aunque con distintos integrantes.

El cambio decisivo fue la situación fáctica mundial después de la caída del imperio soviético, ya que había desaparecido uno de los pilares de la convivencia que era el equilibrio internacional.

La situación actual se podría condensar en dos puntos principales que son: I) un país con un predominio militar absoluto, y II) el fenómeno de la globalización que hace que se produzca una interconexión entre todos los países que hace necesaria la intercomunicación y cooperación entre los estados.

En cierta manera hay una oposición entre estos dos puntos, ya que por un lado EE.UU. procura imponer su punto de vista y por el otro la globalización lo obliga a cooperar con otros estados.

En los propios EE.UU. se agudiza cada vez más un debate académico acerca de si puede actuar solo, como sugieren algunos medios neoconservadores, o si, por el contrario, debe tener un diálogo más abierto con diversos países de la comunidad internacional.

De esta manera se ha producido una relación antitética entre la situación militar y las consecuencias de la globalización. Por ello, ya en 1999 antes del atentado a las Torres Gemelas, decía Samuel Huntington en *Foreign Affairs* (III/IV-1999), que vivíamos en un momento peculiar que calificó de *uni-multipolar*, con una superpotencia y varios países importantes aunque de menor jerarquía. El actual caso del Irak está rubricando esta aseveración, en que EE.UU. triunfante del conflicto militar está requiriendo apoyos para la estabilización de ese país. No hay que olvidar tampoco que EE.UU. es el mayor deudor del mundo. El imperialismo británico del siglo XIX, por el contrario, se plasmó cuando el Reino Unido era el mayor acreedor del mundo.

El poderío de EE.UU. se está revelando pues determinante, pero no omnipotente. El conflicto de Irak demostró que es fácil para EE.UU. triunfar militarmente pero que la organización de la victoria en cierta manera supera sus posibilidades. Esto hace que en los propios EE.UU. se planteen serias disyuntivas de cómo enfocar la realidad del presente.

La cuestión de post-Irak, sus consecuencias y el actual momento internacional demuestran que por más poderoso que sea un estado no puede actuar en forma unilateral. Al tener que proceder de consuno con otros estados que mantienen su autonomía, dentro un marco de globalización, se vuelve a restablecer, inevitablemente, un cierto equilibrio internacional.

Ya en 1910, en un momento de equilibrio y paz, el jurista suizo Max Huber había afirmado en su estudio "Bases sociológicas del Derecho Internacional" (*Soziologische Grundlagen des Völkerrechts*), que el derecho a medida que se perfecciona cobra autonomía con respecto a la conducta humana que condiciona. El Derecho Privado es para Huber la rama más perfeccionada y, por el contrario, el Derecho Internacional es el menos perfecto, por lo que es el más ligado a su sustrato sociológico. Vale decir que el Derecho Internacional es la rama que más unida está a la política.

Esta situación hace que se deban tener particularmente en cuenta la política internacional como tal puesto que, como se mencionara en la cita de Brierly, el Derecho Internacional es una consecuencia inevitable de la coexistencia de los estados. Si EE.UU. necesita del concurso de otros países debe también tomar en cuenta, a pesar de su propio predominio, algunas de sus opiniones. En un momento tan fluctuante como el actual la politología internacional cobra una trascendencia mayor.

Hace poco se celebró en la antigua ciudad universitaria de Göttingen, Alemania, un encuentro cuyo objeto fundamental fue evaluar el Derecho Internacional en la actualidad vista la hegemonía de los EE.UU. Es interesante notar que dicha reunión estuvo integrada por juristas y politólogos internacionales. Esta interacción se hace cada vez más necesaria.

Una de las conclusiones de los estudios de Göttingen, que acaban de ser publicados por la Universidad de Cambridge, declara que "los EE.UU. necesitan de la comunidad internacional a fin de promover sus propios intereses nacionales y objetivos de política exterior". Interesantemente se señala que los EE.UU. necesitan tanto de la comunidad internacional y del Derecho Internacional como éstos necesitan a su vez de EE.UU.

Categorícamente declaran que el desafío para los juristas y politólogos internacionales es determinar y clarificar continuamente cómo esta paradoja puede ser resuelta. En ese sentido, por ejemplo, el Secretario de Estado, Colin Powell, declaró que la epidemia del Sida en Africa es un asunto de seguridad nacional para los EE.UU.

Sintetizando el momento actual se podría decir que en esta situación novel y contradictoria, en un mundo convulsionado e interdependiente, fijar reglas de convivencia, es decir el Derecho Internacional, es indispensable.

La experiencia del mundo uni-multipolar es única y por consiguiente diversas tendencias se contraponen entre sí. La más lógica sería adecuar unívocamente las normas del Derecho Internacional a las realidades del presente, sobre todo contribuir a ratificar la existencia de un solo Derecho Internacional omnicompreensivo. Esta constitucionalización del Derecho Internacional peca quizás por ser demasiado ambiciosa, pero existe indudablemente un sentir ético que impulsa el devenir humano en ese sentido. No pueden ignorarse tendencias inmanentes que procuran un mejoramiento gradual de las relaciones entre los hombres.

Es así que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que "es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa del Derecho Internacional" (Adla, L-B, 1275).

Por ello, la Corte Internacional de Justicia declaró en el caso de Bélgica contra España de 1970, conocido mundialmente como *Barcelona Traction*, que existen ciertas obligaciones legales de los estados "hacia la comuni-



dad internacional como una totalidad". Es interesante notar aquí que la Corte declara que hay que efectuar una distinción esencial entre las obligaciones de un estado hacia la comunidad internacional en su totalidad respecto de aquellas que surgen con referencia a un estado en particular en el campo de la protección diplomática.

Que no funcionen ciertos aspectos del Derecho Internacional no significa que en su totalidad deje de ser útil. Nuevas situaciones necesitan nuevas ideas, para citar una frase de Lord Keynes. Una reflexión podría ser que quizás resultare tratar los acontecimientos internacionales de manera autónoma.

Vale decir, no porque haya problemas en el Consejo de Seguridad deja de funcionar la Organización Mundial del Comercio. Pase lo que pase con el Consejo de Seguridad, la OMC sigue desempeñando un papel importante.

Sería conveniente, por lo tanto, que se estudien en forma autónoma las variadas ramas del Derecho Internacional. Ello nos lleva como primera consecuencia a la creación de tribunales internacionales separados.

Junto a la Corte Internacional de Justicia funciona perfectamente el Tribunal Internacional del Mar y la problemática de la implementación de las resoluciones del Consejo de Seguridad no tiene que impedir el funcionamiento de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Internacional del Mar.

Es cierto que la existencia de diversos tribunales internacionales podría llevar en algunos casos a contradicciones y enfrentamientos, pero no es de esperar que se produzca un caos internacional.

El Derecho Internacional ya en épocas anteriores adoptó disposiciones tácitas para solucionar problemas emergentes, separadamente de las normas generales.

Por ejemplo, a fines del siglo XVI, el sistema internacional ya funcionaba adecuadamente, pero las posibilidades de la expansión mundial superaban las precarias normas existentes. Esto se dio sobre todo con respecto al continente americano, donde existían vastas posibilidades de acción y no se aceptaba —aun en países católicos como Francia—, la autoridad papal para disponer de ellas. Al mismo tiempo no se deseaba estar en permanente conflicto en Europa por incidentes en América.

Sin llegar a confirmarlo por tratado, se aceptó que más allá de un determinado meridiano, las llamadas "líneas de amistad" (lines of amity), los enfrentamientos bélicos no debían trasladarse a la comunidad internacional como tal.

En otras palabras, un enfrentamiento en América no constituía un "casus belli" para las metrópolis. Como manifestara en su momento el corsario británico Sir Francis Drake, "no peace beyond the line" (no hay paz más allá de la línea). Tanto el Tratado franco-británico de Vervins de 1598 como el Acuerdo anglo-español de Londres de 1604 fueron concluidos sobre este principio.

Esta cuestión, no muy publicitada, ha sido debidamente estudiada en el tomo I de la Historia del Imperio Británico de la Universidad de Cambridge de 1929, y más recientemente en el año 2000, en la obra de Wilhelm Grewe, *The Epochs of International Law*.

Cuando esta situación deja de tener relevancia por haberse determinado las fronteras, es que se vuelve al concepto de la unidad mundial en la que no existen más zonas exógenas. Se ha demostrado así la validez de la afirmación de Max Huber que el Derecho Internacional es la rama legal que más se adapta a las circunstancias del momento con lo cual permite que haya un orden por más tenue que sea.

Lo que importa aquí es rubricar la gran flexibilidad o elasticidad del Derecho Internacional para mantener una adecuada relación entre las partes.

Aquí se presenta una gran duda que en estos momentos despierta una controversia en los círculos académicos: ¿se puede considerar al Derecho Internacional en forma parcializada o no? En su curso de 1957 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Sir Gerald Fitzmaurice declaró que "sólo hay un Derecho Internacional y ese Derecho Internacional es básicamente uno. Este derecho liga automáticamente a los estados sin tomar en cuenta su consentimiento".

Dentro de este derecho unívoco, el origen y carácter de las normas jurídicas son las mencionadas taxativamente en el artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, el actual mundo uni-multipolar, que se describiera anteriormente, hace difícil la aplicación estricta de la totalidad de las normas tradicionales del Derecho

Internacional. Es por ello que se ha comenzado a utilizar un concepto calificado como *Soft Law* (Derecho flexible), según el término acuñado por Lord McNair. Se trata de principios no vinculantes intercambiados entre estados.

Dentro de la concepción de Daniel Thürer en su artículo al respecto en la Enciclopedia de Derecho Internacional Público, publicada hace tres años bajo los auspicios de la Fundación Max Plank de Heidelberg, el *Soft Law* tiene cuatro aspectos: I) expresa deseos comunes referentes a temas internacionales, II) es producido por sujetos del Derecho Internacional, III) no ha pasado por todos los procedimientos previos que exige el Derecho Internacional, y IV) a pesar de no ser vinculantes se caracterizan por producir ciertos efectos legales.

En los momentos históricos actuales es cada vez más difícil llegar a celebrar acuerdos internacionales debidamente ratificados por todas las instancias legales nacionales.

Es así que se comenzaron a elaborar acuerdos, llamados administrativos, que no requerían ratificación legislativa. Junto con ellos se intercambiaban los llamados *non-papers* que oficialmente no tenían validez pero que por razones de buena fe comprometían a los gobiernos a pesar de no ser, formalmente, vinculantes.

Esto era también una consecuencia de los llamados "acuerdos de caballeros" (*gentlemen agreements*). Así se podrían mencionar varios otros instrumentos, cada uno con una respectiva sutileza, técnicamente no vinculantes. No obstante comprometían a las personas que lo había celebrado y en cierta forma a los gobiernos mismos. Tal es así que se estima que el que ha celebrado un *gentlemen agreement* no puede invocar su carácter no jurídico e inclusive se le podría aplicar en estos casos el *estoppel*.

Lógicamente todas estas figuras, que desde un punto de vista clásico son heterodoxas, resultan útiles, sobre todo cuando se toma en cuenta que la globalización exige con cierta perentoriedad que se celebren acuerdos para resolver situaciones prácticas que no pueden ser ignoradas o postergadas.

El *Soft Law* no cambia el carácter estricto del Derecho Internacional como tal, pero constituye una solución complementaria y no sustitutiva, un *modus vivendi* para el desarrollo de este mundo interconectado.

Hay además sobrentendidos que no se invocan pero que se cumplen. En la crisis de los misiles de 1962 entre EE.UU. y URSS, un sobrentendido fue que la URSS los retiraba de Cuba y que EE.UU. no iba a prohiar una invasión a ese país, como se había intentado poco antes con el operativo Bahía de Cochinos.

En realidad el *Soft Law* actúa paralelamente al Derecho Internacional clásico, siendo un procedimiento indispensable para la convivencia. De ahí que se dijera que es conveniente tratar de manera autónoma diversas instituciones del Derecho Internacional. Obviamente no es lo ideal pero funciona como medida precautoria temporal. Lo ideal sigue siendo que llegemos a un mundo más constitucionalizado en el que rijan abiertamente las normas aprobadas según los requisitos tradicionales.

Debe destacarse aquí, como factor positivo que, como se dijera anteriormente, hay una demanda creciente en la comunidad internacional entera de llegar a un derecho más omnicompreensivo y público.

Esto hace que en algunos campos se adopten reglas obligatorias, erga omnes, para todos los países, participen o no en su elaboración. Esto antes era impensable. Se puede apreciar aquí como dentro de un mundo cada vez más globalizado tienden a expresarse anhelos morales agudizados por una convivencia cada vez más estrecha.

Un ejemplo lo constituye el Acta del Congreso de Viena de 1815, que prohíbe la trata de esclavos. Por más que la mayoría de los firmantes la habían practicado hasta poco tiempo antes, había llegado el momento en que la humanidad ya no podía admitirla más. El texto aprobado lo afirma diciendo: "ha sido considerado por los hombres justos y esclarecidos de todos los tiempos como repugnante al principio de humanidad y de la moral universal". Aquí vemos la aplicación de principios que se imponen por su peso moral y el progreso de las consideraciones éticas en las relaciones internacionales.

Otro ejemplo concreto lo tenemos en el Tratado Antártico que en su artículo 10 dice que "nadie lleve a cabo actividad contraria a los propósitos y principios del presente Tratado". Como se puede ver los doce firmantes sientan una norma jurídica que declaran vinculante, "erga omnes".

Ellos, por su cuenta, deciden que nadie y —rubrico la palabra "nadie" empleada en el Tratado—, puede llevar a cabo actividades que puedan

afectar la ecología, por ejemplo, sea parte o no del mismo. En el momento de su celebración, esta decisión era en cierta manera una innovación, pero no fue contestada por ningún estado.

En la misma Conferencia Antártica de Washington de 1959, el canciller de Australia, Lord Richard Casey, declaró categóricamente que los doce firmantes tenían el derecho de establecer principios generales por cuanto eran los que se ocupaban de la Antártida y habían adquirido así el derecho de protegerla.

Para concluir estas palabras, deseo reiterar lo manifestado al comienzo: estamos viviendo en un momento histórico profundamente atípico y en cierta manera antitético.

Debemos compatibilizar la situación de una nación militarmente predominante pero que debe convivir, lo que significa intercambiar, con otros estados. No se trata de analizar aquí un imperio, sino una coexistencia. Vuelvo a la frase de Brierly que pronuncié al comienzo, la tarea es difícil pero inevitable.

Lo político y lo jurídico aquí son interdependientes pero, casualmente, el hecho que se deba convivir hace que se extremen los recaudos para encontrar un sistema para la convivencia y un régimen legal que lo encuadre debidamente. ♦

## II

### COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



# LA RECODIFICACIÓN

## UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

POR JULIO CÉSAR RIVERA (\*)

*Un código es a la vez una estructura y un estilo*  
Mohamed Kamel Charfeddine

Metodología de la exposición.

La primera parte de este trabajo se referirá a los procesos de descodificación y de recodificación, en orden a demostrar como el método de la codificación continúa plenamente vigente.

La segunda parte tratará de la situación de esa materia en la República Argentina, con alguna referencia particular al Proyecto de Código Civil de 1998.

Iª Parte. De la descodificación a la recodificación

1. Los objetivos de la codificación.

Enseña Diez Picazo que la codificación es un ante todo un intento de racionalización del mundo jurídico en cuanto mundo normativo (1), y persigue una perfección cuantitativa en cuanto intenta reducir el número de normas al condensarlas en un único cuerpo; y cualitativa, en tanto se busca mejorar su inteligibilidad.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 24 de abril de 2003.

(1) DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, Luis, "Codificación, descodificación y recodificación", ADC, XLV-1992-473.



De otro lado, encarna la idea de progreso en un triple sentido:

- político, pues se entiende que con ella se consagra la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley;

- económico, desde que se considera a la codificación como un motor del desarrollo (2);

- jurídico, pues sin duda el sistema jurídico en general sale fortalecido.

## 2. Los Códigos de la Primera Generación

A fines del siglo XVIII el mundo occidental estaba maduro para la codificación. Ello estaba así indicado por las corrientes del pensamiento de la Escuela del Derecho Natural, las que partiendo del postulado esencial de la libertad del hombre y procediendo casi *more geométrico*, consiguieron deducir una serie de proposiciones que aparecían como necesarias. Grocio en Holanda, Domat y Pothier venían entonces preparando el camino que se abrió definitivamente con la Revolución Francesa (3).

Los códigos germánicos de fines del siglo XVIII precedieron a la codificación napoleónica, pero fue esta la que tuvo una notable ejemplaridad y se difundió por toda Europa y América, amén de su extensión por la cuenca mediterránea y los países de cercano y lejano oriente (4); dando lugar a lo que se ha dado en llamar los "códigos de la primera generación";

De modo que durante el siglo XIX vieron la luz los códigos denominados de la 1ª. generación sobre la base del modelo francés.

---

(2) Se suele decir que el Código Civil argentino fue un instrumento del desarrollo de la Argentina del siglo XIX y comienzos del XX, desde que eliminó las trabas para la disposición de la propiedad, aseguró la división de la tierra con el sistema sucesorio, garantizó la eficacia de los contratos, etc.

(3) DIEZ PICAZO, ob. cit.

(4) V. La circulation du modèle juridique français, Travaux de la Association Henri Capitant, t. XLIV, París, 1993; CARBONNIER, Jean, "Le code civil des Français a-t-il changé la société européenne?", D 1975-Ch 171; MAZEAUD, Henri, "Le code français et son influence en Europe"; David, René, "L'influence du droit civil français en Amérique", MAURY, Jean, "Le code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen, l'Orient et l'Extrême Orient, en La semaine internationale de Droit", París, 1954.

### 3. El proceso de decodificación

Recuerda Diez Picazo que un profesor húngaro dijo hace unos años atrás que el Código era también una utopía, porque concretaba la ilusión revolucionaria: la idea de la ilimitada racionalidad y del progreso; la idea de un derecho realizado para todos los ciudadanos. El código representó, al mismo tiempo, una utopía porque con él se intentaba plasmar un instante de la realidad pretendiendo que esa realidad sería siempre la misma. El Código se encontraba por ello desarmado frente a los nuevos problemas y a las nuevas necesidades que, incesantemente fueron posteriormente surgiendo (las crisis económicas, el problema obrero, etc.) (5).

De modo pues que fue apreciable un fenómeno muy claro. La multiplicación de leyes especiales iba "sacando" materias del Código, o simplemente creando nuevas instituciones que no estaban destinadas a entrar en ellos.

Se advertía así que los códigos dejaban de ser el centro de la legislación, que se desplazaba hacia las leyes especiales, causado esto en múltiples razones.

En concreto, se dice que la descodificación se ha venido entonces produciendo por la coincidencia de múltiples factores:

- la legislación especial que ha nacido para atender necesidades particulares;

- la jurisprudencia que ha ido atribuyendo significación a los mensajes comprimidos en las normas, y ha ido "creando" hasta nuevas instituciones (en Argentina el abuso del derecho, la lesión, antes de la reforma de 1968; la indexación de las obligaciones dinerarias después), etc.

- El reconocimiento del efecto directamente operativo de algunas cláusulas constitucionales;

- El derecho supranacional

- El derecho comunitario

---

(5) DIEZ PICAZO, ob. cit.

Ello ha llevado a algunos autores a pensar que está próxima la desaparición de los códigos, cuestionando el método de la codificación como modo de expresión legislativo. O reservándole una función de derecho residual, como disciplina de casos no regulados por los microsistemas legislativos (6).

García Cantero resume el pensamiento de Irti destacando los siguientes párrafos de su obra: "Por un lado, el Código ha perdido todo valor constitucional, ya que las libertades políticas y civiles, el derecho de propiedad, la iniciativa económica privada, se tutelan en la Constitución, es decir, en normas jerárquicamente superiores (...). A esta tutela nada puede añadir el Código Civil despojado de la función de garantía que asumió en el siglo XIX, y expropiado día a día por las leyes especiales".

"La edad de la descodificación —o sea, los años que vivimos y los que nos esperan en el próximo futuro—, está ante nuestros ojos con la nitidez de su fisonomía. El Código Civil ha perdido el carácter de centralidad en el sistema de fuentes; ya no es la sede de las garantías individuales, que son en adelante asumidas y desarrolladas por la Constitución; ya no es la sede de los principios generales, en adelante expresados mediante categorías de bienes o de clases de sujetos, mediante leyes externas. La historia de nuestro siglo revela, bajo la órbita de las reformas legislativas, una radical dirección centrífuga".

"En nuestro tiempo ya no se renueva la discusión sobre la codificación. Se han extinguido o han caído los conceptos ideales: la utopía de un derecho sellado por la razón para todos los hombres y para todos los países; la confianza en la creatividad espontánea de la conciencia popular".

"No podemos asombrarnos si enteras instituciones o categorías de relaciones jurídicas se sustraen al C.c. y se confían a leyes externas: el fenómeno ha afectado a los sectores más vulnerables del Derecho privado, desde la familia al trabajo subordinado, desde el contrato de sociedad a los contratos agrarios. El proceso de descodificación se expande irresistiblemente" (7).

---

(6) IRTI, Natalino, "La edad de la decodificación", n° 8, p. 33, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, 1992.

(7) GARCIA CANTERO, Gabriel, "El código civil cubano", a publicarse en Revista de Derecho Comparado, n° 6.

#### 4. La reacción de la doctrina

Sin embargo, la tesis de Irti no hizo fortuna ni siquiera en Italia.

Recuerda el mismo García Cantero que con motivo de los 40 y de los 50 años del *Codice Civile* de 1942 se celebraron varios encuentros que trataron este tema.

En el Congreso de Sassari de 1982 se plantearon dos cuestiones fundamentales: ¿Es o no actual la idea de un Código? ¿Responde el Código Civil de 1942 a las ideas de nuestro tiempo?. Si Irti adelantó su respuesta unos años antes, Bianca abiertamente le contradice y contesta afirmativamente a la pregunta de tipo general en base a que —a su juicio— el Código satisface dos exigencias fundamentales de nuestra sociedad, la igualdad y la racionalidad.

En 1992 se celebró en Génova el XIII Congreso Nacional de Abogados Jóvenes, y en su ponencia ALPA —aun siendo partidario de desmitificar el Código— le atribuye, al menos, una triple función que desempeña mejor que las leyes especiales: ser el espejo de la sociedad, no sólo presente sino futura, servir de regulación de las relaciones civiles y de laboratorio de la interpretación; y en fase de conclusiones, Ferri sostiene que la idea del Código, entendido como filosofía no sólo no ha perdido vitalidad, sino que hoy, más que nunca, resulta indispensable. Este mismo autor, en el Congreso celebrado en Milán, afirma que el Código sigue siendo instrumento príncipe o referente privilegiado de las relaciones entre particulares, pues nunca como ahora ha hecho falta un sistema orgánico y formal de principios y normas; por ello el Código es el sistema ordenado y ordenante que ejerce una función central e insustituible.

De modo pues que una corriente de opinión ciertamente significativa distingue adecuadamente entre el envejecimiento de los Códigos y el método de la codificación en sí.

No hay duda que los códigos decimonónicos envejecieron como consecuencia de los acelerados cambios sociales del siglo XX. Y más se nota ese envejecimiento cuando nos enfrentamos a relaciones causadas en la creación de comunidades supranacionales ni siquiera avizoradas por los autores de esos Códigos.

Pero ello no implica abdicar del método, si se concibe que la codificación no es en sí una meta inmóvil, sino un proceso, un conjunto esencial-

mente dinámico al cual constantemente se incorporan normas nuevas y se desechan las caducas; y que por lo tanto exige su revisión permanente (8).

En definitiva, lo caduco es la ilusión racionalista de consagrar en un código el derecho de manera definitiva, permanente, estable. El derecho muda, cambia constantemente, y ello debe reflejarse en el Código, el que es una exigencia sistemática de cada derecho (9).

##### 5. La prueba de la continuidad del movimiento codificador

Este claro y decidido movimiento de ideas, contrarias a las de Irti, está además confirmado por la realidad, pues como se verá, los países de distintas familias jurídicas han continuado utilizando el método de la codificación.

Sacco comenta que los hechos se han desarrollado como si los legisladores se hubieran olvidado de que estábamos en la era de la descodificación, ya que en el último medio siglo se han promulgado hasta cuarenta nuevos Código Civiles (10). Y seguramente otros se han agregado después de la publicación del trabajo de Sacco (entre ellos nada menos que los de Holanda, Québec y la Federación Rusa).

El vasto movimiento codificador de los últimos sesenta años (11), se inicia con el código civil italiano de 1942, unificador de la legislación civil y comercial, y que se prolonga en el código portugués de 1966, el boliviano de 1975, el peruano de 1984, el paraguayo de 1986, el de Québec de 1994 y el holandés de 1992 (12).

---

(8) RIVERA, "Instituciones de Derecho Civil" - Parte General, t. I, n° 236, p. 261, 2da. Ed., Buenos Aires, 1998.

(9) SCHMIDT, Karsten, "Il Codice Commerciale tedesco: dal declino alla ri-codificazione", RDC, 1999-6-74

(10) SACCO, Rodolfo, "Codificare, modo superato di legiferare?", RDC, 1983.

(11) v. SACCO, Rodolfo, "I codici civile dell'ultimo cinquantennio", Riv. di Diritto Civile 1993 - Ia. parte - 311

(12) v. IORIATTI, Elena, "Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi: fra soluzioni originali e circolazioni dei modelli", Riv. de Diritto Civile, 1992 - Ia Parte - 117; TALLON, D., "L'entrée en vigueur du nouveau Code Civil Neerlandais", Rev. Int. de Droit Comparé 1992-485.

A ellos se suman los procesos de reforma en curso en Bolivia y Perú, el proceso de elaboración de un nuevo Código Civil de Puerto Rico, la sanción del nuevo Código Civil de Brasil y la reforma del Código Civil alemán.

Y los países que pertenecían al área socialista y han ido incorporándose al mercado han optado mayoritariamente por la codificación de su incipiente derecho privado patrimonial. Recuérdese sino, a solo título de ejemplo introductorio, los Códigos de la Federación Rusa (1994), de Mongolia (1994) y de Vietnam (1995) (13); así como la codificación lituana (14).

Lo que en definitiva demuestra que el núcleo del derecho privado se encuentra en los códigos aun cuando aparezcan "satélites" como lo ha denominado con agudeza un autor (15).

Por lo demás, la exigencia del mercado único es tener un derecho único, al menos en ciertos sectores como lo son las obligaciones y contratos. De allí que existan tentativas de crear textos que desarrollen estas materias con la expectativa de que rijan en todo el espacio de la Unión Europea. Nos referimos al Anteproyecto de Código Europeo de Contratos preparado por la Academia de iusprivatistas europeos; y a los "Principles Of European Contract Law", elaborados por una comisión presidida por el jurista danés Ole Lando.

En fin, no parece que pueda ponerse en duda que el método de la codificación sigue vigente, y que como afirma de los Mozos la "era de la decodificación" está por ahora afortunadamente superada (16).

Y que asiste la razón a Falzea cuando afirma que los códigos son el producto más evolucionado que la cultura humana ha podido crear en el

---

(13) Y actualmente están en consideración o en elaboración proyectos de reforma a los códigos civiles de Argentina, Perú, Bolivia, Puerto Rico y Brasil.

(14) MIKELENAS, Valentinas, *Unification and Harmonisation of law at the turn of the millennium: the lithuanian experience*, *Revue de Droit Uniforme* 2000-2-243 y sigtes.

(15) SCHLESINGER, Piero, "Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti", *RDC* 1993-Ia. Parte-403.

(16) DE LOS MOZOS, José Luis, "Un intento de unificación del derecho privado. El Proyecto de Código Civil de la República Argentina", unificado con el Código de Comercio, nº 3, p. 264, *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo-junio 1999.

sistema cultural del derecho ofreciendo a los ciudadanos ireemplazables instrumentos de conocimiento de las reglas que regulan su acción (17).

#### 6. La recodificación. Alcance de los nuevos Códigos.

Este proceso al que venimos aludiendo es identificado como "la recodificación". Cabrillac, profesor de la Univ. de Montpellier, dice que "la recodificación presenta una fuerza de seducción no despreciable en la doctrina, y las recodificaciones constituyen incontestablemente uno de los fenómenos legislativos más marcados de los últimos decenios" (18).

Claro es que la recodificación asume formas muy variadas. El mismo Cabrillac dice que se puede recodificar por la vía de la "recodificación - compilación" o la "recodificación - modificación" que puede ser global o progresiva.

Justamente Sacco advierte que 40 nuevos Códigos civiles no significan 40 nuevos modelos de Código, y que la circulación de éstos no se detiene ante barreras lingüísticas, culturales, históricas o sociológicas.

Pero en todo caso, se debe partir de la idea de que los códigos de hoy no son como los códigos del siglo XX, pues no se exige de ellos que sean carentes de lagunas y perennes (19).

Sin duda los objetivos de la codificación actual son más modestos que los que el iluminismo asignó a las codificaciones del siglo XIX. No se pretende hoy que todo el derecho privado quede condensado en un Código; por el contrario se admite la convivencia con la legislación especial (20) y con la "lex mercatoria" cuando se trata del comercio internacional.

En otras palabras, los códigos de la segunda mitad del siglo XX y de la actualidad no tienen la pretensión de abarcar todo ni de durar para siempre.

---

(17) FALZEA, Angelo, "Relación introductoria en el coloquio sobre 'Formalismo e attività giuridica'", Camerino, 26/27/9/89.

(18) CABRILLAC, Remy, "Recodifier". RTDC, 2001-4-833.

(19) SACCO, ob. cit. en nota 11; en el mismo sentido, SCHMIDT, ob. cit.

(20) A veces también bajo la forma de Códigos, como pueden serlo códigos del transporte, del consumo, del seguro, de la quiebra, de las sociedades.

Pero el Código constituye el reservorio de los conceptos generales (la persona, la obligación, el contrato, la responsabilidad civil, el derecho real, el modo de transmisión de las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos, etc.), por lo que constituye el telón de fondo de toda la legislación especial y es a la vez —según la feliz expresión de Giorgio Cian— el tejido conectivo que vincula a todas las leyes especiales y las torna inteligibles. De modo que cuando en la legislación especial se habla de dolo o culpa como factor de atribución, de obligación de seguridad, de hipoteca, de sucesión por causa de muerte, de obligaciones alternativas o de dar sumas de dinero, de cosa fungible, de contrato oneroso, de declaración de voluntad, de instrumento público, de capacidad, siempre se estará aludiendo a la regulación de esos institutos que aparece en el Código.

Es pues el Código la regulación de lo que puede quedar en él comprendido y es a la vez la "lingua franca" de todo el derecho privado incluido en las leyes especiales que quedan al margen de la codificación por distintas razones.

Para ver como lo han hecho los distintos países, deben revisarse los criterios que se han seguido en ellos, distinguiendo distintos grupos de codificaciones.

#### 7. Breve esquicio sobre los códigos de la segunda generación.

##### a) Código civil italiano de 1942.

Todos conocen este Código y su génesis, por lo que no es necesario volver sobre ello. Cabe sí destacar que el Código italiano de 1942 es —como el código Napoleón— un modelo que ha circulado largamente. Ha tenido una significativa influencia en los códigos latinoamericanos posteriores (Perú, Bolivia, Venezuela), y ha influido —junto con las codificaciones suiza y francesa— en el Código Civil de Egipto de 1948 (21), el que a su vez ha servido de modelo a los códigos de Siria, Irak, Jordania, Libia, Argelia, Sudán y Kuwait (22).

---

(21) SACCO, ob. cit. en nota 11, dice que el Código de Egipto es el francés con algunos artículos agregados.

(22) PEYRARD, Georges, "Persistance de l'influence de notre Code Civil: Le Code Civil de l'Etat de Bahrein", RIDC 201-4-927.



b) Código civil de Portugal de 1966.

Si bien no es una obra que se caracterice por su originalidad, pues es tributario directo del Código alemán de 1900, es muy frecuentemente estudiado en la doctrina argentina.

c) Los códigos latinoamericanos.

Podemos incluir entre los códigos latinoamericanos de segunda generación al Código Civil boliviano de 1975 (que reemplazó al Código de 1830 que era una virtual traducción del Código Napoleón), al Código Civil peruano de 1984 (en realidad en este caso es la "tercera" generación porque reemplazó al de 1936 que a su vez había reemplazado al primer código del siglo XIX), y al paraguayo de 1986 que sustituyó al Código Civil que Vélez Sársfield había redactado para Argentina y que Paraguay había asumido como propio.

Estos tres códigos reflejan una gran influencia del Código Civil italiano.

8. Los más recientes procesos de recodificación.

La recodificación ha tenido lugar en países centrales y en ellos este proceso no ha sido consecuencia de cambios políticos profundos (como ha sucedido en los países ex socialistas que se incorporan al "mercado") sino que, sin razones políticas de base, han pretendido colocar la regulación del derecho privado a la altura de los tiempos.

Entre los procesos más recientes y relevantes, están Holanda, Quebec y Brasil.

a) Código holandés.

El nuevo código civil holandés entró en vigencia en su casi totalidad el 1/1/92. Se trata de un Código único, Civil y Comercial, que reemplaza a la codificación de 1838 inspirada en el código Napoleón.

No es entonces la renovación de una codificación antigua, sino una completa reestructuración.

La tarea de recodificar fue muy extensa pues ya en 1947 el prof. Meijers fue encargado de la redacción del Código. Habiendo fallecido en 1954 se designó a Drion, De Jong y Eggens.

Cada libro fue propuesto en forma separada al Parlamento, entre 1959 y 1980. Los dos primeros (personas y familia y personas morales) entraron en vigor en 1970 y 1976. Los libros 3,5, 6 y una parte del libro 7 (contratos especiales), es decir prácticamente todo el derecho patrimonial, entraron en vigencia el 1/1/92. El libro 4 sucesiones y el libro 7 restante entraron en vigor más tarde (23).

b) Québec.

La provincia francófona de Quebec ha reemplazado el Código Civil de Bas Canada (1866), que dominado por el individualismo liberal y la religión católica, ya no representaba a Québec moderno (24); ha entrado en vigor el 1/1/94 y es un Código único, Civil y Comercial, cuya característica principal es que sobre la base de un derecho romano-germánico ha incorporado numerosas instituciones del "common law".

Es una obra legislativa muy importante, y está siendo estudiado concienzudamente por la doctrina latinoamericana. Fue fuente importante del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 y es material de consulta permanente de la Comisión que está preparando la recodificación de Puerto Rico.

c) Brasil (25).

El proceso de recodificación brasilero fue muy largo, ya que la comisión inicial fue designada en 1969 y el Código recién fue sancionado en el año 2000.

Miguel Reale, cuya actividad fue decisiva en la redacción del proyecto, señala que si bien el objetivo inicial era preservar lo más posible el Código de 1916, rápidamente se advirtió que ello era imposible, pues este no tenía correlación con la sociedad contemporánea y las más significativas conquistas de la ciencia del Derecho. Y agrega que los grandes valores perseguidos por el nuevo Código son la eticidad (relevancia del principio

---

(23) DENIS TALLON, "L'entrée en vigueur du nouveau Code Civil Néerlandais", RIDC 1992-2-485.

(24) CABRILLAC, Rémy, "Recodifier", RTDC 2001-4-833.

(25) REALE, Miguel, "O novo código civil brasileiro", n° 4, p. 185, Rev. de Derecho Comparado.

de buena fe), socialidad (26) (que se manifiesta en reglas muy revolucionarias sobre la propiedad y en particular sobre la adquisición o pérdida del dominio por prescripción) (27); y operabilidad (o sea la intención es hacer un código mejor redactado, más simple y que por ello resulte más asequible).

---

(26) "socialidade" utiliza el original, que para nosotros quizás podría traducirse como "solidarismo".

(27) Reale, ob. cit., sobre este tema dice: "É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual. Alguns dos exemplos dados já consagram, além da exigência ética, o imperativo da socialidade, como quando se declara a função social do contrato na seguinte forma:

("Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato").

(Por essa razão, em se tratando de contrato de adesão, estatui o Art. 422 o seguinte):

("Art. 422. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente").

(No caso de posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre a posse de boa e a de má fé, o Código leva em conta a natureza social da posse da coisa para reduzir o prazo de usucapião).

(Assim é que, conforme o art. 1238, é fixado o prazo de 15 anos para a aquisição da propriedade imóvel, independentemente de título e boa-fé, esse prazo é reduzido a dez anos "se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo").

(Por outro lado, pelo Art. 1239, bastam cinco anos ininterruptos para o possuidor, que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano, adquirir o domínio de área em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nele sua moradia. Para tanto basta que não tenha havido oposição).

(O mesmo sentido social caracteriza o Art. 1240, segundo o qual, se alguém "possuir", como sua, área urbana até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptos, e sem oposição, utilizando-a para sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel").

(Um magnífico exemplo da preponderância do princípio de socialidade é dado pelo Art. 1242, segundo o qual).

("adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestavelmente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos").

(Esse prazo é, porém, reduzido a cinco anos)

## 9. Los procesos de recodificación en curso en América Latina (28).

## a) Bolivia.

Como ya dijimos el primer Código de Bolivia es de 1830, y fue tributario del Código Napoleón. Fue sustituido por el de 1975, el cual revela una fuerte influencia del Código Civil italiano de 1942.

La República de Bolivia ha encarado la reforma del Código Civil, del Código de Comercio y del Código Procesal Civil. En cuanto al Código Civil se ha proyectado una reforma parcial, aunque importante en su extensión; entre las razones invocadas para la actualización se indica también la necesidad de adecuar el derecho privado a los cambios constitucionales, así como la adecuación a nuevas realidades y la necesidad de una reformulación permanente del derecho privado

Se prevé la incorporación de reglas sobre asociaciones, fundaciones y colectividades campesinas; en materia de derechos reales se incluye el tratamiento de la posesión como lo hacen todos los códigos modernos; se trata la "usucapion" separadamente de la prescripción liberatoria; se propone incorporar al código la propiedad horizontal que actualmente está en una ley especial; se proyecta incluir un título sobre los actos jurídicos y deslindar la regulación de las obligaciones de la de los contratos; se incluye el enriquecimiento ilegítimo como fuente de las obligaciones; y se moderniza todo el derecho sucesorio.

---

("se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico").

(Não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário o disposto nos parágrafos 4º e 5º do Art. 1228, determinando o seguinte):

("§ 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante").

(§ 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores").

(28) RIVERA, Julio César, "La reforma de la codificación civil en América Latina", Rev. de Derecho Comparado, n° 1, p. 169 y sigtes.

El anteproyecto ha sido presentado en julio de 1999 y se encuentra sometido a estudio.

b) Perú.

Perú ha tenido tres Códigos Civiles a lo largo de su historia. El primero sancionado el 29 de diciembre de 1851 y en vigencia desde el 29 de julio de 1852; el segundo sancionado y puesto en vigor en 1936; y el tercero —que actualmente rige— promulgado en 1984. El Código de 1984 tiene sin duda una fuerte influencia del Código Civil italiano de 1942.

Si bien el Código civil es reciente, existen razones que invoca la doctrina peruana para justificar la tentativa de una reforma parcial. Entre ellas se pueden señalar: (i) los importantes cambios cualitativos y cuantitativos habidos en la práctica contractual con el consabido reconocimiento de la figura del consumidor; y (ii) la reforma constitucional de 1993 que contempla un sistema político y económico distinto de los existentes al tiempo de la sanción del Código de 1984 (29).

Los trabajos de la comisión peruana duraron varios años, aunque tenemos la impresión de que no han de prosperar como consecuencia de los importantes cambios políticos que se han producido en el país hermano.

De todos modos se puede apuntar que esos trabajos han puesto de relieve que una de las cuestiones todavía no concluidas en ese país es la unificación del Código Civil y el Código de Comercio mediante la derogación de este último. Ello tenía el consenso de la comisión de reforma del Código de Comercio; pero se pretendía reemplazarlo con una ley marco del empresariado, tomando como elementos centrales a la empresa y al empresario; esa ley marco comprende la ley general de sociedades, la de cooperativas, las asociaciones civiles, las fundaciones y otras formas de organización individual o colectiva (30).

d) Puerto Rico.

El Código Civil de este Estado es prácticamente una reproducción del Código Civil español de 1889.

---

(29) SOTO COAGUILA, Carlos A., "Reforma del Código Civil peruano de 1984", LA LEY, 26/8/99.

(30) SOTO COAGUILA, ob. cit.

Enseña García Cantero que el Código Civil español de 1889 ha tenido muy limitada difusión mas allá de la península; es un fruto tardío de la primera oleada codificadora europea y, además, de segunda fila, por lo que fuera de España suele englobársele, sin muchos matices, entre los derivados del Code Napoleón, si bien recientes comparatistas han comenzado a analizar en profundidad sus notas diferenciales. Hubiera debido servir de modelo a las legislaciones civiles de las antiguas colonias españolas, emancipadas a principios del siglo XIX, pero no llegó a tiempo de serlo pues la mayoría de países hispanoamericanos promulgaron sus Códigos antes del español. Sin embargo, el Código de 1889 entró en vigor en las últimas colonias antillanas y en Filipinas, y allí se ha mantenido, con suerte varia, hasta bien avanzado el presente siglo. El caso más llamativo de supervivencia se produce en Puerto Rico, en donde, después de la ocupación norteamericana, el Congreso puertorriqueño lo adoptó como código propio, con leves modificaciones, y allí sigue en constante conflicto con un derecho público de cuño anglosajón. En las Islas Filipinas, el Código español se mantuvo hasta la promulgación del vigente Código de 1947, en el cual se conserva un 80% aproximado de preceptos de origen español, la mitad de ellos traducidos literalmente al inglés, y, el resto, modificado (García Cantero) (31).

La Comisión de reformas de Puerto Rico ha iniciado sus trabajos, y tiene por delante la interesante y compleja tarea de preparar un Código Civil que se adecue a la compleja realidad institucional de Puerto Rico y que represente una adecuada síntesis entre el derecho de corte romano-germánico y el estadounidense. Seguramente será muy importante el recibir la experiencia de Quebec, y por lo que fue informado durante la reunión de las comisiones de reforma de varios países latinoamericanos llevada a cabo en Arequipa en el año 2000, existe ya un principio de colaboración con ese estado canadiense, y se está incluso trabajando en una traducción al castellano del Código Civil de Quebec.

#### 10. Un caso singular. Francia: la recodificación permanente

En Francia la recodificación empezó el mismo día de la Liberación. Grandes partes del Código Civil fueron reemplazadas, particularmente en el ámbito del derecho de las personas y de la familia por inspiración del Decano Carbonnier; y recientemente del derecho de las sucesiones. Sin

---

(31) GARCIA CANTERO, ob. cit.

perjuicio de ello se reconoce expresamente que si bien el Código Napoleón ha probado su capacidad de resistencia y perdurabilidad a pesar de los cambios incesantes del derecho, ha envejecido (32).

El Código de Comercio de 1807 ha sido sustituido por el Código del 18/9/2000 (y otras grandes partes de la codificación napoleónica han cedido lugar: así, el Código de Procedimientos de 1806 y el Código Penal de 1810 fueron reemplazados por los códigos de 1975 y 1994 respectivamente).

Pero además ahora se ha generado un sistema que se denomina de "codificación a derecho constante" que merece una explicación particular

Este método importa que el Poder Ejecutivo francés puede codificar por vía de ordenanza y ha sido declarada constitucional por el consejo de Estado (33).

El consejo constitucional ha dicho que este régimen tiene dos objetivos: (i) la accesibilidad e inteligibilidad de la ley; (ii) la seguridad jurídica.

Ahora bien; esta facultad no atribuye la posibilidad de modificar las reglas de derecho, sino las de:

- precisar los términos de la ley a fin de hacerla más comprensible y respetar el principio de legalidad;
- mejorar la redacción de los textos por una terminología mejor adaptada;
- descartar las disposiciones implícitamente derogadas;
- repartir los textos según su naturaleza legislativa o reglamentaria
- armonizar el estado del derecho

Su técnica es la de la habilitación gubernamental por vía de ordenanza

---

(32) FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, "Faut-il un Code Civil européen?", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002-3-463, n° 2.

(33) LIENHARD, Alain - RONDEY, Céline, "Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau code de Commerce)", *Dalloz* 2000 - Ch 521.

La doctrina se pregunta si la codificación a derecho constante es suficiente para el derecho civil. Christian Attias piensa que no; concretamente dice que si llegara un día a Francia un legislador preocupado por el derecho, un nuevo código civil deberá ser preparado. Y que ello no podrá ser hecho por la vía de la codificación a derecho constante porque es necesario reconstruir nociones, clasificaciones y principios (34).

La realidad es que hoy se asiste a un interesante debate en la doctrina francesa acerca de la conveniencia o no de sustituir el Código Napoleon así como acerca de la eficacia que puede tener este mecanismo de la codificación a derecho constante.

#### 11. Un caso extraordinariamente importante. La reforma del BGB.

La reforma al BGB se ha concretado con una ley aprobada por el Parlamento Federal el 11 de octubre de 2001 y entró a regir el 1 de enero de 2002.

Se dice de la reforma alemana que su resultado es equiparable a cualquiera de las reformas más recientes de otros códigos europeos, y equivale a una verdadera recodificación (35).

Merece destacarse que según los primeros comentaristas, el destinatario del nuevo BGB no es ya un ciudadano en abstracto (el burgués, ya pasado de moda cuando el código se puso en vigencia en 1900, después de 22 años de trabajos de preparación y elaboración), sino un ciudadano de carne y hueso que lucha diariamente contra las agresiones del mercado.

Pero además, el nuevo BGB persigue los objetivos propios de la recodificación: la modernización del derecho, la información y transparencia interna, la mayor claridad, la expresión y garantía de un pensamiento que busca la sistematización del derecho (36).

---

(34) ATTIAS, Christian, "Le code civil nouveau", Dalloz 1999-Ch 200; v. también REMY, Philippe, "La recodification civile", Droits, 1998.3.

(35) ALBIEZ DOHRMANN, K. Jochen, "La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado", Rev. de Derecho Privado, Madrid, 2002-188.

(36) ALBIEZ DOHRMANN, K. Jochen, "Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", en ADC, 2002-1132, en particular n° 5 a partir de p. 1140.



En cuanto a sus fuentes la reforma ha tenido siempre en cuenta la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit. A la vez que incorpora algunas de las directivas europeas más importantes relativas a la protección de los consumidores, la contratación a distancia, las garantías en la compraventa de bienes para consumo, la morosidad en las operaciones comerciales y el comercio electrónico.

La reforma del BGB moderniza significativamente el derecho de obligaciones. Se destaca por la doctrina:

- la reforma del régimen de la prescripción extintiva, que se somete a plazos muchos más breves (y aun a plazos absolutos pasados los cuales ninguna acción es posible (37));
- la modernización del contrato de compraventa, que se ajusta a los lineamientos de la Convención de Viena;
- el acercamiento del contrato de obra a las reglas de la compraventa;
- la modernización de todo el régimen del incumplimiento (que en la terminología germana se identifica como "contravención de la prestación");
- la incorporación "in totum" de la ley de condiciones generales de contratación (AGB-G).

Por supuesto que, como quedó dicho, hay una incorporación del consumidor al Código Civil, de donde aparecen ahora en el Código reglas provenientes de la ley de revocación de negocios a domicilio y negocios análogos; la ley de crédito a consumidores; la ley de aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial. Y reglas provenientes de las directivas comunitarias también se encuentran hoy en el BGB.

Finalmente puede destacarse, sin por ello pretender siquiera terminar una enunciación de las materias reformadas, que el nuevo BGB codifica materias elaboradas por la jurisprudencia —como lo hiciera la reforma al Código Civil argentino de 1968— entre las cuales merece destacarse la revisión del contrato por la alteración de las bases de la negociación.

En fin, una verdadera recodificación del derecho de las obligaciones y de los contratos.

---

(37) Como lo previeron el Proyecto de Unificación de 1987 y el Proyecto de Código Civil de 1998.

## 12. Italia.

El Código Civil italiano ha ido recibiendo reformas parciales a lo largo de los años. La más reciente se remonta al día 17 de enero del 2003, día en que se publicaron en la Gaceta Oficial Italiana los decretos Legislativos 5 y 6 que introducen grandes modificaciones al Capítulo V del Título V del Libro V del Código Civil Italiano relativo al régimen Societario de dicho país. El decreto legislativo 5 se refiere a modificaciones relativas al procedimiento societario y el 6 sustituye el referido Capítulo del Código Civil avanzando sobre el derecho de fondo. La reforma que responde a lo dispuesto en la ley de delegación 366 del 3 de octubre de 2001 entrará en vigencia a partir del 1° de enero de próximo año 2004.

## 13. La codificación en los países anglosajones.

### a) U.S.A.

Los Estados Unidos han pasado por distintas etapas con relación a la codificación. Una primera de interés, como modo de rompimiento con las estructuras legales del opresor inglés, las cuales además eran en gran medida despreciadas por los autores de la época, que consideraban al derecho inglés como un laberinto misterioso (Sampson), y que llevó al mismo Story a describir la situación del derecho de su país diciendo que era una "calamidad espantosa que amenaza con enterrar vivos a los juristas americanos no en las catacumbas sino en los laberintos del derecho".

Sin embargo ella fue seguida por una corriente que excluía absolutamente la posibilidad de codificar, y que hizo fracasar las tentativas de David Dudley Fields de sancionar un código civil para New York (38).

Sin embargo en Louisiana se sancionó un Código Civil en 1825, sobre la base del Louisiana Digest de 1808; sin duda razones históricas particulares dieron sustento a esta codificación.

Pero en el siglo XX se promovieron mecanismos para conocer y entender mejor el derecho, especialmente el de los contratos; ello como una necesidad del comercio interestatal. Fue denunciado, aun antes de los

---

(38) El proyecto de Field tenía algunas reglas generales muy interesantes, como por ejemplo que "nadie puede contradecirse en perjuicio de otro": v. HARMAN, Shael, "Histoire et destinée de la codification américaine", RIDC 1995-3-707.

estudios de la escuela del "law and economics" que la diversidad de derechos estatales costaba tiempo y dinero a los hombres de negocios y a los mismos abogados.

Por ello la primera tarea emprendida fue la de los restatements, emprendida por el American Law Institute; esta obra es básicamente una suerte de consolidación del derecho jurisprudencial, expresado en reglas concisas, seguidas de comentarios y ejemplos. Los restatements no son derecho positivo ni fuente autorizada de derecho, pero son permanentemente utilizados.

La tarea de codificar el derecho comercial nació aproximadamente en los años 40 y fue un jurista formado en los derechos continentales —Karl Llewellyn— quien la encabezó.

The Uniform Commercial Code cabe señalarlo no es un Código Civil sino un Código de Comercio. Con lo cual carece de muchas reglas propias del primero; así no trata de la venta inmobiliaria, ni de la representación, el estoppel, los vicios del consentimiento u otras instituciones que serían fundamentales para un código de origen romano-germánico

Tampoco es propiamente un código, sino una suerte de ley uniforme que los estados asumen y en ciertos casos completan según sus singularismos. En realidad los 50 Estados han adoptado ya el UCC y ha sido visto este proceso como un medio de obtener uniformidad sin federalizar (39).

Sin embargo, hoy el UCC es conocido y utilizado por los abogados como la primer referencia.

Y está en curso un proceso de revisión del UCC que se lleva a cabo por especialistas. En 1998 se aprobó una revisión completa del art. 9º (garantías sobre bienes muebles) que entró en vigor el 1/7/2001. Las reformas al UCC tienen en cuenta que este cuerpo está dirigido en primer lugar a abogados comercialistas que planean y ejecutan sofisticadas transacciones de mercado, por lo que buscan dar a estos mayor certeza transaccional; un abogado comercialista debe poder predecir con el mayor grado de certeza posible las consecuencias legales que surgirán del uso de documentos particulares.

---

(39) MC DONNELL, Julian B., "Tendencia en EE.UU. a la codificación". Revisión del Código Comercial Uniforme, LA LEY, 1999-F; 916

b) Inglaterra.

En cuanto al derecho inglés (40) presenta un marcado acercamiento al derecho continental, proceso que se ha iniciado en el siglo pasado con la reforma procesal iniciada en 1832 y continuada a lo largo de ese siglo XIX que obliga a "descubrir" un derecho sustancial que hasta entonces estaba oculto entre los pliegues del proceso. Y así como en el siglo pasado Pothier deviene un autor reconocido, en el presente por obra de la doctrina se va perfilando una doctrina general de las obligaciones y aun de la responsabilidad civil (41).

Y si bien la noción de contrato como categoría jurídica dista mucho de estar diseñada en el derecho inglés, es posible identificar un primer punto de contacto fundamental con el derecho continental; tanto en uno como en otro el contrato está fundado en la idea de autonomía privada. Subraya Gandolfi que de un lado y del otro de la Mancha, el contrato es el instrumento jurídico que permite a los sujetos reglar sus relaciones sobre la base de elecciones subjetivas, fundamentalmente libres e inspiradas en su interés personal (42).

Por lo demás, si bien el sistema de la ley escrita aparece en Inglaterra como una "pieza extraña", lo cierto es que existen esfuerzos muy notables en ese país que demuestran su acercamiento a la técnica de la codificación (43), la

---

(40) Cuando hablamos de derecho inglés lo hacemos en esa extensión, esto es, excluyendo a Escocia cuya vinculación al derecho de fuente romana es mucho mayor.

(41) GLENN, H. Patrick, "La civilisation de la common law", RIDC 1993-559.

(42) GANDOLFI, ob. cit., p. 715; destaca el autor la diferencia de concepto que existe con relación al contrato en los países del área que estuvo bajo influencia socialista y en los cual algunos códigos de esa familia aun subsisten; en esos ordenamientos el contrato es concebido como el medio por el cual el ciudadano —en tanto que eslabón de la cadena colectiva— coopera en el interés de la comunidad a la realización de la planificación nacional de la vida económica, aplicando no el criterio del provecho individual, sino el del rendimiento personal, coordinado a los cánones de la unidad entendida como "convergencia mutua" de los derechos y obligaciones de los distintos sujetos.

(43) Se señala que la Law Commission Act de 1965 encargó a una comisión inglesa y escocesa de someter todo el derecho a una revisión en vista de su desarrollo sistemático y de su reforma, comprendida particularmente su codificación; la comisión propuso la enunciar los principios generales de derecho contractual en un código autónomo. Ese proyecto fue redactado por Harvey McGregor; está publicado en castellano, trad. de José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, Barcelona, 1997; ha sido tomado en cuenta para los trabajos encarados por el grupo de Pavia, como lo veremos más adelante.

cual ya había sido reclamada por Bentham en sus duras críticas al sistema jurídico del "common law" (44).

Todo lo cual demuestra que no es imposible que Inglaterra se afilie a un sistema de derecho escrito, y más aun, codificado, en materia de contratos y obligaciones.

Una prueba de ello es el proyecto de Contract code redactado por el profesor McGregor por encargo de la "Law commision" inglesa en el seno del Parlamento británico.

Y más aun, se sostiene que el método de las "Consolidation Acts" opera una suerte de codificación a derecho constante (45).

14. La codificación en los países ex socialistas (o los códigos de la tercera generación).

a) Introducción.

En los países de la Europa Central, Báltica y Oriental la necesidad de las reformas legislativas tiene una fuente sustancialmente diversa de los países que venimos tratando.

En ellos se han sucedido a lo largo del siglo XX una serie de fenómenos que podríamos llamar revolucionarios:

- la caída de los imperios otomano, ruso y austro-húngaro;
- el establecimiento del comunismo;
- la caída del comunismo.

Esto último exige hoy a los países la adopción de instituciones que les permitan incorporarse a una economía de mercado (por ejemplo, para recibir un crédito del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento se exige que aprueben una ley sobre el trust).

---

(44) GLENN, ob. cit.

(45) BEALE, H., "The Principles of European Contract Law and Harmonisation of the Laws of Contract", en *Mélanges Ole Lando*, Copenhage, 1997, citado por FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, "Faut-il un Code Civil européen?", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002-3-463, nota 13.

Pero a la vez se advierten distintos panoramas, que pueden diferir enormemente de un país a otro (aun cuando sean vecinos y aun cuando ahora o antes hayan conformado un solo Estado).

Así, en una primera aproximación podrían distinguirse los países que tenían un derecho prebélico de los que no lo tenían.

De modo que algunos países volvieron al derecho anterior, y procedieron a su remozamiento. En esta orientación pueden colocarse países como Hungría y Checoslovaquia (antes de la escisión entre la República Checa y Eslovaquia).

De todos modos la codificación o legislación de los países de la esfera ex socialista es significativamente interesante para el comparatista, desde que permite advertir la circulación de modelos jurídicos por esa zona. Esos modelos jurídicos que vienen influyendo en esos trabajos y en la renovación general de la legislación de derecho privado patrimonial y derecho de los negocios no son solamente los continentales europeos. Ellos provienen de la tarea de organizaciones internacionales (como *Unidroit*, la Banca Mundial, el Fondo Monetario Internacional), nacionales (como la Oficina para la Cooperación Técnica del gobierno Alemán o el Centro de Cooperación con la Europa del Este del gobierno holandés), de esfuerzos privados generalmente requeridos por los mismos países (como Albania que ha requerido la colaboración de juristas alemanes para la adecuación del derecho comercial), y aun de la misma UE que impuso a los países de la Europa Central que suscribieron acuerdos con ella entre 1991 y 1992 la adopción de ciertos ajustes en su derecho positivo (46).

De allí que pueda concluirse que los países ex socialistas están hoy abiertos a recibir modelos legislativos provenientes del derecho de fuente romano germánica, del derecho uniforme, del derecho de la UE y aun de la experiencia angloamericana, lo cual a veces produce resultados impen-sados (47).

---

(46) Particularmente en el ámbito de la propiedad industrial y los derechos intelectuales.

(47) Ajani informa que en Albania el proyecto de reforma a la ley de sociedades preparado por juristas alemanes parece tener cierta inspiración en la ley francesa de 1966, mientras que la primera parte del Código de Comercio refleja parcialmente el contenido del Código albanés de 1932 proyectado por Cesare Vivante, y el sistema de registro de las sociedades tiene inspiración alemana: AJANI, *ob. cit.*, nota 32 en p. 1102.

b) La Federación rusa.

Durante la era soviética regía en la entonces Unión Soviética, el Código Civil sancionado el 11/6/64, que en lo fundamental reproducía los Principios Fundamentales de la Legislación Civil de la URSS de 1961. Su inadecuación a las instituciones de la economía de mercado, intentó comenzar a superarse con la entrada en vigencia a partir del 3/8/92 de los Principios Fundamentales de la Legislación Civil de la URSS de 1991 junto con una serie de normas sobre propiedad, alquiler, empresas, garantías y propiedad intelectual.

Luego se dio a luz un Código Civil que ha entrado en vigencia por etapas. La primera en 1 de junio de 1995; la parte segunda en 1 de marzo de 1996 (48).

c) Lituania.

El caso de Lituania es interesante porque presenta numerosos elementos complejos (49). Es obviamente conocido que este es uno de los estados bálticos, independiente desde 1918, con el interregno de 50 años de ocupación soviética entre 1940 y 1990 en que se restablece el Estado, continuador del anterior (tanto que reasume la Constitución de la década del 30, aunque por muy corto lapso)

El sistema legal de Lituania era —en el período de entreguerras— sumamente complejo, pues según las regiones se aplicaban normas de inspiración rusa (los *restatements* de la época zarista), francesa (Código Napoleón), alemana (BGB) o local (una recopilación de leyes civiles de las provincias bálticas)

Restablecido el Estado independiente, la unificación del derecho civil no era una prioridad absoluta. Era previo establecer reglas institucionales básicas, adopción de criterios apropiados para el desenvolvimiento de una economía de mercado y la restauración del derecho de propiedad.

---

(48) La fuente es BUTLER, W.E. - GASHI-BUTLER, M.E., "The developments of the civil code", prólogo a la edición inglesa del Código Civil de la Federación Rusa.

(49) La fuente es MIKELENAS, Valentinas, "Unification and harmonisation of Law at the turn of millenium: the Lithuanian Experience". *Revue de Droit Uniforme* 2000-2-243.

Los redactores del nuevo Código Civil han trabajado teniendo en cuenta algunos aspectos fundamentales. Entre ellos la necesidad de adecuarse a los instrumentos internacionales de derecho uniforme y de armonización hoy vigentes. En este sentido, el trabajo no debía ser de elaboración de un derecho aislado del contexto internacional.

Y han tenido especialmente en cuenta al Código Civil holandés y al Código Civil italiano, lo que inicialmente despegó una cuestión: no habría codificación comercial separada.

También se han tenido en cuenta el derecho francés en la parte del régimen de bienes del matrimonio y el derecho sueco en lo que hace a la cohabitación (concubinato).

Pero teniendo en cuenta que el idioma que más se conoce por los abogados lituanos es el inglés, existe una fuerte influencia del derecho anglosajón; y ha servido como fuente la versión inglesa del Código Civil de Québec.

Y también se ha seguido mucho a los Principios Unidroit en la teoría general del contrato; lo mismo que el proyecto Lando

Por lo que en definitiva el nuevo Código civil —adoptado por el Parlamento el 18/7/00 y en vigor desde el 1/7/01— es una síntesis de fuentes romano-francesas, germanas y anglosajonas.

#### d) Letonia - Estonia.

Letonia es un caso de retorno al derecho prebélico. Había sancionado un Código Civil en 1937, y este ha sido puesto en vigencia nuevamente con numerosas reformas

En Estonia en cambio no había código civil antes de la segunda guerra mundial, y se ha adoptado una legislación de derecho privado contenido en varias leyes separadas.

#### e) Otros países socialistas.

Vietnam ha sancionado un Código civil que tiene a poner la piedra fundamental de un derecho privado patrimonial (50). Mongolia también tie-

---

(50) V. SERAFINO, Andrea, "Il processo di codificazione nel Vietnam", RDC, 2001-5-665.



ne un Código Civil que puede ser consultado en Internet pero sobre el cual no tenemos otros datos.

Uzbekistán constituye un modelo de país ex socialista que ha mantenido el Código sancionado durante la pertenencia a la ex URSS (1963) pero modernizado con leyes sobre la propiedad, la actividad empresarial, las personas morales, etc. (51). Pero luego fue reemplazado por un nuevo Código Civil, adoptado en dos pasos (21/12/95 y 28/8/96), y entró en vigencia el 1/1/97 (52).

Un caso singular es el de Cuba. Como señala García Cantero (53), en ese país las cosas han transcurrido de modo algo diverso; a raíz de la independencia, se mantuvo en vigor el Código Civil español —tanto bajo la ocupación norteamericana, como durante la República— con algunas modificaciones, y hasta mediados de siglo hubo una fluída comunicación doctrinal y jurisprudencial entre España y Cuba (basta ojear la bibliografía del Castán para comprobarlo). Instaurada la dictadura castrista, la comunicación jurídica se va reduciendo paulatinamente, hasta cesar prácticamente del todo; las visitas esporádicas de profesores cubanos a España nos hablan de la increíble penuria de medios materiales con que aquéllos han de afrontar para cumplir su función. En esta situación de casi total incomunicación científica con la Península, hay que encuadrar la promulgación del Código de Familia en 1975 (54), y la del Código de 1987.

Cuba fue la última de las colonias españolas en América en poseer un Código propio; también es la última en promulgarlo en relación con el resto de los países socialistas del hemisferio occidental, y habiéndolo hecho poco antes de la caída del Muro de Berlín, bien puede considerársele

---

(51) SAĪDOV, Akmal, "Le système juridique de l'Ouzbekistan. Histoire et droit contemporain", RIDC 1995-4-883.

(52) BUTLER - GASHI-BUTLER, ob. cit.; ellos también informan del Código Civil de la República de Kazahstán adoptado el 27/12/94 y que el Código Civil de la República de Belarús, de la época soviética (1964), fue modificado en 11/7/97. Leiva Fernández trae noticia sobre los códigos de Georgia (1997), Kirgizstán (1996-7), Tajikistán (1999), Armenia (1998) y Turkmenistán (sin fecha), Notas breves sobre el nuevo Código civil de Brasil, n° 5, p. 168, Revista de Derecho Comparado.

(53) GARCIA CANTERO, ob. cit.

(54) En 1975 el Ministerio de Justicia de Cuba hace una publicación oficial, con fecha de cierre de 8 marzo 1975, del texto en vigor del C.c. después de promulgado el Código de Familia.

como un Código póstumo de inspiración marxista. Al mismo tiempo, dada su impronta hispánica, constituye un ejemplo inédito de Código hispano-marxista. Ha seguido la sistemática de otros Códigos socialistas amputándole el Derecho de Familia, promulgado como código unos años antes. Aunque incluye algunas reglas tradicionalmente consideradas como mercantiles, el nuevo Código las excluye por razones ideológicas, y, quizá inadvertidamente, permanece fiel a la directriz de aquellas legislaciones que no han hecho la unificación del Derecho privado (Francia, Alemania, España).

Puede destacarse que como no hay todavía un proceso de acercamiento a una economía de mercado, es uno de los últimos ejemplos de legislación de inspiración marxista.

#### 15. Las codificaciones en los países musulmanes.

Los países musulmanes han pasado también por distintas etapas de codificación. Uno de los primeros esfuerzos —con una gran inspiración comparatista— fue el de Túnez; el Código Civil de 1906 es obra fundamental de un jurista ítalo-tunecino, David Santillana. Fue precedido por un código inmobiliario (*code foncier*) de 1885 aplicado en Marruecos, Líbano y Siria) inspirado también en distintos derechos (incluido el sistema *Torrent* australiano). El Código de las obligaciones y contratos de Túnez se aplica en Marruecos y Mauritania (55).

En cuanto al Código de Egipto de 1948 ha sido señalado como un importante trabajo, que ha inspirado a muchos otros países (Sudán, Jordania, Irak, Siria, Kuwait). Con motivo de los cincuenta años de vigencia que cumpliera en 1998 se celebraron múltiples jornadas de estudio de este Código y su influencia en el área musulmana.

El Código Civil de Bahrein ha sido puesto en vigencia por el emir en marzo de 2001. Como los otros códigos de la región excluye el derecho de familia. Comienza con el tratamiento de los derechos de crédito, incluyendo una suerte de teoría general de las fuentes de la obligación, los actos y los hechos jurídicos (por ello incluye la responsabilidad civil); en la segunda parte trata de los contratos en particular; y luego de los derechos reales. Lo interesante es como se las han arreglado para compatibilizar la

---

(55) CHARFEDDINE, Mohamed Kamel, "Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'elaboration du Code tunisien des obligations et des contrats", RIDC, 1996-421.

charia con las necesidades de un país con un extraordinario dinamismo comercial y financiero; de modo que si bien incluye a la ley islámica como fuente, trata del préstamo, del interés, del seguro, etc. (56).

#### 16. China.

En China todavía no hay un Código Civil. Comenzadas las reformas económicas se creó una Comisión de redacción del Código Civil (1979), pero se dejó sin efecto en 1986 por considerarse prematura esa tarea.

De todos modos se ha sancionado una ley denominada Principios generales del Derecho Civil (1986) y existe una sólida convicción en la doctrina sobre la conveniencia de ordenar el conjunto de la legislación en un Código (57), aunque los trabajos han sido solo iniciados, avanzan por partes y lentamente (58).

#### 17. Las codificaciones supranacionales.

Es sabido que en este momento, en Europa, se están elaborando y conociendo distintos trabajos con la finalidad de dar un cuerpo supranacional que contemple la regulación de los contratos, al menos en su teoría general.

Se trata de una tarea de suma complejidad, porque exige tomar posición sobre la metodología a seguir, y en particular en el caso de Europa requiere coordinar distintos sistemas o familias jurídicas como son la romano germánica, la anglosajona y la escandinava; lo cual hace que los juristas de ese continente se enfrenten a un tema de gran interés teórico y práctico pues los negocios no reconocen fronteras ni existen hoy en el mercado interior único que propone la Unión Europea:

De otro lado el tema es interesante por su ejemplaridad, porque este proceso iniciado en Europa es una consecuencia de la creación de un gran espacio económico, un mercado interior único, fenómeno que con los años pueden reproducirse en América del Sur en la medida que avance y se consolide el Mercosur u otros grandes espacios económicos.

---

(56) PEYRARD, ob. cit.

(57) LI-KOTOVTCHIKHINE, XIAO-YING, "La réforme du droit chinois par la codification", RIDC, 2000-3-529.

(58) V. JIANG PING, "L'orientamento del diritto civile del XXI Secolo e la redazione del Codice Civile Cinese, en Roma e America", p. 391, Diritto Romano Comune, 12-2001.

## a) La necesidad.

Es sabido que el Acta Unica europea de 1986 establece la creación de un "mercado interior", lo que supone, "un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de este tratado". Ante todo este planteamiento, y aun sin tener en cuenta el desarrollo que del tema se hace en el Tratado de Maastrich (títulos I y II) la cuestión a resolver es si puede haber un mercado interior único sin que por lo menos se haya unificado el derecho de los contratos (59).

Ello ha quedado reflejado en el TCE con las modificaciones producidas por el TUE. El art. 7 A dice ahora que La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior, el cual implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercaderías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado.

Las autoridades comunitarias y nacionales parecen convencidas que la persistencia de una pluralidad de disposiciones nacionales sería un obstáculo a la libre circulación en el seno del "mercado interior". Tanto así que el Parlamento Europeo expresó, por resoluciones del 26 de mayo de 1989 y 6 de mayo de 1994, el deseo de que se proceda a la redacción de un código único de derecho privado.

Así ha sido entendido también por la doctrina la que viene señalando por algunos de sus más conspicuos representantes, y desde hace por lo menos una década, que un mercado único necesita un sistema único que le discipline (60). Resultando insuficientes normas uniformes sobre conflictos de leyes las que si bien favorecen la previsibilidad respecto del derecho aplicable no eliminan el obstáculo que es la pluralidad, la disparidad de los diferentes derechos, que se manifiesta a veces bajo el aspecto de la propensión del juez de orientarse al derecho que le es más familiar; de allí que sea necesaria una ley orgánica y exhaustiva que regule el instrumento jurídico por el cual se realizan las operaciones del mercado, el

---

(59) DE LOS MOZOS, Integración europea: derecho comercial y derecho comunitario, RDP, 1993-220.

(60) TRABUCCHI, "Istituzioni di diritto civile", p. 5, nota 1, 32 ed., Padova, 1991; GANDOLFI, Giuseppe, "L'Attualità del Quarto Libro del Codice Civile nella prospettiva di una codificazione europea", RDC 1993 - Ia. Parte - 415.

contrato, en todos sus aspectos y tipos específicos; se trata, en fin, de un código de los contratos y de las obligaciones que lejos de exponer al operador económico al riesgo de la pluralidad de leyes, suministre lealmente una sinopsis de los instrumentos jurídicos accesibles (61).

Sin embargo las opiniones sobre la necesidad de tal código europeo distan de ser unánimes, anticipándose un gran debate sobre el punto (62).

b) La posibilidad.

La posibilidad de la unificación del derecho de los contratos y de las obligaciones (incluidas las de fuente extracontractual), sólo es posible en un plazo relativamente breve si existe entre los países que acometan tal tarea una tradición jurídica común. No parece dudoso que la mayor parte de los países de la CEE —al menos los pertenecientes a la familia del derecho romano— tienen esa tradición común. A ello nos referimos en los párrafos que siguen.

(i) Del "ius commune" a la formación de los derechos nacionales.

El derecho civil de origen romano tuvo vocación de universalidad a partir de la creación del pretor peregrino; cierto es que con él nació lo que se dio en llamar "ius gentium", expresión que parecería referirse a un derecho de gentes o de los pueblos. Sin embargo, como explica Puig Brutau, siguiendo las enseñanzas de los más importantes romanistas contemporáneos, no era un derecho supranacional, sino un Derecho Romano, nacional, pero asequible a los extranjeros, exento de formalismo, regular del comercio, que se aplicó tanto entre ciudadanos romanos como frente a los extranjeros.

---

(61) GANDOLFI, GIUSEPPE, "Pour un code européen des contrats", RIDC, 1992-713.

(62) FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, Faut-il un Code Civil européen?, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002-3-463; en este trabajo se da una noticia exhaustiva del estado de la cuestión en la doctrina, la que revela posiciones muy opuestas. La autora citada sin dejar de advertir que el proceso de codificación europea se inserta en un vasto movimiento de internacionalización y de europeización del derecho, casi ineluctable, tiene serias objeciones a como se viene desarrollando, en cuanto le atribuye falta de determinación a las bases jurídicas del mismo, debilidad en los argumentos traídos en favor de la unificación de todo el derecho privado europeo y por último la ausencia de una línea directriz clara en cuanto al método, en tanto la codificación —dice la autora— no identifica un modelo único pudiendo ir de la simple armonización a la verdadera unificación.

Pero el derecho romano transita hacia la categoría de "ius commune" con el fenómeno conocido como recepción, producido entre fines del siglo XI y el siglo XII, período en el que vino a constituirse en sinónimo de derecho común de todos los pueblos de la Europa Occidental, en particular los que constituyen los Estados de España, Alemania, Italia y Francia (63).

(ii) La vuelta al "ius commune".

En la actualidad el horizonte de la doctrina europea ha cambiado. Ya no se centra exclusivamente en el estudio del derecho nacional, a lo cual no es ajeno obviamente todo el andamiaje legislativo que va creando la comunidad (derecho comunitario) que en el derecho privado se dirige fundamentalmente al derecho de los negocios; y las convenciones internacionales que en ciertas materias van gestando un derecho uniforme.

De este modo y por obra de comparatistas, historiadores del derecho y civilistas, se van poniendo hitos que llevan al reconocimiento de la existencia de un "ius commune" no sólo en la tradición o historia común de los derechos nacionales, sino también en la medida en que se desentrañan los principios que informan a cada uno de los derechos nacionales.

Destacando el origen común, los autores contemporáneos afirman que el "ius commune" que surge como consecuencia de la recepción del derecho romano, constituye uno de los elementos fundamentales de la cultura europea, desde el comienzo de su identidad, manteniéndose unido a ella desde el siglo XII al XIX, a través de una serie sucesiva de "renacimientos" o retornos que van jalonando, lo mismo que en otros ámbitos, el fluir de su tradición por encima de los tiempos. Fenómeno que por encima de todo, es de índole cultural y escolástica, y que se halla vinculado a determinados círculos sapienciales, desde la Edad Media hasta la escuela histórica, por lo que el derecho viene dotado de una base racional que pertenece, en todo momento, al verdadero núcleo de la cultura europea (64). Exactamente en el mismo sentido se orienta la doctrina de otros países europeos; así en Alemania, Schulze afirma que el derecho privado era pre-

---

(63) No nos vamos a referir aquí a las causas de la recepción que son vastamente conocidas. Para un análisis resumido de la cuestión, V. Rivera, "Instituciones de Derecho Civil", Parte General, t. I, 2ª. Ed., n° 15. p. 35 y sigtes., Buenos Aires, 1998.

(64) DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 212.

cisamente uno de los componentes de la cultura jurídica específicamente europea; en esta medida la expresión derecho privado europeo comporta, al menos, una referencia al hecho de que los diferentes derechos nacionales encuentran su origen en una cultura jurídica común (65).

Agrega de los Mozos que el derecho común no sólo constituye la base fundamental durante siglos del Derecho de la Europa cristiana, sino también de la tradición jurídica que se ha llamado occidental, que se halla en el origen de la común tradición jurídica europea. No únicamente porque sirva de base a las respectivas tradiciones nacionales, sino en cuanto éstas se aproximan recíprocamente entre sí. De manera que uno de los caminos para llegar a su confluencia y acercamiento viene constituido por su divulgación y enseñanza. Tanto por hallarse en el punto de partida del derecho comparado o en la racionalización posible del derecho uniforme, en cuanto caminos que conducen al derecho único, como por la función armonizadora que un derecho común puede desempeñar, sin necesidad de suprimir los derechos particulares (66).

Ahora bien; decíamos al comienzo del párrafo que no sólo se advierte la existencia del "ius commune" en la tradición jurídica occidental, por influencia del derecho romano y de los otros factores unificadores a que hemos hecho referencia. También surge ello de la abstracción que puede hacerse de los principios que informan el derecho privado nacional de los pueblos europeos.

En este sentido, la formación y la fuerza obligatoria de los contratos, la responsabilidad por culpa, el enriquecimiento sin causa, las consecuencias de la inejecución de los contratos, pueden ser analizados aisladamente en el marco de cada derecho nacional, pero también como la expresión particular de una regla común a escala europea (67).

c) Las herramientas. El rol del derecho comparado y de la historia del derecho en el redescubrimiento del derecho común.

Las herramientas con que cuentan los juristas para elaborar un derecho supranacional de los contratos son las que provee el método histórico comparado.

---

(65) SCHULZE, Reiner, "Le droit privé commun européen", RIIC, 1995-7.

(66) DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 213.

(67) SCHULZE, ob. cit., p. 11.

Antes de ahora habíamos dicho que uno de los métodos de estudio del derecho civil que ha alcanzado mayor relieve en los últimos decenios, es el histórico comparado, en el que se toma el derecho como una expresión secular que permite afrontar la conexión con las concepciones sociales de cada momento. De este modo dice de los Mozos, la dogmática no viene ya hecha por la historia, se hace de acuerdo con ella y con las exigencias del presente, lo que a su vez impide que el derecho abandone su carácter de saber práctico (68).

Con relación explícita al derecho común se dice que el derecho comparado, en la concepción contemporánea dominante, toma en consideración el aspecto evolutivo y exige, así, una aproximación histórica. Esto vale particularmente para el derecho privado europeo: los puntos comunes actuales entre los derechos nacionales, encuentran sus raíces en el antiguo "ius commune" y en otros vínculos históricos, comprendidos en ellos las transferencias de conocimiento que tuvieron lugar en los países europeos mismo a la época del Estado nación. De donde el estudio histórico hoy pone de relieve no sólo el origen común sino también —a despecho de la diversificación de los derechos nacionales— de numerosos vínculos entre los desarrollos más nuevos. En esta medida el estudio comparativo y el estudio histórico se condicionan recíprocamente con motivo de esta cuestión que es el derecho común europeo; ambas disciplinas ayudan, cada una de ellas a su manera, a reconocer y a presentar los principios y de las instituciones comunes, más allá de las legislaciones y de las casuísticas nacionales que revisten, en general, formas diferentes. En definitiva, dos disciplinas consideradas auxiliares del derecho civil, avanzan al centro de la escena con motivo del retorno al "ius commune", pero con significativas alteraciones en sus contenidos y propósitos. El derecho comparado ha pasado del rol de informador sobre el derecho extranjero a la de colaborador en la definición de un derecho común, mientras que la historia del derecho vuelve sobre su retiro, manifestado hasta ahora por una actitud contemplativa con relación al derecho en vigor, en el sentido de una participación activa a un trabajo de aplicación jurídica (69).

#### (i) El Derecho comparado en Europa.

Esto plantea, en Europa, dos cuestiones, a saber: (i) si puede existir un código único de las obligaciones y contratos asumiendo el particularismo

---

(68) RIVERA, "Instituciones de Derecho Civil - Parte General, t. I, n° 4 b), p. 22, Buenos Aires, 2da ed., 1998.

(69) SHULZE, ob. cit., ps. 15 a 18.



del derecho de ciertos países, como el de los países afiliados al derecho escandinavo (Dinamarca, Finlandia (70) y Suecia de entre los de la CEE) y sobre todo el de Inglaterra donde no existe una teoría general de las obligaciones y según algunos autores aun se está en proceso de individualizar al contrato mismo como una categoría jurídica; (ii) si conviene redactar un código a nuevo o por el contrario sería mejor partir de un ordenamiento conocido que con ajustes pueda ser adoptado por todos los estados miembros de la comunidad.

Con relación a la primera cuestión se puntualiza que el derecho de los países escandinavos es proclive a la adopción de reglas uniformes dentro de la misma familia, lo que revela una capacidad particular para integrarse al medio y conformarse a las reglas que allí prevalecen (71).

En cuanto al derecho inglés (72) ya se ha dicho que presenta un marcado acercamiento al derecho continental. A la vez no cabe duda que el derecho continental viene absorbiendo figuras del derecho anglosajón (americano e inglés), prueba de lo cual son los informes presentados al XIV Congreso de la Academia de Derecho Comparado celebrado en Brisbane en el año 2001, uno de cuyos temas fue la "Convergencia de los sistemas jurídicos" referido obviamente al "common law" y al derecho continental (73).

(ii) El bloque ex socialista.

Dentro de esta cuestión merecería algún tratamiento la posibilidad de afiliación a este derecho único de los países que pertenecían a la órbita socialista, teniendo en consideración que algunos de los países que formaban parte de aquélla están en vías de ingresar a la UE, o bien puede ser previsible la formación de otra comunidad que integre al menos a algunos de los países del Este europeo o los que han surgido como efecto de la desaparición de la Unión Soviética.

---

(70) V. MODEEN, Tore, "La Finlande Scandinave: influences suédoises et scandinaves sur le développement du droit finlandais", RIDC, 1993-783.

(71) GANDOLFI, ob. cit., ps. 714/5.

(72) Cuando hablamos de derecho inglés lo hacemos en esa extensión, esto es, excluyendo a Escocia cuya vinculación al derecho de fuente romana es mucho mayor.

(73) Algunos de estos informes están publicados en la *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003-I. Destaco: CANIVET, Guy, *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français* y de JERSEY, Paul, *The Role of the Supreme Court of Queensland in the Convergence of Legal Systems*.

No entraremos ahora a analizar las recíprocas influencias habidas entre los derechos ruso y de los países del este europeo antes de la perestroika; para ello remitimos al trabajo del prof. de Trento Gianmaria Ajani al que seguimos en este parágrafo (74).

Sí es importante destacar que, como ya se dijo en esta monografía, en casi todos ellos han comenzado fervientes trabajos de recodificación del derecho privado (75), lo que demuestra la confianza en la ley así como en el método de la codificación.

Sin duda que la unificación del derecho de las obligaciones y los contratos a partir de un Código único no encontraría mayores resistencias en los países centroeuropeos, cuya raíz romano germánica siguió latente aun durante los años del comunismo, atendiendo a esa febril actividad legislativa que tiende a poner esos países en la órbita europea.

d) La manera.

(i) Alcance.

Para de los Mozos sería deseable no sólo que se unificara el derecho de las obligaciones y los contratos, sino también los derechos reales para volver al "ius rerum" de las Institutas (76).

Schulze señala que la cuestión de la existencia y del contenido de principios y de instituciones de derecho privado comunes a escala europea ha sido limitada, en cuanto a los sectores claves del derecho civil (y del derecho patrimonial diríamos nosotros) en derecho de las obligaciones (derecho de los contratos y de la responsabilidad civil), de manera más limitada en derecho de bienes (para la protección de la propiedad y las garantías), así como otras materias que en el derecho alemán estarían compren-

---

(74) AJANI, Gianmaria, "La circulation de modèles juridiques dans le droit post socialiste", RIDC 1994-1087.

(75) Además de lo que ya se ha expuesto, cabe tener en cuenta que Ajani informa de la vigencia de nuevos códigos de comercio en Albania, Bulgaria y la República Checa, así como reformas a los códigos de la misma materia que regían desde antes de la guerra en Polonia y los países bálticos. Cabe señalar que el Código de Comercio de la República Checa, en vigor desde 1992, absorbe numerosas materias que pertenecen al derecho general de las obligaciones: ob. cit., p. 1098.

(76) DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 222.

didadas en la llamada "teoría general". También es cada vez más vinculado al derecho de familia, mientras que es mucho menor la referencia a un derecho común de las sucesiones y de los regímenes matrimoniales, en que se suele reconocer que son materias tradicionalmente marcadas por las particularidades nacionales o regionales (77).

Incluso debe puntualizarse que la unificación del derecho de bienes encontraría un serio obstáculo por la presencia de un derecho inglés todavía influenciado por sus orígenes feudales (78) De allí que los autores —sin perjuicio de la autorizada opinión de De los Mozos— parezcan inclinarse más decididamente a la creación de un código único de los contratos y de las obligaciones (79).

(ii) Método.

Informaba Gandolfi en la relación introductiva al coloquio de Pavia del 9/11/92, que el Instituto de Derecho extranjero y comparado Max Planck de Hamburgo hubo organizado un coloquio sobre el tema "Alternativas a la unificación del derecho por vía legislativa", indicando la denominación del tema que no se admitía la subsidiariedad de los otros métodos posibles y sugiriendo —al no usar una frase interrogativa— la posibilidad de la unificación del derecho por otra vía que no sea la legislativa. Y así lo sugirieron algunos de los juristas que participaron en tal coloquio (80).

En el coloquio hamburgués se plantearon cuatro eventuales alternativas para la unificación del derecho privado (81): la "lex mercatoria" como reflejo del derecho autónomo del comercio transnacional, la doctrina, los

(77) SCHUIZE, ob. cit., p. 13.

(78) GLENN, H. Patrick, "La civilisation de la common law", Rev. Int. de Droit Comparé 1993-559.

(79) Es la conclusión a que arriba muy recientemente el trabajo de Fauvarque-Cosson, citado, n° 30.

(80) GANDOLFI, Giuseppe, "L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge", RDC 1993-IIaparte-149.

(81) En ese coloquio de Hamburgo —según lo que surge de su lectura a través de Gandolfi— se aludió también al derecho transnacional de la economía y al derecho de los negocios, como una suerte de limitación a la unificación del derecho, subrayándose la desconfianza de los juristas a unificar cuestiones que excedieran de las cuestiones conocidas, como el derecho de la competencia, algunos contratos, etc.

contratos tipo y una suerte de restatement al estilo americano, no habiendo ninguna de ellas alcanzado una adhesión masiva, incluyendo en esa falta de adhesión a la ley —el código único— como instrumento de la unificación del derecho.

El coloquio de Pavia de 1992 (82) aparece como una respuesta a la reunión de Hamburgo y como síntesis sobre el punto señala André Tunc con la agudeza que dan muchos años de estudio y de experiencia que:

- la "lex mercatoria" carece de fijeza, sus contenidos son inciertos, en definitiva carece de claridad y por ende dista de ser un método que conduzca a una unidad deseable del derecho privado patrimonial;

- los contratos tipo pueden tener eficacia en ciertos sectores muy limitados, y además como resultado de la labor de profesionales del área a veces contienen cláusulas muy injustas (83);

- la jurisprudencia no es un camino apropiado para la unificación del derecho, pues los jueces aplican cada uno el derecho que les es familiar (84).

- y los "restatements" americanos son obras de doctrina destinadas a los legisladores y a los jueces, de gran utilidad, pero que llevan más de 70 años de práctica y que no han conducido siquiera a la uniformación del derecho estadounidense.

De lo cual concluye Tunc que el único método a través del cual puede lograrse la unificación del derecho de las obligaciones y los contratos, es un código, puntualizando que la codificación ha sido siempre un medio para mejorar el derecho, para modernizarlo; ella obliga a comparar lo que existe, a preguntarse si tal regla es útil o no o si no hay que preferir aquélla otra; la codificación suscita una suerte de fermentación intelectual (85).

---

(82) Del que participaron nada menos que Gandolfi, Tunc, De los Mozos y Trabucchi.

(83) Como señala ALTERINI, Atilio A., los contratos uniformes tienen la virtud de ser cada vez más claros, en contra de quien debe adherir a ellos; en su trabajo. "La regulación del contrato uniforme", en "La contratación en el tráfico contemporáneo", p. 27 y sigtes., Buenos Aires, 1979.

(84) Apunta Gandolfi que no es realista considerar a la jurisprudencia como una posible fuente de uniformación, amén del larguísimo tiempo que ello demandaría; en "L'Unificazione del diritto...", citado, p. 150.

(85) TUNC, André, "L'unification du droit des contrats en Europe: avec o sans loi ?", transcripción de la participación del autor en el coloquio de Pavia del 9/11/92, en RIIC, 1993-877.

(iv) ¿Código "nuevo" o Código "conocido"?

En cuanto al segundo tema, esto es, la redacción de un "código nuevo" o la utilización de un modelo ya probado con algunos ajustes necesarios para su utilización como modelo "comunitario", los autores señalan que la extensión del trabajo que requeriría la primera alternativa inducen a proponer —al menos en una primera etapa— la utilización de un código ya conocido.

Algunos han pensado en la posibilidad de que fuera el Código holandés el modelo ideal, por constituir una obra muy reciente, fruto de un extraordinario trabajo comparatístico en el que se han recepcionado soluciones provenientes de las dos vertientes de la familia romana, esto es del derecho francés y del germánico.

Una tesis que suscitó adhesiones es la que propicia la utilización del Código Civil italiano de 1942, en atención a que también constituye una adecuada síntesis del derecho francés y de la pandectística alemana, y tiene ya una larga y fructífera aplicación (86).

Sin embargo en el Seminario Internacional sobre la Unificación del Derecho de las Obligaciones en Europa (Cáceres, 1994) trabajó sobre la alternativa de un "código nuevo", teniendo a la vista como modelo el Contract Code, obra del prof. McGregor de la Universidad de Oxford (87).

e) Las tentativas en curso.

Actualmente existen varias tentativas de uniformación del derecho de los contratos a nivel europeo, aunque con distintas orientaciones que reflejan justamente las distintas posiciones que hemos comentado en cuanto a método.

Así, el trabajo denominado Principles of European Contract Law, elaborado por The Commission on European Contract Law, bajo la dirección del profesor danés Ole Lando, ha seguido el método de la codificación de la parte general de los contratos, a la luz de las experiencias del derecho

---

(86) En este sentido particularmente Gandolfi, "L'attualità del Quarto Libro...", citado.

(87) LOBATO GOMEZ, Miguel, "Il Seminario internazionale di Caceres sull'unificazione del diritto delle obbligazioni in Europa", RDC 1995-II\*Parte-117.

comparado; en otras palabras, ha tomado en consideración las soluciones provenientes del derecho de los estados miembros de la UE.

Por otro lado el grupo de Pavia, bajo la dirección del profesor Gandolfi, ha presentado una obra hecha sobre la base del Código Civil italiano de 1942, considerado una suerte de síntesis entre el derecho francés y el alemán; a la vez que ha abrevado en el proyecto McGregor en cuanto al derecho anglosajón.

#### f) Conclusiones sobre el derecho europeo.

El abordaje del "código europeo" nos ha parecido sumamente importante porque refleja un debate que reproduce en gran medida el argentino; se discute el método, la oportunidad, la extensión.

Sin embargo la suerte parece estar echada. Más allá de que se cuestione aun hoy si existen bases firmes, si hay una real justificación, si es la oportunidad o no de la codificación, se reconoce que la internacionalización y europeización son ineluctables y que ello llevará en un momento o en otro a la unificación del derecho privado al menos en ciertas áreas.

No es distinto lo que pasa en Argentina, donde tarde o temprano el viejo monumento del Código Civil dejará paso a un nuevo texto o recibirá como mínimo una enorme reforma de conjunto.

#### 18. Los Principios Unidroit.

En Argentina son muy conocidos los Principios para los contratos comerciales internacionales elaborados por Unidroit (88), que tienen una metodología distinta y un alcance también distinto, en tanto se refieren a los contratos comerciales internacionales como su mismo título lo indica.

Por la importancia que tienen estos Principios Unidroit, y el interés que ellos han despertado en la doctrina argentina, analizaremos algunos de sus aspectos más relevantes.

---

(88) UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) es una organización no gubernamental, fundada en 1926 al amparo de la sociedad de Naciones; actualmente tiene su sede en Roma, y sus tareas han fructificado en numerosas convenciones internacionales; entre ellas destaca particularmente la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, la convención de Ottawa sobre el leasing internacional, la convención sobre factoring, etc.

a) Las fuentes actuales de la regulación contractual.

Anticipo que sigo en esta exposición al trabajo del profesor Galgano publicado recientemente en la Revista de Derecho Comparado (89).

El profesor Galgano encuentra que la primera fuente de regulación de estos contratos comerciales internacionales son los mismos modelos contractuales. Señala el autor citado que hay una circulación de modelos contractuales; las grandes empresas que contratan alrededor de todo el mundo, las petroleras las discográficas, las de vestimenta deportiva, las automotrices, imponen y circulan sus modelos de contratos. Y esos modelos de contrato son iguales cuando lo celebra una de estas empresas en Indonesia, en Argentina o en EEUU; y aceptan la mínima cantidad de variables posibles. Es que en el mundo globalizado resulta necesario que haya una regulación uniforme de los contratos; entonces la primera regulación uniforme se adquiere a través de la unificación de los modelos contractuales (90).

En segundo lugar está la "lex mercatoria"; ese ordenamiento creado por los mismos comerciantes. Su origen estuvo en el medioevo, cuando el Estado no se preocupaba de la regulación de la actividad comercial y por lo tanto los comerciantes que tenían el poder político y económico suficiente pudieron imponer su propio derecho; incluso a los no comerciantes, reflejo de los cuales el art. 7° del Código de Comercio argentino conforme al cual los actos unilateralmente comerciales se rigen por el derecho comercial.

Hoy existe una nueva "lex mercatoria", creada por el desarrollo de los modelos contractuales, por el arbitraje nacional y por una práctica uniforme en materia contractual. El arbitraje se ha convertido en una de las primeras fuentes de la "lex mercatoria"; ello ha sido viabilizado a través de las grandes entidades de arbitraje nacional, como puede ser la Cámara de Comercio Internacional —con sede en París— y algunas otras.

Y por último Galgano utiliza una expresión muy lúcida. Unidroit —organización no gubernamental que tiene sede en Italia— y que trabaja por la

---

(89) GALGANO, Francesco, "Interpretación del contrato y lex mercatoria", Revista de Derecho Comparado, n° 3, p. 7.

(90) Inclusive en algunos contratos tipo se lee que ciertas cláusulas no son aplicables a algunos países; y otras lo son exclusivamente en ciertos países.

unificación del derecho privado, ha elaborado los ya mencionados Principios para los contratos comerciales internacionales. Es una suerte de restatement de la "lex mercatoria" la cual, en los que se ha sabido amalgamar la práctica de los negocios con los principios jurídicos. Galgano exalta la función de los Principios, recordando un pensamiento de Rousseau, quien decía: "entre la democracia y el despotismo ilustrado, prefiero la democracia porque nadie me asegura que el déspota sea ilustrado"; y, dice el profesor de Bologna que lo mismo pasa con la "lex mercatoria", la ley de las empresas: nadie puede asegurar que el despotismo de las empresas sea ilustrado y por ello es necesaria la mediación cultural de los juristas y esto es lo que ha hecho Unidroit al preparar los Principios para los contratos comerciales internacionales.

Señalo que hoy los Principios constituyen una referencia obligada para toda la doctrina europea; y que han sido fuente de los modernos Códigos de varios países y de muchas de las normas del Proyecto de Código Civil de 1998.

#### b) Fines y fuentes.

Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales aparecen como una respuesta a la necesidad de contar con una fuente normativa uniforme para los negocios entre empresas (91) que por alguna razón se expanden internacionalmente. Secundariamente pueden intentar ser también una solución alternativa a las exigencias de la negociación dentro de grandes espacios económicos que tienden hacia el mercado único.

---

(91) Quede claro que los Principios pretenden ser aplicables, por vía de su incorporación por decisión libre de las partes (Preámbulo, segundo párrafo) a los contratos mercantiles internacionales (Preámbulo, primer párrafo). Esto último es explicado en el comentario 2 al Preámbulo, donde se lee: La restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos "mercantiles" no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter "civil" y "mercantil" de las partes y/o de los negocios jurídicos...El propósito es excluir del ámbito de los Principios las llamadas "operaciones de consumo". A nuestro juicio se consagra así la distinción entre "contratos entre empresas" y "contratos con consumidores" que preside la dinámica contractual moderna (v. en la doctrina argentina: Boggiano, Antonio, El poder normativo del caso. Del precedente a la norma, LA LEY, 1989-B, 1. De todos modos el contrato entre empresas no excluye la protección de la partes más débil de la relación, pues los Principios rescatan la buena fe como principio rector imperativo, reconocen la lesión como vicio del contrato, remiten al derecho estatal la nulidad por ilegalidad o inmoralidad, y admiten la revisión o extinción del contrato por excesiva onerosidad (y por frustración del fin como lo sostenemos más adelante).



Y con otra mira, sirven de guía para la redacción de los contratos comerciales internacionales; en este sentido ha dicho Fernando Hinestroza que los Principios constituyen una nueva "lingua franca" de la materia (92).

En cuanto a su método, se afirma que los Principios constituyen un a suerte de fijación por escrito de la *lex mercatoria* utilizando en alguna medida el método de los *restatement* (93).

Sus fuentes, son diversas.

En este sentido dice el Prof. Bonell que los principios no pretenden unificar los singulares derechos nacionales, sino que se proponen enunciar aquellos principios y reglas en materia contractual que son comunes a los principales sistemas jurídicos existentes, y/o indicar la solución que más se adapta a las particulares exigencias del derecho internacional.

Sin perjuicio de ello se puede apuntar que se han tomado en consideración en particular los códigos y compilaciones nacionales más recientes: el UCC de USA, el 2º *Restatement of contracts*, el código civil holandés, la ley de relaciones económicas con el Exterior de la R. Popular China de 1985, o el entonces todavía proyecto de nuevo Código Civil de Quebec (94). En cuanto concierne al derecho uniforme es fuente directa la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (aunque en algunos casos se adoptan soluciones diversas a la de esta Convención, ya que deben adaptarse a contratos de otros tipos como —en primer lugar— los de prestaciones de servicios).

También se han tomado en consideración reglas no vinculantes, como las del crédito documentario, los Incoterms, las reglas generales para el suministro e instalación de establecimientos industriales de la Comisión económica para Europa de la ONU.

---

(92) HINESTROZA, Fernando, "Los principios de Unidroit: una nueva lingua franca, en *Los principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*", p. 185, *Actas del Congreso Interamericano*, Valencia, Venezuela, 6-9/11/96, Roma, 1998.

(93) BONEL, M. Joachim, "I principi per i contratti commerciali internazionali, elaborati da Unidroit, en *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latino-americano*", p. 9 y sigtes., a cura di M. Joachim Bonell - Sandro Schipani, Padova, 1996.

(94) Este último está sancionado y es derecho vigente en la Provincia canadiense de Quebec. Ha sido también una de las fuentes del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998.

De todos modos señala Bonell que no es fácil determinar hasta qué punto el contenido de los Principios es innovativo o respeta simplemente el derecho existente.

c) Conclusión sobre los Principios Unidroit.

Claramente los Principios no son un código: no tienen fuerza de ley, son el producto de una institución no gubernamental, su método semeja más al de los *restatement* americanos.

Pero de todos modos son útiles a los efectos de este informe en tanto: (i) ponen de relieve por un lado que la fijeza de las normas sigue siendo una aspiración y una necesidad de los agentes económicos; y (ii) su contraste o comparación con el derecho argentino pone de relieve la vetustez de la teoría general del contrato vigente en nuestro país y por lo tanto la imperiosa urgencia de su modernización.

Ila. Parte. La recodificación del derecho privado patrimonial argentino.

19. Las dificultades de la recodificación.

Cabrillac señala que la recodificación enfrenta siempre dificultades serias. Existen frenos psicológicos producidos por la fuerza de los hábitos, tanto en los prácticos como en los juristas que ven en el nuevo Código un útil incómodo.

Y señala también con cierta ironía que la recodificación se enfrenta a la fuerza de los símbolos: "*on ne touche pas aux symboles*". Así este autor denuncia la fuerza paralizante de los símbolos que impiden la revisión del Código Civil y solo autorizan una revisión discreta y puntillista (95).

La situación en Argentina no es diferente a lo que aconteció en Québec o en otros países, donde tanto los prácticos como los profesores se opusieron tenazmente a la recodificación.

Sin embargo, nosotros trataremos de demostrar que la recodificación es un proceso que ya es antiguo en Argentina, aunque haya progresado con método inadecuado, y que de todos modos es necesario pensar en una

---

(95) Cabrillac, ob. cit.

reforma de conjunto de la codificación de derecho privado patrimonial que ponga a este sector del derecho a tono con las necesidades urgentes de los tiempos que corren.

20. La recodificación parcial y progresiva ya ha empezado en Argentina hace mucho tiempo (96).

Antes de entrar de lleno a las cuestiones controvertidas es preciso puntualizar que parece extraño que en ciertos cenáculos se sustente casi como un dogma la necesidad de preservar el Código Civil vigente, sin advertir que en realidad el proceso de recodificación ha sido comenzado ya en el siglo XIX cuando la ley de matrimonio civil sustituyó una de las materias más relevantes del Código Civil de Vélez Sársfield.

Justamente los objetores de la reforma total, sin advertir esta realidad dicen:

- que hay que respetar los códigos tradicionales, preservar el espíritu de Vélez;

- que se puede seguir el método francés que no ha reemplazado el Código Napoleón, que le injerta las reformas que lo modernizan permanentemente.

Veamos entonces en primer lugar como ha operado el método de la recodificación progresiva que ha elegido la Argentina hasta ahora.

a) En general: los grandes pilares de la codificación decimonónica.

Para saber qué queda del pensamiento de Vélez en el derecho privado actual, cabe partir de los grandes conceptos que constituyen los ejes rectores.

---

(96) Estos temas los hemos tratado en anteriores trabajos; entre ellos: El Proyecto de nuevo Código Civil: su necesario debate, en Revista del Colegio Público de Abogados n° 28; La reforma integral del derecho privado y su conexión con la tradición jurídica nacional en el Proyecto de Reforma del Código Civil, JA, 22/3/00; Reforma del derecho privado (¿parcial o integral?), ED, 3/8/2000 La oportunidad de la reforma del derecho privado (en colaboración con Graciela Medina, LA LEY, 2000-F, 1225; "El Proyecto de Código Civil para la República Argentina", Rev. Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico, vol. XXXV, n° 3, p. 381, mayo-agosto 2001. Aquí se hace un breve resumen de las ponencias hechas en esos trabajos.

El Código de Vélez Sársfield, como los demás de su época, se fundaba en: (i) el respeto absoluto por la palabra empeñada (eficacia del vínculo contractual sin cortapisas); (ii) la responsabilidad fundada en la culpa; (iii) la propiedad absoluta; (iv) el derecho de familia sostenido en el matrimonio indisoluble.

Creemos que no hace falta argumentar mucho para evidenciar que estos cuatro grandes pilares han sufrido alteraciones sustanciales a lo largo de los 130 años de vigencia del Código:

- la familia fundada en el matrimonio indisoluble ha dejado su lugar a múltiples formas de familia (97);

- el principio de la autonomía de la voluntad sigue siendo el presupuesto del sistema contractual, pero reconoce múltiples limitaciones, casi todas ya vigentes: imprevisión, lesión, abuso del derecho, tutela del consumidor, control de cláusulas generales, regulación particular de los contratos concluidos por adhesión; las que se han extendido al derecho comercial:

- la responsabilidad civil puede reconocer como telón de fondo a la culpa, pero grandes sectores han sido invadidos por los factores objetivos de atribución, con lo que en la práctica la culpa viene a ser un factor residual;

- el derecho de propiedad tiene límites establecidos por el mismo código, acentuadas significativamente desde la reforma de 1968.

b) En particular: las reformas introducidas por vía legislativa.

Veamos ahora algunas de las reformas que se han introducido al Código de Vélez desde su entrada en vigencia y en una primera época, hasta la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810):

- ley de matrimonio civil 2393 (1888) (Adla, 1881-1888, 497);

- ley de derechos civiles de la mujer 11.357 (1926) (Adla, 1920-1940, 199);

- ley de adopción 13.252 (Adla, VIII, 122) (sustituida por la ley 19.134 (Adla, XXXI-B, 1408) y esta a su vez sustituida por la ley 24.779 —Adla, LVII-B, 1334—);

---

(97) El tema se ha tratado en el Congreso Internacional de Derecho de Familia habido en Mendoza en 1998.

- ley de propiedad horizontal 13.512 (Adla, VIII, 254);
- ley de venta de inmuebles fraccionados y a plazos 14.005 (Adla, X-A, 243) (1950).
- ley sobre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio 14.367 (Adla, XIV-A, 165) (1954);
- ley de catastro y prescripción adquisitiva de inmuebles 14.159 (1952) (Adla, XII-A, 24);
- régimen de menores y familia, ley 14.394 (Adla, XIV-A, 237), continente de la ausencia, presunción de fallecimiento y bien de familia (1954);
- registro de la propiedad automotor (dec.-ley 6582/58 —Adla, XVIII-A, 1079—);
- registro civil (dec.-ley 8204/63 —Adla, XXIII-C, 1799—)

A su vez la ley 17.711 por sí sola trajo las siguientes reformas al Código de Vélez:

- el abuso del derecho (art. 1071);
- el vicio de la lesión (art. 954);
- el principio de buena fe como regla de interpretación de los contratos (art. 1198);
- la teoría de la imprevisión (art. 1198);
- la limitación del carácter absoluto del dominio (arts. 2512, 2513);
- la reparación amplia del daño moral en la responsabilidad civil contractual (art. 522) y extracontractual (art. 1078);
- la posibilidad de reducir la indemnización en los cuasidelitos (art. 1069);
- la responsabilidad objetiva en materia de hechos ilícitos producidos con las cosas (art. 1113);
- la solidaridad de los coautores del cuasidelito (art. 1109, 2º párr.);

- la indemnización de equidad para la víctima del hecho involuntario (art. 907);
- la mora automática como regla en las obligaciones a plazo (art. 509);
- el pacto comisorio implícito en los contratos (art. 1204);
- la inscripción registral como forma de publicidad para la transmisión de derechos reales sobre inmuebles (art. 2505);
- la protección de los terceros de buena fe subadquirentes de derechos reales o personales en caso de nulidad (art. 1051);
- la protección del adquirente con boleto de compraventa (arts. 1185 bis y 2355);
- la adquisición de la mayoría de edad a los 21 años (art. 126);
- la emancipación por habilitación de edad (art. 131);
- la ampliación de la capacidad del menor que trabaja (art. 128);
- el divorcio (separación personal), por presentación conjunta (art. 67 bis de la ley de matrimonio civil);
- la modificación del orden sucesorio (arts. 3569 bis, 3571, 3573, 3576 bis, 3585, 3586);
- la presunción de la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario (art. 3363).

En una tercera etapa, esto es, entre la ley 17.711 y nuestros días, se introdujeron por lo menos los siguientes cambios:

- Registro inmobiliario (ley 17.811 —Adla, XXVIII-B, 1979—)
- Nombre de las personas físicas (ley 18.248 —Adla, XXIX-B, 1420—)
- Adopción (con dos leyes ya mencionadas)
- Prehorizontalidad (ley 19.724 —Adla, XXXII-C, 3368—)

- Fundaciones (ley 19.836 —Adla, XXXII-D, 4986—).
- Catastro nacional (20.440 —Adla, XXXIII-B, 1645—).
- Derecho de habitación del cónyuge supérstite (ley 20.793 —Adla, XXXIV-D, 3317—, incorpora el art. 3573 bis)
- Derecho a la intimidad (ley 20.889, incorpora el art. 1071 bis —Adla, XXXIV-D, 3344—)
- Cláusulas de ajuste en hipotecas y prendas (ley 21.309 —Adla, XXXVI-B, 1093—)
- Trasplantes (leyes 21.541, 23.464 y 24.193 —Adla, XXXVII-A, 146; XLVII-A, 97; LIII-B, 1344—)
- Marcas y señales (ley 22.939 —Adla, XLIII-D, 3897—)
- Ley de sangre (ley 22.990 —XLIII-D, 3983—)
- Filiación y patria potestad (ley 23.264 —XLV-D, 3581—)
- Matrimonio civil (ley 23.512 —XLVII-B, 1530—)
- Ley de Convertibilidad (ley 23.928 (Adla, LI-B, 1752), que modificó el Código Civil en lo atinente al cumplimiento de las obligaciones en moneda extranjera, y en el anatocismo) y que en lo que reformó el Código Civil ha sido extrañamente ratificada por la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44)
- Fideicomiso (ley 24.441)
- Defensa del consumidor (ley 24.240)
- Ley de contrato de maquila (ley 25.113 —Adla, LIX-C, 2741—)
- Contrato asociativo de explotación tambera (Ley 25.169 —LIX-E, 5263—)
- Contrato de "leasing" (ley 25.248 —LX-C, 2815—)
- Ley de protección de datos personales (hábeas data) (ley 25.326 —Adla, LX-E, 5426—)

- Firma digital (ley 25.506 —Adla, LXII-A, 6—)
- Derecho real de superficie forestal (ley 25.509 —Adla, LXII-A, 18—)
- Incumplimiento del operador turístico (ley 25.651 —Adla, LXII-E, 5089—)
- Ley general del ambiente (25.675 —Adla, LXIII-A, 4—).

Amén de ello se han ratificado las convenciones en materia de derechos humanos que tratan temas de derecho civil (Adla, XLVI-B, 1107):

- Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250)
- Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación de la mujer
- Convención sobre derechos del niño.
- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Y en materia de derecho internacional privado, si bien subsisten las normas sancionadas por la ley 340, lo cierto es que nuestro país ha suscripto y ratificado entre otros los siguientes tratados y convenciones:

- Tratados de Montevideo de 1889
- Tratados de Montevideo de 1940
- Convenciones CIDIP I, de las cuales Argentina ha ratificado las siguientes: Convención interamericana en materia de conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (ley 22.691 —Adla, XLII-D, 3643—); Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (ley 24.322 —Adla, LIV-C, 2776—), Convención interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero (ley 22.250 —Adla, XL-C, 2457—) (98);
- Convenciones CIDIP II, de las cuales nuestro país ratificó: Convención Interamericana sobre Normas Generales en Materia de Derecho Internacional Privado (ley 22.921), Convención Interamericana sobre Conflictos

---

(98) De las convenciones de CIDIP I se ratificaron otras dos sobre cuestiones procesales (leyes 23.481 y 23.503 —Adla, XLVII-A, 184; XLVII-B, 1512—)



de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (ley 22.921); Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (ley 23.506 —Adla, XLVII-B, 1524—), Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (ley 22.921 —XLIII-D, 3819—) (99);

- Convenio sobre Información en Materia Jurídica respecto al Derecho vigente y su aplicación (ley 21.447 —Adla, XXXVI-D, 2865—);

- Convenciones aprobadas por la Conferencia de La Haya, ratificadas por la Argentina: Convención sobre Reconocimiento de la personería jurídica de las sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras (ley 24.409 —Adla, IV-A, 4—); Convención sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (ley 23.916 —Adla, LI-B, 1703—), Convención sobre Legislación Aplicable a los Contratos de Intermediación y Representación (ley 23.964 —Adla, LI-C, 2832—);

- Convenciones de la ONU ratificadas por Argentina: Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (ley 18.444 —Adla, XXIX-C, 2796—), Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (ley 22.765 —Adla, XLIII-B, 1259—), Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (ley 23.619 —Adla, XLVIII-D, 4230—).

Y algunas convenciones internacionales hacen al derecho de fondo, como la de compraventa internacional de mercaderías, también ratificada por el Estado Argentino y que es una tercera regulación de la compraventa que se superpone a la compraventa civil y a la compraventa comercial. Lo mismo la Convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares (ley 17.048 —Adla, XXVI-C, 1625—)

c) ¿Hay un código de Comercio?

Sin duda donde se ha presentado con mayor virulencia el proceso de descodificación es en los códigos de comercio. En nuestro caso no es necesario señalar que casi nada queda del Código de 1859/62; con lo cual como Código de Comercio se conoce un agrupamiento de artículos desperdigados que quedaron del Código versión 1889.

---

(99) También se ratificaron otras dos convenciones sobre cuestiones procesales (leyes 22.912 —Adla, XLIII-D, 3752— y 23.503).

De allí desaparecieron los concursos (cuatro leyes desde la sanción del código en 1889: la 4156 (Adla, 1889-1919, 564), la 11.719 (Adla, 1920-1940, 325) la 19.551 (Adla, XXXII-B, 1847) —reformada por la ley 22.917 (Adla, XLIII-D, 3771)— y la 24.522 (Adla, LV-D, 4381), esta última a su vez reformada dos veces en el año 2002), las sociedades, la letra de cambio y el pagaré, el cheque, la navegación, los seguros. Pero además se legislaron instituciones no previstas en el Código: warrant aduanero, warrant, prenda con registro, bolsas y mercados, prenda agraria, sociedades de economía mixta, sociedades cooperativas, Inspección General de Justicia, obligaciones negociables, fondos comunes de inversión, entidades financieras, etc.

Otras instituciones aunque conservadas en el Código han sido reformadas; verbigracia corredores y martilleros

Es por lo menos dudosa la subsistencia de algunas reglas básicas, como la del art. 7° que establece que los actos unilateralmente comerciales se rigen por el Código de Comercio; entendemos que en cuanto esos actos se otorguen con consumidores, estarán sujetos a las reglas de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125); eventualmente sólo la regulación de los contratos típicos sería aplicable a esos actos con consumidores y en tanto no sea contradictoria con la protección del consumidor.

Es sobreabundante señalar la superposición entre las regulaciones de los contratos típicos comerciales y civiles, que además parte de un distinguo absolutamente superfluo hoy en día y que es un resabio del derecho comercial clasista como lo explica Galgano.

En fin, la única conclusión es que no es posible hablar de la existencia de un Código de Comercio en la República Argentina; lo que existe carece de organicidad, en manera alguna responde a un método o plan, y es una mera aglomeración de normas pensadas, redactadas y sancionadas por distintas personas en distintas épocas.

#### d) Conclusión.

Ya en 1968 Guillermo Borda decía: debemos decir la verdad: no son las ideas esenciales de Vélez las que vertebran nuestra legislación civil (100).

---

(100) BORDA, Guillermo A., "La reforma de 1968 al Código Civil", p. 14, Buenos Aires.

En realidad queda:

- una metodología inapropiada para los tiempos que corren;
- una teoría general del contrato que no prevé cuestiones esenciales (contratos por adhesión, cláusulas o condiciones generales), y que en lo atinente a la formación del contrato se contradice con los criterios universalmente aceptados y que en nuestro país tienen recepción en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías;
- el plazo máximo de la locación que sirve para obstaculizar los negocios cuando se requieren inversiones que se amortizan en más de diez años;
- la idea de que el mutuo, el mandato y el depósito son gratuitos;
- reglas sobre la responsabilidad civil que eran ajustadas a una sociedad en la que lo más grave que a uno podía pasarle era que le cayera algo de un balcón (art. 1119), lo mordiera un perro o lo atropellara un caballo (101);
- un casuismo apabullante en el ámbito de los derechos reales (102), que incluso dificulta la aprehensión de instituciones simples como el usufructo (103) e impide el funcionamiento del condominio con la regla de la unanimidad (art. 2680/1);
- a lo que se agrega en la misma materia un número clausus que requiere una inmediata oxigenación, para incorporar la superficie; y a la vez eliminar definitivamente los censos y las rentas que nuestro Código vigente autoriza por el término de cinco años (art. 2614);

---

(101) Por ello el Código dispone desde el art. 1124 al 1131 para los daños causados por animales, con las pertinentes distinciones entre domésticos, feroces, soltado, extraviado, llegando al extremo de hablar de animal ofendido y animal ofensor (art. 1130). Amén de establecer una responsabilidad subjetiva pro el daño causado por el animal que se soltó o extravió (art. 1127) absolutamente contradictoria con el art. 1113.

(102) Por ejemplo, art. 2623: "El que quiera hacer un horno o fragua contra una pared medianera, debe dejar un vacío o intervalo contra la pared, entre la pared y el horno o fragua de dieciséis centímetros"; art. 2624: El que quiera hacer pozos, con cualquier objeto que sea, contra una pared medianera o no medianera, debe hacer un contramuro de treinta centímetros de espesor".

(103) El usufructo abarca del 2807 al 2947; y del 2948 al 2969 para el uso y la habitación; en el Proyecto el usufructo, el uso y la habitación abarcan de los arts. 2031 a 2064.

- un régimen de garantías absolutamente inadecuado para los negocios en el mundo de hoy;
- un régimen sucesorio invertido por la presunción de aceptación beneficiaria incluida en 1968, sin mayores ajustes con el régimen original;
- un derecho sucesorio absolutamente inadecuado a la realidad actual; el derecho sucesorio de Vélez estaba destinado a proteger a los hijos que quedaban huérfanos siendo niños, porque sus padres morían a edades tempranas. La realidad actual es que la vida se ha prolongado, y a quien hay que tutelar es más al cónyuge superviviente que deben enfrentar solo una vejez prolongada y cara; y no a los hijos que ven desaparecer a sus padres cuando ellos ya pueden sostenerse a sí mismos;
- un régimen de la herencia que no prevé el juicio sucesorio, regulado en los códigos procesales de las 23 provincias y de la Capital Federal; y que por ello es distinto según los ámbitos espaciales
- un derecho internacional privado rudimentario e inadecuado a las convenciones internacionales que nuestro país ha ratificado (104).

De modo pues que en Argentina se ha operado una reforma parcial y progresiva que ha afectado a grandes áreas del derecho privado, pero se lo ha hecho de manera caótica, sin ninguna directiva precisa, a medida que iban surgiendo las necesidades, todo lo cual da un panorama anárquico de nuestro derecho privado. Y cuando no ha mediado reforma alguna, las instituciones reflejan una absoluta inadecuación con las realidades y necesidades del presente como sucede en materia de teoría general del contrato y de garantías.

## 21. Las cuestiones que hay que reformar.

Sabemos que la recodificación completa es materia debatida en Argentina. Pero que al menos una reforma de conjunto se impone es evidente y

---

(104) En el Código de Comercio vigente aparecen cosas semejantes. Por ejemplo art. 185: "Los animales, carruajes, barcas, aparejos y todos los demás instrumentos principales y accesorios del transporte están especialmente afectados en favor del cargador para el pago de los objetos entregados"; art. 187: "Los ferrocarriles deben hacer los transportes de mercaderías en un término que no exceda de una hora por cada diez kilómetros o por la distancia mínima que fije el poder administrador, contado desde la doce de la noche del día del recibo de la carga"; art. 22 "Están prohibidos de ejercer el comercio por incompatibilidad de estado: ...2 "Los clérigos de cualquier orden mientras vistan el traje clerical", etc.

no parece razonable discutirlo. En ambos casos, la recodificación importa rescatar todo lo posible de lo existente, pero es a la vez la oportunidad de incorporar las mejoras que la sociedad reclama.

Por ello a partir de ahora identificaremos los temas que a nuestro juicio reclaman una actualización.

a) En el derecho de las personas.

El derecho de las personas ha tenido muy pocas reformas significativas desde 1869, por lo que omite el tratamiento de cuestiones relevantes y muchas de las soluciones del Código vigente son arcaicas.

En concreto señalamos:

- la mayoría de edad, que debe establecerse en los 18 años como lo hacen prácticamente todos los países occidentales;

- la ampliación de los estados psíquicos que posibilitan la interdicción por deficiencias mentales y un tratamiento del régimen de capacidad de estos sujetos que permita al juez cierta flexibilidad a la hora de definir los alcances de la interdicción;

- el adelanto de la capacidad de los menores para el ejercicio de los actos de disposición del propio cuerpo, como sucede en otros ordenamientos (105).

- el establecimiento de un régimen integral y sistemático de los derechos de la personalidad, que contemple primeramente los denominados derechos de la personalidad espiritual (intimidad, imagen, honor) (106);

- siguiendo en el ámbito de los derechos personalísimos, el Código debería contener reglas generales sobre los actos de disposición sobre el

---

(105) V. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho del menor a su propio cuerpo", en Borda, Guillermo A. (director), *La persona humana*, p. 249, Buenos Aires, 2001.

(106) Esto es corriente en los códigos modernos, entre los cuales podemos mencionar Québec, Bolivia (capítulo III del Título I, art. 6° y sigtes.), Perú (Título II del Libro I, a partir del art. 3°). En reformas parciales ha sido incorporado un régimen de derechos de la personalidad espiritual en Francia (art. 9° reformado por la ley 70-643 del 17 de julio de 1970) y Suiza (art. 28 y sigtes. establecidos por la ley del 16 de diciembre de 1983, en vigor desde el 1 de julio de 1985).

propio cuerpo, partiendo del reconocimiento del derecho de cada persona de decidir sobre él, por lo que es necesario su consentimiento para todo tratamiento médico (107); de esta regla se desprenden corolarios como, por ejemplo, el reconocimiento de la posibilidad de suplir el consentimiento para tratamientos médicos cuando es negado arbitrariamente por los representantes legales del incapaz que lo requiere (108);

- los códigos modernos también tratan del denominado "living-will" o disposiciones para la propia incapacidad, que contemplan la designación del propio curador, el mandato irrevocable por causa de interdicción y las instrucciones sobre tratamientos médicos para el supuesto de imposibilidad sobreviniente de manifestar la voluntad (109).

Además debería aprovecharse la reforma para eliminar las categorías de menores impúberes y adultos; de incapaces de hecho absolutos y relativos, absolutamente inútiles; y la de los incapaces de derecho en tanto todos los autores coinciden en que los comerciantes fallidos y religiosos profesos no lo son, y más aun no hay incapaces sino incapacidades de derecho.

Por supuesto, si la reforma fuera integral se incorporarían al Código las regulaciones sobre nombre, ausencia y presunción de fallecimiento.

b) En el régimen de los hechos y actos jurídicos.

Es dudoso que un Código deba tener una parte general; y más aun que deba contener una teoría general de los hechos y actos jurídicos. Un código moderno como el de Québec sigue prefiriendo tratar estos temas como

---

(107) También es corriente esta solución en la legislación comparada: v. Perú, Québec (Libro I, Título II, Capítulo I, De la integridad de la persona, comprende los artículos 10 a 25; y entre los artículos 26 a 31 trata de la guarda en establecimiento y del examen psiquiátrico.

(108) El Proyecto de Código Civil de 1998 contiene algunas otras normas, tales como la prohibición de las prácticas eugenésicas, salvo que sean requeridas para evitar la transmisión de enfermedades genéticas; y el principio según el cual esas prácticas no pueden afectar la integridad de la especie humana; reglas semejantes lucen hoy en el Código Civil francés (Capítulo II, "Del respeto al cuerpo humano, agregado por la ley 94-653 del 29 de julio de 1994, arts. 16 a 16-12).

(109) Estos puntos fueron incorporados al Proyecto de Código Civil durante el tratamiento en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados, por sugerencia del autor de esta ponencia.

parte de la regulación de los contratos, y De los Mozos comentando el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 dijo que la parte general es para los tratados y no para los Códigos. La verdad es que casi necesariamente se producen superposiciones entre la teoría general del acto jurídico y la parte general de los contratos; y es muy opinable que ello se justifique, amén de que darían lugar siempre a difíciles armonizaciones (110).

De todos modos, cualquiera sea la ubicación de las materias, nuestra legislación requiere una urgente modernización en los siguientes aspectos:

- la simplificación de las clasificaciones de las cosas, a través de la eliminación de las cosas por su carácter representativo y de los inmuebles por su destino;

- la extensión de la protección del bien de familia a favor de la persona que no tiene familia, o sea la persona que vive sola; el reconocimiento del principio de subrogación real en materia de vivienda protegida;

- en materia de instrumentos el reconocimiento de los soportes distintos del papel; la definición de firma y de lo que puede cumplir su función en los documentos generados por medios electrónicos, de modo de adecuar el Código a la ley de firma digital que se ha sancionado (111);

- la eliminación del requisito del doble ejemplar en los instrumentos privados;

En la ineficacia de los actos jurídicos es conveniente eliminar la doble clasificación de la invalidez; la adopción de una solución explícita para los efectos del "acto a non domino" y los derechos del tercero subadquirente de buena fe y a título oneroso;" y el tratamiento de la inoponibilidad.

---

(110) Así, en el Proyecto de Código Civil de 1998, el tema de la causa está tratado en la teoría general de los actos jurídicos y en la parte general de contratos. Ello se debió al debate interno que existió en la comisión acerca de la ubicación preferible, que llevó a que al enviarse el texto al PEN no se advirtiera que habían subsistido las dos propuestas, con una superposición obvia.

(111) Otras cuestiones quizás no tan relevantes pueden serlo la sustitución de la fe de conocimiento por la comprobación de la identidad; y la determinación de que sólo las actas protocolares tienen eficacia probatoria de instrumentos públicos para resolver el problema de las "actas notariales" que tiene una fuerte incidencia práctica.

Finalmente es sin duda imperioso aclarar y simplificar el régimen de la sucesión particular y los derechos de terceros que el Código vigente regula entre los artículos 3262 y 3278 de un modo casi incomprensible.

c) El ejercicio de los derechos: el fraude a la ley, el abuso de posición dominante y la prescripción liberatoria.

Dentro de la teoría general del derecho civil tiene un lugar importante el tema del ejercicio de los derechos subjetivos.

El Código Civil se limitó a la consideración del fenómeno de los actos "en contra de la ley" en el artículo 18.

La reforma de 1968 incorporó el abuso del derecho (art. 1071) que ya tenía antecedentes en la Constitución de 1949 y en la jurisprudencia.

Las corrientes contemporáneas exigen el tratamiento del fraude a la ley (112); materia que originada en el ámbito del derecho fiscal y del derecho internacional privado, ha sido extendida como regla general en algunos ordenamientos contemporáneos, como el Código Civil Español cuyo Título Preliminar —reformado en 1974— lo contempla hoy en el artículo 6º, inc. 4. El Proyecto de la comisión designada por el PEN por decreto 468/92 (Adla, LII-B, 1641) preveía su incorporación al capítulo del fraude a los acreedores (art. 645), y el Proyecto de Código Civil de 1998 recomendaba tratarlo en el Libro I denominado "Del derecho" (concretamente: art. 8º).

El Proyecto de Código Civil de 1998 propiciaba la incorporación de un Título denominado "Del ejercicio de los derechos" y en él se expresa el principio general de buena fe y se trata del abuso del derecho; y el artículo 397 expresa que "lo dispuesto en los dos artículos anteriores se aplica cuando se abusare de una posición dominante".

Este último tema ha dado lugar a alguna crítica (113) que en resumen se sostiene en que el abuso de la posición dominante es materia propia del derecho de la competencia y no del más general "derecho civil". Sin embargo el abuso de la posición de poder es un concepto acogido en legislaciones muy modernas, como la ley francesa del 15 de mayo de

---

(112) O fraude de ley, como prefieren algunos autores españoles.

(113) V., STRATTA, Alicia Josefina, "Apuntes sobre el proyecto de Código Civil de la República Argentina", n° 4, 2, 3, 2, p. 146, Buenos Aires, 2001.



2001 sobre "nuevas regulaciones económicas" (114) y en el derecho australiano de las garantías (115).

En cuanto a la prescripción liberatoria, es claro que su regulación ejerce una influencia decisiva en todo el derecho patrimonial; basta con señalar que la mayor o menor extensión de los plazos incide directamente sobre el costo de los seguros y con ello en la dispersión del riesgo que constituye uno de los objetivos del actual derecho de daños (116). Los proyectos de Código Civil único para Argentina intentaron continuar la tendencia iniciada en 1968, esto es, de reducción significativa de los plazos de prescripción liberatoria; este último fijó el término general en cuatro años (art. 2501) y siguiendo el modelo del Proyecto de 1987 dispuso una norma de cierre, que en este caso llevaba el número 2513 que dice: "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".

---

(114) La ley del 15/5/01 es identificada como "relative aux nouvelles régulations économiques" y contiene numerosas e importantes disposiciones. En lo que concierne al tema del abuso de poder se señala por los comentaristas de la ley del 15/5/01 que si bien había sido visto tradicionalmente como un aspecto del derecho de la competencia y por lo tanto como un medio de defensa de específicos intereses colectivos, ya en la ley "Galland" del 1 de julio de 1996 sobre la "lealtad y el equilibrio en las relaciones contractuales" se preveía la sanción a ciertos comportamientos independientemente de su impacto anticompetitivo, por lo que esa ley constituyó un punto de inflexión en tanto la legislación se aproxima al abuso de poder en defensa de los intereses de los contratantes débiles aun profesionales (v. GHESTIN, J. - FONTAINE, M., "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels", París, 1996). En esta orientación, la ley del 15 de mayo de 2001 persigue reforzar la lucha contra el abuso de la dependencia económica, dándose como ejemplo el abuso del poder de compra. Se dice entonces que la nueva ley de 2001 se ve como una etapa complementaria en la lucha contra el abuso, lucha que se lleva a cabo contra prácticas restrictivas de la competencia pero que no exigen, para ser sancionadas, la demostración de un efecto anticompetitivo. Se trata del restablecimiento de un equilibrio en las relaciones de partes en posición de negociación desiguales y adopta una óptica civilista independiente de una apreciación de los efectos anticompetitivos: v. BELLIVIER, Florence - ROCHFELD, Judith, "Législation française en matière de droit civil", RTDC 2001-3-671 y sigtes., La Ley del 15 de mayo de 2001 trata de los efectos de la ruptura intempestiva de las relaciones de duración, la obtención de ventajas sin contrapartida, la obtención de condiciones y obligaciones injustificadas cuando es el resultado del abuso de la dependencia económica entre lo cual se encuentra el abuso de poder de compra, etc.

(115) V. WALLACE, A.E., "Presente y futuro de las garantías reales y personales. La posición en Australia", a publicare en Revista de Derecho Comparado (Buenos Aires), n° 7 (en prensa), n° 9,3.

(116) RIVERA, Julio César, "Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998", Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, año XLV, n° 38.

Cabe acotar que la modificación de las normas sobre prescripción extintiva, constituye uno de los capítulos esenciales de la reforma alemana entrada a regir el 1 de enero de 2002. El plazo general fue fijado en tres años y comprende relaciones contractuales y extracontractuales (# 195). Pero además para ciertas pretensiones se fija un plazo máximo absoluto; así, las pretensiones de resarcimiento de daños prescriben a los diez años sin tener en cuenta su conocimiento o desconocimiento por culpa grave (# 199.3.1); y para las mismas acciones hay un segundo plazo absoluto de treinta años sin tener en cuenta su origen y el conocimiento o desconocimiento por culpa grave (# 199.2). Para las pretensiones de resarcimiento de daños que se funden en la vulneración del derecho a la vida, lesiones corporales, quebrantamiento del derecho a la salud o la libertad, prescriben, sin tener en cuenta su origen y el conocimiento o desconocimiento por culpa grave, a los treinta años a partir de la comisión del acto, de la lesión del deber o, en cualquier caso, del acontecimiento que produce el daño (# 199.2).

d) Derecho sucesorio y derecho patrimonial familiar.

Ya nos hemos referido a las características que presentan estos dos campos vitales del derecho patrimonial que han devenido absolutamente inarmónicos con las realidades de la familia actual. Entre ellas no es menor que el derecho sucesorio refleja soluciones carentes de congruencia con el juicio sucesorio que se regula por las legislaciones procesales locales.

e) La responsabilidad civil y otras fuentes de las obligaciones.

Aunque la reforma de 1968 constituyó un significativo avance en materia de responsabilidad civil, y por ello los tribunales suelen manejarse con relativa comodidad frente a los fenómenos contemporáneos en materia de daños, lo cierto es que algunos sectores merecen ajustes importantes, así como ha de propiciarse la eliminación de normas totalmente ajenas a la problemática actual. Me limito a remitirme a mi trabajo sobre la materia leído en esta Academia en el acto de incorporación (117).

En cuanto a la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones ha sido tratada en todos los proyectos de Código único y ello comprende la teoría general de los títulos valores, una necesidad sentida cuya concreción es largamente reclamada por la doctrina.

---

(117) RIVERA, Julio César, "Ideas directrices...", citado en la nota precedente.

f) Los derechos reales.

La teoría general de los derechos reales de nuestro Código vigente es manifiestamente insuficiente y ello se proyecta en una regulación alambicada y farragosa de los derechos reales en particular. Por lo demás, las necesidades económicas actuales exigen otros derechos reales, como el de superficie, una de cuyas modalidades —la forestal— ha sido incorporada recientemente.

g) El régimen de los contratos.

Hemos dejado casi para el final el tema de los contratos, pues es un área extraordinariamente importante para el desarrollo de los negocios y estamos convencidos que es donde nuestro Código Civil requiere sin duda una reestructuración prácticamente total.

Hoy tenemos una teoría general del contrato que no prevé cuestiones esenciales.

En este sentido en nuestro Código Civil no hay reglas —por lo menos— sobre:

- contratos atípicos
- contratos por adhesión y predispuestos
- tratativas precontractuales
- contratos preliminares
- incorporación de terceros al contrato
- cesión de posición contractual
- subcontrato
- suspensión de efectos del contrato como un medio de autotutela;
- ni un régimen orgánico de extinción de los contratos.

En lo atinente a la formación del contrato nuestro Código no se compeadece con los criterios hoy universalmente aceptados y que en nuestro país

tienen recepción en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Cabe señalar que el modelo de la Convención de Viena tiene hoy una ejemplaridad significativa. Todos los proyectos europeos —y con ello me refiero a los que propician de una manera u otra un código de los contratos para la Unión Europea— siguen ese modelo en lo atinente a la formación del contrato. Lo mismo hacen los Principios Unidroit que mucha repercusión tienen en los ámbitos académicos y de negocios (como la International Chamber of Commerce).

En este sentido los proyectos de código único argentinos han abordado esta insuficiencia notoria de nuestra legislación y en todos los casos han propiciado soluciones armónicas con las corrientes prácticamente universales.

Es cierto que ello no ha estado exento de críticas. Con relación al Proyecto de 1998 se ha dicho por algunos que es un producto del neoliberalismo y que exacerba la libertad contractual permitiendo convertir al contrato en un instrumento de la opresión de los poderosos sobre los débiles. La verdad es que estas críticas ni merecen respuesta. Apenas se hace una aproximación ligera al Proyecto de 1998 se advertirá que además de reiterar —a veces hasta machaconamente— la vigencia del principio de buena fe antes, durante y después del contrato, regula los efectos del abuso del derecho y de la posición dominante, amplía los horizontes de la lesión como vicio de los actos jurídicos, mantiene la imprevisión autorizando incluso la acción de reajuste para el perjudicado por el desequilibrio sobreviniente, regula la causa final como elemento del contrato y por ello prevé la frustración del fin como causa de resolución, limita las cláusulas predisuestas, etc..

Todo lo cual en realidad permitiría preguntarse como hacen otros si en realidad no se está limitando en exceso la libertad contractual. Un autor sugiere que la regla *pacta sunt servanda* se sustituye por la protección del débil (118).

No compartimos en absoluto esta observación, que por el contrario consideramos que parte de una visión del contrato absolutamente ajena a la realidad contemporánea. Es imposible sostener la vigencia de un modelo

---

(118) STRATTA, ob. cit. n° 1, p. 103.

contractual calcado de la legislación decimonónica, ni aún para los contratos entre empresas; es que sin duda hay una penetración del derecho del consumidor hacia el derecho general de los contratos.

Ello se advierte con toda claridad apenas se contempla el panorama de la legislación europea:

- la Directiva 2000/35 del 29 de junio de 2000, sobre morosidad en operaciones comerciales, protege a los proveedores de empresas de la demora en los pagos. Ha sido trasvasada al derecho alemán en la reforma al BGB del 1/1/2001; el derecho italiano precedió a la Directiva con la ley denominada de "subfornitura" (ley 192 del 18 de junio de 1998) (119), que prohíbe todas las formas de abuso de la dependencia económica;

- la Directiva 1999/44 del 25 de mayo de 1999 sobre garantías en las ventas de bienes de consumo ha pasado al BGB reformado;

- la ley francesa del 15 de mayo de 2001 tantas veces citada establece reglas de moralización de las prácticas contractuales;

- el control de las condiciones generales ha pasado de la legislación especial al Código Civil alemán; y téngase en cuenta que la regulación germana, a diferencia de otras leyes de países europeos sobre la materia, "no está dirigida a los consumidores sino a los contratantes débiles" (120); y su incorporación en la reforma del 2001 "no significa ninguna brecha en el sistema del BGB al tener por destinatario al contratante, sea o no consumidor, que no está en la misma situación que el contratante que negocia el contenido con la otra parte. Aunque el BGB como cualquier otro Código decimonónico, parte de la autonomía privada, la libertad y la igualdad contractual, ello no debe ser un obstáculo para que pueda acoger las condiciones generales de la contratación, puesto que éstas tienen por objeto fijar, aunque sin negociación, el contenido de las relaciones obligatorias (121)";

---

(119) GALGANO, Francesco, "La subfornitura", p. 8, Suplemento La Ley del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 3/4/01.

(120) Transcripción literal de DOHRMANN, "Un nuevo derecho de obligaciones...", citado, n° 2.2., p. 1148.

(121) DOHRMANN, ob. y lug. cit. en la nota precedente.

- en el derecho francés la ley 1208 del 13 de diciembre de 2000 relativa a la "solidaridad y renovamiento urbanos" (Adla, 1881-1888, 76) que ha extendido el derecho de arrepentimiento del comprador —típica institución del derecho del consumo— a los adquirentes de inmuebles (nuevos o usados, en actos bajo forma privada y auténtica) con lo cual ensancha considerablemente el ámbito de aplicación de esta facultad que ya había sido consagrada en la ley Neiertz del 31 de diciembre de 1989 (122).

Todo ello deriva de los actuales esquemas de relacionamiento de las empresas. Al comentar la ley de "subfornitura", Galgano explica que ella se ubica en el doble escenario de la organización económica y jurídica de nuestro tiempo. En un primer plano, existe lo que se ha dado en llamar la descentralización productiva, que transforma a las grandes empresas en ensambladores de bienes fabricados por otros de lo cual resulta el producto final que se pone en el mercado, con lo cual se transforma en relaciones contractuales externas a relaciones que fueron tradicionalmente internas entre el capital y el trabajo. De modo que proliferan pequeñas organizaciones empresariales que hacen lo que antes hacían los trabajadores, y que corrientemente tienen un solo consumidor de sus productos, la gran empresa de la que son proveedoras, por lo que tienen cerrada toda valoración del mercado: esta pequeña organización empresarial produce solo lo que el comitente le encarga y al precio que éste unilateralmente establece.

Es obvio entonces que estas miniempresas no tienen el mismo poder de negociación que la gran empresa a la cual proveen, y por ello el esquema del contrato tradicional requiere ajustes que intenten establecer un mayor equilibrio, aun limitando la libertad contractual como claramente sucede con la Directiva y las leyes de Italia y Francia.

Es que no puede hacerse un corte entre los contratos al consumidor y los contratos entre empresas, suponiendo aquellos sometidos a una legislación especial y a éstos sujetos al esquema de la regulación decimonónica con algunas limitaciones clásicas reverdecidas en el siglo XX como la lesión y la imprevisión. Hay entre los contratos al consumidor y los contratos entre sujetos con similar poder de negociación un universo de situaciones en que alguna de las partes tiene un poder de negociación decididamente predominante.

---

(122) V. BELLIVIER, Florence - ROCHFELD, Judith, "Législation française en matière de droit civil", RTDC, 2001-1-216 y sigtes.

Y no necesariamente es el predominante quien tiene mayor poder económico. Dice un comentarista alemán que "cláusulas contractuales preformuladas con frecuencia son aceptadas sin oposición aun por partes comercialmente expertas, por ejemplo, empresas, aun cuando económicamente son más poderosas ...Desde el punto de vista económico no les queda otra alternativa. Si no, antes de la concertación de un contrato siempre tendrían que controlar las condiciones generales... pero esto ocasiona costos que generalmente no están en relación con el monto del negocio concertado. Para quien compra material para la oficina de su empresa sencillamente no le conviene tal proceder. Precisamente dicha circunstancia es aprovechada por los usuarios de las condiciones generales de contratación para trasladar riesgos contractuales al cliente. Ya la realidad de la unilateral preformulación conduce a una superioridad del usuario de las condiciones generales y ocasiona una desigualdad contractual. Por ello, un control legislativo de cláusulas contractuales preformuladas no puede servir solamente al objetivo de la protección de los más débiles partícipes del mercado, por ejemplo el consumidor, sino, de manera totalmente general, al aseguramiento de la capacidad funcional de un sistema jurídico privado basado en el principio de autonomía privada" (123).

De donde no ha de temerse que el derecho del consumidor o que la protección de la parte más débil del contrato infecte al derecho general del contrato fundado en el esquema clásico. No ha de temerse porque ello ya ha sucedido y está sucediendo como una consecuencia de las modificaciones ostensibles e importantes que acaecen en los relacionamientos económicos entre empresas de semejante o distinto poder de negociación y entre las empresas y los consumidores.

Queda todavía una cuestión por tratar: si el derecho del consumidor debe o no entrar al Código Civil. Los proyectos de Código único argentinos no lo han incluido. Pero sí lo ha hecho la reforma alemana del 2002. Cual es la solución más conveniente para Argentina es un tema abierto a la discusión, pero no deja de resultar atractivo el razonamiento de Dohrmann quien señala que con la incorporación de la ordenanza sobre condiciones generales y del derecho del consumidor entra al Código todo lo que era derecho especial. Y agrega: "Con la entrada del consumidor en el BGB, en virtud de la ley del 30 de junio de 2000, se coloca la piedra funda-

---

(123) LEIBLE, Stefan, "Cláusulas abusivas en el ejemplo de las cláusulas penales contractuales en las condiciones generales de contratación", n° 1, p. 114, Revista de Derecho Comparado (Buenos Aires).

mental para que el BGB sea el marco legal por excelencia de las relaciones con los consumidores. Sólo de este modo, se considera, es posible que el BGB sea el código de todos los ciudadanos. El ciudadano es consumidor y el consumidor es ciudadano. Es una de las principales filosofías de la reforma..." (124).

Ello sin perjuicio de señalar que en el otro extremo podemos situar la internacionalización de las relaciones entre las empresas, producto de la globalización, que ha dado lugar al nacimiento de una nueva *lex mercatoria*, cuya fuente principal es la circulación de los modelos contractuales. Pero que de todos modos requiere la mediación cultural de los juristas para evitar que los más poderosos destruyan la misma esencia del mercado que es la concurrencia, lo cual se logra coordinando las prácticas contractuales internacionales con los principios universales de derecho universalmente acogidos. Esa tarea ha venido a quedar consagrada en los Principios Unidroit, tantas veces citados, que han recogido las aludidas prácticas comerciales internacionales, pero a la vez establecen que el de la buena fe es el único principio inderogable por la voluntad de las partes, y prevé el funcionamiento de instituciones tales como la lesión, la imprevisión, la sorpresa en los contratos celebrados bajo formularios, etc.

En fin, no parece dudoso frente a esta compleja realidad negocial contemporánea, que nuestro Código Civil decimonónico, está absolutamente superado y es un instrumento inadecuado para los operadores jurídicos.

Es más: las falencias de la teoría general del contrato, se suplen con la discrecionalidad judicial. Lentamente el derecho privado argentino —en el área patrimonial esencialmente— se desliza a un sistema que prescinde de la ley, en el que las antiguallas de los códigos son derogadas por desuetudo —en realidad nos acostumbramos a no verlas, a no leerlas— y cuyas omisiones son cubiertas por los jueces cuando pueden hacerlo.

Y digo "cuando pueden hacerlo", porque no todo se desarrolla en el ámbito judicial. Entonces son las necesidades de los particulares y la imaginación de los abogados las que confluyen para encontrar cauces para dar solución a problemas o necesidades nuevas.

Pero ello importa inseguridad, y por tal razón en muchos ámbitos es necesaria la actividad legislativa positiva.

---

(124) DOHRMANN, "Un nuevo derecho de obligaciones...", citado, n° 5.3. ps. 1142/1143.



Un ejemplo de esto es el fideicomiso. Si bien un autor insiste en que la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296) no inventó nada porque el fideicomiso ya estaba en el Código Civil, lo cierto es que hasta que no intervino el legislador y sancionó la ley, el fideicomiso casi no existía en la práctica; y hoy se usa fecundamente, gracias a una legislación que ha sido criticada, vituperada, etc., pero que ha dado un marco de razonable mínima seguridad a los operadores económicos más allá de los tiquismiquis de los juristas.

Lo mismo ha de suceder con la reformulación de las reglas generales sobre contratos. Desbrozará la maleza, eliminará las materias abandonadas que nos acostumbramos a no leer, suprimirá la leña muerta que hay en el bosque de la legislación, y permitirá ver más claro.

Y tendremos más seguridad que con el batiborrillo actual de superposición de códigos más activismo judicial.

#### a. Las garantías.

Un capítulo aparte, debe dedicarse a las garantías. Este es hoy un tema acuciante en todo el mundo, en el que deben computarse las necesidades del comercio globalizado. Lo que ha llevado a decir que la eficacia de las garantías se vincula directamente con el problema de las quiebras transfronterizas. Así como han de tenerse en cuenta los portafolios de inversión mantenidos en forma electrónica a través de intermediarios, la llegada del comercio electrónico instantáneo, el desarrollo de activos intangibles carentes de asiento en un territorio, etc. (125). Agrega el mismo autor citado que nuevas formas de bienes requieren nuevas formas de propiedad; la antigua analogía con los bienes tangibles está rota. Por lo que quizás veamos en el futuro de garantías internacionales, una genuina "floating charge" pero flotando en el ciberespacio, no vinculada a ningún ordenamiento nacional pero reconocido por todos ellos.

Los informes presentados por los distintos países al XIV Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado (Brisbane, 2001), son reveladores de los continuos progresos que hace la legislación de todos los países en materia de garantías reales y personales (126), con figuras nove-

---

(125) LORD MILLET, prólogo a "Cross-Border Security and Insolvency", editado por Bridge, Michael & Stevens, Robert, Oxford, 2001.

(126) Los números 6 y 7 de la Revista de Derecho Comparado (Buenos Aires, 2002 y 2003 respectivamente), publican los informes sobre garantías emanados de Australia, Gran Bretaña, Holanda, Grecia, Japón, España.

dosas que tienden a concentrar las garantías no ya en las cosas muebles o inmuebles sino en los flujos de fondos, representados generalmente bajo la forma de créditos.

En cuanto a la ejecución de las garantías todas las legislaciones tienden a hacerlas más expeditivas, eliminando la intervención judicial, por lo que la regla son las garantías autoliquidables.

No es preciso señalar que nuestro derecho de las garantías está detenido en la historia. La hipoteca y la prenda civil casi no han tenido reformas desde la sanción del Código en 1869, y la prenda comercial desde 1889; cabe señalar que la única mención a la prenda autoliquidable está en el art. 585 del Código de Comercio que proviene de la reforma de 1889 y está tomado del Proyecto de Segovia (art. 841). Quizás sea paradigmático señalar que el mismo Segovia al comentar el art. 585 hace suya una observación de Vidari, para quien "el procedimiento judicial causa dilaciones y gastos y perjudica al comercio y acaso al crédito mismo del deudor", y califica a la solución del Código como innovadora "en punto de gran importancia práctica, especialmente en estos tiempos en que han existido títulos en caución por valores de cientos de millones" (127). El warrant tiene una legislación de principios de siglo y el último aporte importante es la prenda con registro que se acerca a los 60 años contados desde su incorporación al derecho positivo.

De modo que en Argentina existen debates interminables acerca de las cesiones de créditos en garantía, de los fideicomisos con finalidad de garantía, de las prendas de intangibles, etc.. Por no decir que siempre hay cuestionamientos vinculados a la especialidad de la hipoteca y de la prenda, que la prenda flotante es absolutamente ineficaz y que aun el warrant, pese a lo preciso de su reglamentación en punto a la necesaria liquidación en caso de incumplimiento, genera una insuficiente seguridad para los acreedores debido a algunas atrabiliarias interpretaciones judiciales. Y ni hablar cuando estas garantías intentan hacerse valer en los concursos.

En punto a las garantías personales, amén de la superposición de las regulaciones de la fianza civil y comercial, lo cierto es que nuestra legislación también se ha quedado en el tiempo, pero aquí en desmedro de los deudores. Existe una clara tendencia a tutelar a las personas físicas a las cuales son exigidas garantías que no pueden cumplir; en este sentido la

---

(127) SEGOVIA, Lisandro, "Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina", t. II, nota 1980 al art. 585, p. 131, Buenos Aires, 1892.

jurisprudencia alemana y australiana revelan una orientación semejante. Y en otros ordenamientos no son autorizadas las fianzas ómnibus, como en cambio lo son en el derecho argentino, sin límite de monto ni fecha de vigencia; si a ello se suma el criterio generalizado según el cual la fianza no tiene una prescripción propia, sino que depende de la prescripción del crédito garantizado cuyo plazo comienza a correr cuando el crédito nace; con lo cual se asiste al hecho de que los fiadores quedan obligados prácticamente de por vida (128).

En fin, el derecho argentino de las garantías es arcaico y conspira contra el desenvolvimiento de los negocios a la vez que no protege a las partes más débiles de las relaciones jurídicas.

#### b. Conclusión sobre el capítulo.

Creemos haber demostrado que nuestro derecho privado patrimonial—en parte el derecho de las personas— son herramientas muy poco eficaces en el momento actual. Sus arcaísmos y omisiones, suplidas por el derecho judicial, son fuente de inseguridad jurídica. Se impone pues la revisión del derecho privado en estas áreas.

#### 8. ¿Reforma parcial o total?

Nosotros somos decididos partidarios de la reforma total del Código, unificando en el civil a este y al derecho comercial.

Es que la reforma parcial causaría más problemas que aportaría soluciones.

Hace años Llambías sostenía que la reforma parcial sólo es aconsejable cuando las modificaciones sean muy escasas y de incidencia controlable; porque, como también enseñaba Llambías, un código es un todo orgánico y sistemático en el que cada precepto llena la función de un pequeño engranaje en un delicado mecanismo de relojería (129). De allí que lo

---

(128) A no ser que se acepte la tesis de Spota según la cual la fianza prescribe a los diez años contados desde la fecha de otorgamiento: V. SPOTA, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil" - Parte General, p. 488, vol. 10, Buenos Aires, 1968.

(129) Ejemplos hay muchos; damos ahora el del artículo 1051 y su relación con los artículos 2778 y 2779; o el segundo párrafo agregado al 2355 incompatible con todo el régimen de la posesión de buena fe y con el 4012, lo cual obligó a una difícil tarea de la doctrina y de la jurisprudencia.

aconsejable es evitar acudir a los remiendos que pueden crear problemas más graves que los que se pretenden remediar con ellos (130).

Pero además en nuestro país los problemas de la reforma parcial se agudizan por:

- la vetustez de los textos del Código; de modo que de seguirse el camino de la reforma parcial coexistirían textos redactados hace más de ciento treinta años (y sin mayor cuidado por la sintaxis, como ha sido siempre criticado al Código) con artículos redactados en un lenguaje moderno y quizás hasta más cuidado;

- la necesidad de insertar nuevas instituciones en medio de los artículos vigentes para lo cual hay que aguzar el ingenio para encontrar un hueco;

- la extensión del articulado del Código Civil, con lo cual las nuevas redacciones son necesariamente más breves y quedan artículos sin cubrir (agujeros negros los llamó Cámara);

- podría quedar dispersa una serie de leyes especiales que en una reforma integral pasan a formar parte del Código (ley de nombre, fundaciones, bien de familia, etc.).

Todo esto ya había sido denunciado por Héctor Cámara (131), quien a la vez afirmaba el interés del método es mayor justamente cuando se trata de una reforma fragmentaria u ortopédica (132).

Decía el ilustre profesor con relación a la numeración de los artículos que el Proyecto de 1987 si bien conservaba la estructura del Código Civil, no ocurría lo mismo con la numeración de los artículos, lo que era lógico, porque la extensión de la reglamentación de algunas figuras ha sido reducida con razón. A su vez, seguía diciendo Cámara, "dentro de los dispositivos legales suprimidos se encuadran otros extraños; v.g. el contrato de suministro corre después de la compraventa —arts. 1361 a 1366— al cual se recurrió al carecer de espacio en la en la sede pertinente, como admite

---

(130) LLAMBIAS, ob. cit., ps. 6 y 7

(131) CAMARA, Héctor, "Una aproximación al Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial", RDCO, 20-379.

(132) CAMARA, ob. cit., p. 390.

la comisión (133). Por otra parte, en este tema. Son derogados los artículos 1367 a 1433, esto es, sesenta y seis textos, vacío que no es grano de anís: del art. 1366 se pasa al 1434 del Código civil, lo cual no es corriente en los textos legales. Hay muchos otros huecos en el Código Civil, lo cual sí constituye una originalidad" (134).

Por ello concluía Héctor Cámara: ¿No era necesario modificar todos los contratos del Código Civil para ajustarlos a la técnica del Proyecto? ¿Resultará inelegante el Código Civil con muchísimos textos vacíos —suprimidos— que no es corriente en los cuerpos legales?. ¿No conviene unificar la redacción de los anexos I y II donde hay leyes —algunas viejas— con diversa estructura y pensamiento, quizá carente de homogeneidad?. Los antiguos preceptos del Código Civil, con sus notas doctrinales —muy justificadas en la época— ¿no pierden armonía con los nuevos breves y concisos?... (135).

#### 9. Conclusiones.

De lo expuesto sacamos las siguientes conclusiones:

- la recodificación es un proceso universal;
- la recodificación empezó en Argentina hace mucho tiempo;
- es progresiva y parcial;
- pero también anárquica y carente de método;
- ello ha dado como resultado un derecho privado difícilmente asequible, fraccionado, con superposiciones y omisiones;
- es entonces necesario proceder a la reformulación, partiendo de la idea casi unánimemente aceptada de la unificación;
- desde nuestro punto de vista ello debería hacerse en un nuevo cuerpo;

---

(133) En las notas explicativas que precedían al texto.

(134) CAMARA, ob. cit., p. 383.

(135) CAMARA, ob. cit., p. 411.

- el nuevo código no tendrá pretensión de abarcarlo todo ni de perennidad;

- pero importará sin duda un gran avance en orden a la inteligibilidad de la ley y la seguridad jurídica;

- la situación actual es buena para empezar un proceso codificador; la Argentina necesita refundar muchas de sus instituciones; podemos hacerlo también con la norma fundamental del derecho privado; de no ser así se seguirá deslizando el sistema hacia la descomposición que se produce por la generación anárquica de soluciones por vía judicial;

- Los proyectos de Código único hasta ahora presentados y los trabajos publicados sobre ellos, deberán servir de fuente para un trabajo final que la Argentina debe encarar decididamente.

- estamos pues ante una alternativa de hierro: o se recodifica y establece una legislación racional y sistemática, o el sistema de derecho patrimonial será reemplazado por un derecho jurisprudencial casuístico y oportunista, que como advierte Diez Picazo, "hará saltar todo por los aires".

#### Abreviaturas utilizadas

ADC : Anuario de Derecho Civil - Madrid

ED: Revista El Derecho - Buenos Aires

JA: Revista Jurisprudencia Argentina - Buenos Aires

LL: Revista La Ley - Buenos Aires

RDC: Rivista di Diritto Civile - Padova

RDP: Revista de Derecho Privado - Madrid

RIDC: Revue Internationale de Droit Comparé - París

RTDC: Revue Trimestrielle de Droit Civil - París

# LA EFICACIA (O INEFICACIA) DE LA LLAMADA FIANZA "EXCESIVA"

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (\*)

**SUMARIO:** I. Planteamiento de la cuestión. — II. La situación en Francia. — III. La cuestión en el derecho alemán. — IV. La cuestión en Inglaterra. — V. A modo de conclusión provisional

*La fianza comienza siendo un servicio prestado a un amigo, se convierte luego en un acto de arrepentimiento, y termina siendo una obligación que debe pagarse (J. Deveze) (1).*

## I. Planteamiento de la cuestión

a) Pocas personas en el mundo, por ilustradas que sean, están en mejor condición que cualquier argentino para comprender las nefastas consecuencias que el endeudamiento tiene sobre la economía individual, familiar, del Estado, y de la sociedad toda. No es casual, sino premonitorio, que las Jornadas de la Asociación Henri Capitant realizadas en Buenos Aires en 1995 —lamentablemente muy poco difundidas en la República Argentina (2)— se dedicaran específicamente al tema.

---

(\*) Comunicación efectuada por la Académica, en la sesión privada del 12 de junio de 2003.

(1) DEVEZE, Jean, "Du mauvais usage de la loi en matière de cautionnement. Petit guide des effets pervers (avérés ou potentiels) de quelques dispositions récentes", en "Mélanges Pierre Vellas, Recherches et réalisation", p. 382, París, ed. Pédone, 1995.

(2) El problema causado por la escasa difusión y participación de juristas nacionales en esas jornadas ha sido mitigado con la publicación del t. XLVI de los trabajos de esta prestigiosa asociación bajo el título "L'endettement" (París, L.G.D.J., 1997).

Lo dicho no significa negar el carácter ecuménico y atemporal de la temática; así lo muestran grandes obras de la literatura universal; basta citar "El Mercader de Venecia" de Shakespeare (3), "Crimen y Castigo" de Dostoiévski, "César Birotteau" de Balzac (4), y tantas otras.

Los intentos del poder político constituido para proteger al deudor débil de un préstamo de dinero otorgado por un acreedor poderoso se remontan a tiempos antiguos; leyes sobre represión de la usura fueron dictadas en todas las épocas y en todos los países; sin embargo, no es necesario argumentar demasiado para demostrar la ineficacia de ese tipo de disposiciones. No obstante, ni el legislador ni el juez prudente deben desentenderse de las consecuencias de sus actos por lo que ambos están compelidos a encontrar otras vías de amparo. En esa tarea, cabe señalar que las nuevas leyes de protección de los consumidores han intentado proporcionar medidas más eficaces (5); aún así, parece que hay que mantenerse alerta; se ha advertido que el derecho de los consumidores francés, que tiene origen en los años setenta y que es uno de los más avanzados del mundo capitalista, ha tenido una cierta regresión a partir de 1997 a causa de la interpretación que la Corte de Casación ha dado a ciertas reglas procesales, especialmente las relativas a los plazos para reclamar, y a la restricción de excepciones en los procesos interpuestos por el mutuante (6).

---

(3) Ver, entre muchos, Bruyneel, André, "L'évolution du droit des sûretés. Constatation et questions", en *Obra colectiva, "Les sûretés. Colloque de Bruxelles de 1983"*, París, ed. Feduci, 1984, p. 5. El autor cita una serie de proverbios bíblicos que desaconsejan ser fiador o garante de otro.

(4) Ver magnífica descripción de la primera y tercera obra citada en el texto en Carbonnier, Jean, "Caracteres jurídicos", en "Derecho flexible", prólogo de Díez Picazo, ps. 288/290, Madrid, ed. Tecnos, 1974.

(5) La bibliografía francesa sobre el tema del endeudamiento de los consumidores es abundantísima. Para un análisis crítico, ver, entre muchos, Lagarde, Xavier, "L'endettement des particuliers. Étude critique", París, LGDJ, 1999. Para la efectividad de las normas, me remito, entre muchos, a Carbonnier, Jean, "Efectividad e inefectividad de la regla de derecho", p. 115, en "Derecho flexible", prólogo de Díez Picazo, Madrid, ed. Tecnos, 1974.

(6) FLORES, Philippe et Biardeaud, Gérard, "La protection de l'emprunteur: une notion menacée", en "Le Dalloz", *Cahier droit des affaires*, n° 12, p. 191, 23/3/2000. Los autores, dos magistrados franceses, recuerdan las grandes líneas de la evolución: el origen está en las llamadas leyes Scrivener relativas a las cláusulas abusivas, el préstamo a consumidores y el crédito inmobiliario; se prolonga diez años más tarde con la ley Neiertz referida al sobre o súper endeudamiento (*surendettement*), se profundiza con la legislación comunitaria, y se materializa formalmente en un código del consumo de 1993. Advierto que aunque se denomina código, no es verdaderamente tal, pues se ha limitado a reunir en un solo cuerpo las leyes existentes en la materia. Para una enunciación más detalladas de las leyes sucesivas que en Francia han protegido al deudor y al garante de obligaciones de dar sumas de dinero, ver Hegner, Philippe, "La caution personnelle", n° 435 y sigtes., 2° ed., Toulouse, ed. Rezelfeld, 1996.



De cualquier modo, nadie puede poner en duda la constante preocupación de todos los órganos de la Unión Europea, manifestada especialmente en los últimos veinte años, en la búsqueda de una mejor protección de los consumidores frente al poder económico incontrolado. Un ejemplo paradigmático de lo expuesto es que el Tribunal Europeo ha declarado que "tratándose de derecho de los consumidores, el juez puede declarar de oficio la existencia de una cláusula abusiva" (en el caso, una cláusula de prórroga de la competencia) (7). Cabe recordar que el tema de la extensión de las atribuciones judiciales en este ámbito ha sido objeto de un amplio debate en Francia. En ese país, igual que en Argentina, hay acuerdo en que la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez si están comprometidos intereses generales (lo que la doctrina gala denomina "intereses del Estado"); el argumento es sencillo: si el juez encarna al Estado, no es posible que él no pueda declarar una nulidad que el legislador ha establecido atendiendo a su interés; en cambio, si la nulidad ha sido establecida en beneficio del particular, es éste el que debe denunciarla. Sobre la base de esta distinción, la Casación francesa, después de una serie de vacilaciones, ha dicho que las normas incluidas en materia de préstamos a consumidores, aunque son de orden público, pertenecen al orden público económico de *protección*, y son oponibles sólo a pedido de la parte en cuyo favor han sido establecidas (8). Sin embargo, un impor-

---

(7) Tribunal Europeo, 27/6/2000, Océano Grupo Editorial SA and Salvat Editores c. Ro-cío Murciano Quintero y otros, en "La Semaine juridique", 11/4/2001, con nota de Carballo Fidalgo, M., y Paisant, G., "Première interprétation par la CJCE de la directive du 5/4/1993 relative aux clauses abusives". La decisión también se publica en la *European Review of Private Law*, vol. 10 n° 1, 2002 en pág. 157 y sigtes., con notas de: Martin Hogg, "Scottish law and unfair contract terms" (p. 160); Arnokouros, Georgios, "The Océano Grupo and Greek Law" (p. 163); Pinna, Andrea, "The impact of the Océano Grupo Editorial Case on French Law" (p. 165); Cascao, Rui, Portuguese law: consumer protection, unfair contract terms and jurisdiction, y de Watterson, Stephen, "The Oceano Grupo case and English law" (p. 171).

(8) Cass 1° Civ. 15/2/2000, SA Cofica c. Grine, *La Semaine juridique*, 14/2/2001, pág. 380, con nota adversa de Gout, Olivier, "Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité". En el caso, se trataba de una locación de un automotor con opción de compra; producido el robo del vehículo, el locatario dejó de pagar los arrendamientos, y la locadora lo demandó; el juez de primera instancia rechazó la demanda, porque en la oferta del contrato no constaban todos los datos que, según el código francés del consumo, deben obrar bajo sanción de nulidad. La Corte de Apelaciones de París confirmó la decisión, aun cuando el demandado no había comparecido. La Alta Jurisdicción francesa la casó mandando acoger la demanda. En Italia, la Corte de Casación resolvió el 1/6/2001 que la cláusula derogatoria de la competencia territorial para las controversias relativas a la participación en un concurso de pronósticos (en el caso el Totogol, similar al Prode argentino) contenida en el reglamento respectivo no es abusiva en cuanto no determina un desequilibrio significativo a cargo del apostador (Compulsar *Il Foro Italiano*, 2002-1-146 PP, con nota sin título de A. Palmieri). Para las diferencias entre orden público de protección, de dirección, y de coordinación, ver Alterini, A.A. "Contratos

tante sector de la doctrina francesa afirma que esta visión tradicional es insatisfactoria, pues se desentiende de todo lo que la ciencia del Derecho Procesal viene enseñando desde hace tiempo en torno a los poderes judiciales (9); consecuentemente, la aseveración de la Casación es, como mínimo, discutible, y merece ser precisada: a veces, la nulidad está impuesta por la ley porque presume el desconocimiento de los derechos por parte de ciertos contratantes; en el ámbito del Derecho del consumo, es la ley la que viene en protección de la ignorancia de cierta clase de consumidores; de allí que, en algunos casos, los jueces deben declarar de oficio la nulidad que el propio protegido por la ley no ha denunciado, precisamente, porque está en la posición prevista por la ley. En suma, aún tratándose de nulidades relativas, las facultades judiciales deben ser verificadas en cada caso.

b) Otro tipo de regulaciones, aunque de modo indirecto, intenta evitar el endeudamiento del pequeño empresario obligando a su acreedor a pagarle en término, de modo que éste no se vea obligado a recurrir al préstamo realizado con terceros, normalmente en condiciones desfavorables (10).

---

civiles, comerciales de consumo. Teoría general", Bs. As., ed. A. Perrot, 1998, n° 16, p. 47; Stiglitz, Rubén, "Autonomía de la voluntad y revisión del contrato", Bs. As., Depalma, 1992, p. 43; "Ineficacia y nulidad del objeto de los contratos: un enfoque basado en las normas fundamentales", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, n° 8, Nulidades, Santa Fe, ed. Rubinzal, 1995, p. 194. Para las críticas a la distinción, ver Hage-Chahine, "Relato general introductorio a las Jornadas Libanesas de la Asociación Henri Capitant", L'ordre public, París, LGDJ, t. XLIX, p. 29;

(9) GOUT, Olivier, "Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité", p. 381, La Semaine juridique 14/2/2001.

(10) El paradigma de este tipo de legislación es la directiva 2000 /35/ del Parlamento y del Consejo europeo sobre la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, protectora de la pequeña y mediana empresa (Para este tema, ver Clarizia, Renato, "Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema", en La Nuova giurisprudenza civile commentata, anno XIX, 2003, n° 1, Gennaio-Febbraio, p. 57 PS; Conti, Roberto, "La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione", en Corriere Giuridico 2002/6 p. 802; De Marzo, Giuseppe, "Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria", en I Contratti, 2002 n° 12, p. 1155; Fauceglia, Giuseppe, "Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", en I Contratti 2001/3 p. 307; Frignani, A. y Cagnasso, O., "L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", en I Contratti 2003/3 p. 308; Mengoni, Luigi, "La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie", en Rev. Europa e Diritto Privato, 2001 n° 1, p. 73; Sanna, Paolo, "L'attuazione della dir. 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: introduzione al DLGS. 9/10/2002 n° 231", en Responsabilità civile e previdenza, 2003-1-247 y sigtes.; Zabert, Sonja G., "Nuova direttiva per contrastare i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", en I Contratti, p. 530, 2002/5.

c) Ahora bien, estas líneas van destinadas al análisis de la situación de un sujeto distinto al deudor: el garante, o fiador en una operación de crédito.

Hasta hace muy pocos años, aproximadamente hasta los años sesenta, la fianza era lo que podría llamarse un "petit contrat" (11). Sin embargo, por diversas razones de orden general (desarrollo del crédito, exigencia de seguridad, crisis económica) o específicas de las garantías (entre las que se ubican explicaciones hasta de tipo psicológicas), las garantías personales han tenido un desarrollo casi prodigioso (12). Por eso, la cuestión en examen tiene gran importancia teórica y práctica. La historia de la fianza, dice Simler, es la del conflicto entre la tendencia clara del legislador y, más recientemente, de la jurisprudencia, de rodear la *obligación* del fiador de precauciones diversas, y la tendencia inversa de la práctica, a protegerla en el interés del acreedor, que normalmente se encuentra contractualmente en situación dominante. Esa historia está hecha de una sucesión de ciclos en los que las dos tendencias, a su turno, han ocupado una posición prevaeciente. Los códigos civiles más conocidos, el francés, el español, el alemán (y también el argentino) provienen de épocas inclinadas a la protección del acreedor (13). Hoy, el operador del derecho no puede olvidar que la generalización de las garantías a la que he hecho referencia, ha venido acompañada de diversas prácticas abusivas. En nuestro país, una reacción saludable fue la ley 25.628 (Adla, LXII-D, 4002), que introdujo el art. 1582 bis según el cual, el consentimiento del locador a la permanencia del inquilino en el inmueble vencido el plazo de la locación libera al fiador de los alquileres devengados con posterioridad, aunque el locador se hubiese obligado "hasta la restitución efectiva del inmueble" (14).

(11) La terminología es usada por Simler, P., "Cautionnement et garanties autonomes", 2° ed., p. 1, París, Litec, 1991.

(12) DEVEZE, Jean, "Du mauvais usage de la loi en matière de cautionnement. Petit guide des effets pervers (avérés ou potentiels) de quelques disposition récentes", en Mélanges Pierre Vellas, Recherches et réalisation, París, ed. Pédone, p. 381. Para la gran difusión de la fianza en los contratos bancarios ver también Marty, G., Raynaud, P y Jestaz, P., Droit Civil. "Les sûretés. La publicité foncière", 2° ed., París, ed. Sirey, 1987, n° 564; Chauvel, Patrick, "Cautionnement et réticence du banquier", en Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet, Clermont-Ferrand, ed. Presses Universitaires, p. 33.

(13) SIMLER, P., "Cautionnement et garanties autonomes", 2° ed., París, Litec, 1991, p. 5; compulsar también Ancel, Pascal, "Droit des sûretés", p. 1, París, ed. Litec, 1998.

(14) Me he referido a esta cuestión, como integrante de la sala I de la Suprema Corte de Mendoza, en sentencia del 22/4/2003, recaída "in re" March Molina, Juan en j. 186.028/34.931 March Molina, Juan c. Fernández, Gustavo y Ots. p/ Ejec. Típica (Cob. Alq.) s/ Inc. Cas (inédita). Aunque el contrato era anterior a la entrada en vigencia de la ley, la sala sostuvo que, frente a una situación que tantas divergencias había creado, el juzgador

Una cuestión muy discutida en el derecho comunitario europeo es si las medidas de protección que las directivas ofrecen al deudor consumidor se extienden a las cauciones, garantías, avales o fianzas otorgadas como accesorios de esos contratos. Reseñaré dos decisiones del Tribunal Europeo con sede en Luxemburgo que muestran la dificultad del tema:

Con relación a la directiva nº 87/577 relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, que establece un derecho a dejar sin efecto el contrato dentro del plazo de reflexión (15), el Tribunal dijo que la caución personal, aunque no está mencionada expresamente en este ordenamiento, *está regida por las mismas normas protectoras que el contrato principal celebrado* (decisión del 17/3/1998, recaída "in re": Bayerische Hypotheken c. Edgar Dietzinger).

No obstante, en el caso concreto, estimó que el fiador no estaba autorizado para invocar la directiva pues, aunque era una persona física que actuaba fuera del marco de su relación profesional (el hijo del dueño de la empresa deudora) y había firmado el contrato fuera de la sede del banco, el deudor principal no era un consumidor sino una sociedad que actuaba dentro del marco empresarial; en consecuencia, dijo, corresponde aplicar el principio de accesoriedad y por ello ese fiador, aunque no había sido informado del derecho a resolver, no estaba facultado para invocar la resolución (16).

En cambio, en el caso Berliner Kindl c. Andrea Siepert del 23/3/2000, en el que se discutía la aplicación o no de la directiva 87/102 (que regla los contratos de créditos con consumidores, es decir, aquellos contratos en que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, de un préstamo, o de cualquier otra facilidad de pago similar), el tribunal dijo que ninguna norma de esa directiva, ni tampoco una interpretación derivada de los objetivos ni de la economía de la directiva, permite extender sus preceptos a la

---

debe resolver el caso a la luz de lo querido por el legislador, y no apartándose de su mandato, pues a los sólidos argumentos dados por la doctrina y la jurisprudencia anterior a la sanción, se suma una ley que los ha ratificado.

(15) El derecho argentino contiene una norma similar: el art. 34 de la ley 24.240.

(16) Por su parte, en decisión del 11/1/2001, la casación italiana resolvió: El art. 1469 bis sobre cláusulas abusivas, que incorpora al derecho italiano la directiva comunitaria respectiva, es aplicable a los fiadores pero no lo es si el propio fiador no es típicamente un consumidor por ser el director de la sociedad anónima deudora ("Rassegna di diritto civile", 2002/3/656, con nota de Ruggeri, Lucia, "Fiduzione bancaria e tutela del consumatore: il problema dell'applicazione dell'art. 25 della l. 21/12/1999 n° 526 ai rapporti in corso").

fianza. En el caso, un deudor había solicitado un préstamo a una empresa productora de cerveza para instalar un restaurante y Siepert se constituyó en garante. Al momento del otorgamiento de la garantía, Siepert no fue informado que conforme la directiva 87/102, el deudor del préstamo puede rescindir el contrato dentro del periodo de reflexión. Cuando el deudor no pagó y el garante fue demandado, se defendió diciendo que no pudo rescindir su fianza en el plazo de reflexión por cuanto fue informado de ese derecho mucho tiempo después, y que fue recién entonces en que ejerció su derecho a liberarse. Ante la consulta del juez de Postdam, el tribunal comunitario respondió que aunque esa directiva fue introducida en Alemania permitiendo invocar sus disposiciones al deudor que contrae una deuda para comenzar una actividad empresarial siempre que no supere los 100.000 marcos alemanes (que era el caso), y consecuentemente el deudor podía invocar el derecho de reflexión, las disposiciones de la directiva 87/102 (a diferencia de la directiva 87/577, en juego en el caso Dietzinger), *no se aplican a las cauciones*; consecuentemente, la norma comunitaria no beneficia al sujeto procesal que la invocó (el señor Siepert) (17). El tribunal aclara que como la directiva es un piso mínimo de protección, nada impide que la caución esté comprendida en el amparo legal, si así lo admite el derecho interno del país.

---

(17) Ambas sentencias pueden encontrarse consultando la página Internet [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). También están reseñadas y comentadas por Jazottes, Gérard y otros, "Droit Européen des affaires en en la R.T.D.Com.", Oct. Dec. 2000. El autor del comentario concluye con una frase de Salvador Dalí ("Lo menos que se le puede pedir a una escultura en que no se mueva") para desear que lo mismo ocurra con la decisión; explica que en la última decisión, el tribunal flexibiliza los contornos y usa conceptos como "economía", "objetivos" etc.; no hay que asombrarse, afirma, porque en muchas decisiones, la Corte utiliza conjuntamente métodos gramaticales, exegéticos y teleológicos de interpretación. La sentencia Dietzinger ha sido comentada también por Sesta, Michele, "Direttiva comunitaria, contratto di fideiussione e tutela dei consumatori", en *Danno e Responsabilità*, 1998, n° 4 p. G-330; por Tucci, Andrea, "Contratti negoziati fuori da locali commerciali e accessorià della fideiussione", en *Rev. Banca, Borsa, titoli di credito*, 1999 n° 2 p. 132 PS; y por Petti, Giovanni B., "La fideiussione e le garanzie personali del credito", Padova, Cedam, 2000, p. 147. Se recuerda que, en cambio, en decisión del 13/12/2001 recaída in re Georg Heininger y Helga Heininger c. Bayerische Hypo, el tribunal declaró que la Directiva 85/577 del 20/12/1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales debe interpretarse en el sentido de que se aplica a un contrato de crédito con garantía real, de modo que el consumidor que ha celebrado un contrato de este tipo dispone del derecho de revocación; también afirmó que la directiva de crédito al consumo no ha alterado el derecho de revocación que nace de la directiva 85/577 (En el caso, dos personas alemanas unidas en matrimonio suscribieron con el banco un préstamo por 150.000 marcos, garantizado con una hipoteca por el mismo importe, para financiar la adquisición de una vivienda. El contrato había sido celebrado en el domicilio de los deudores, quienes intentaron revocar el mutuo porque no habían sido informados de su derecho a revocar. El tribunal alemán negó ese derecho, fundado en que estaban fuera del plazo previsto en la ley que transpone la directiva relativa al crédito de consumo; el tribunal europeo

## II. La situación en Francia (18)

### a) Algunos hitos de la legislación.

En algunos aspectos, la legislación francesa se ha anticipado a la normativa comunitaria, incluso con soluciones más beneficiosas para los consumidores.

- A los efectos de estas reflexiones, interesa señalar muy brevemente que la llamada ley de créditos para consumidores del 10/1/1978, la ley del crédito inmobiliario del 13/7/1979, y posteriormente la llamada ley Neiertz del 31/12/1989 (así denominada en honor a la legisladora que la propuso) (19) establecieron:

< un formalismo estricto al momento de la conclusión del contrato de garantía;

< la obligación a cargo del banco de informar anualmente al garante sobre el curso de los intereses y otros detalles de la deuda, y en forma inmediata, si el deudor dejó de pagar (20).

---

dijo que el hecho de que la deuda tuviese una garantía real no impedía la aplicación de la directiva relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, y que no podía invocarse el plazo previsto en la ley que traspuso la directiva sobre los créditos) (Compulsar este fallo en Boletín nº 33/01, Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera instancia de las comunidades europeas. El texto completo se ubica en la página de Internet antes indicada. Para un breve comentario nº 2 p. 206, ver Griva Zabert, Sonja, Osservatorio comunitario, en I Contratti, 2002).

(18) La naturaleza de este trabajo me impone limitar la exposición a la situación en Francia, Alemania e Inglaterra, países donde he encontrado casos paradigmáticos relativos al tema.

(19) SIMLER, Philippe y DELEBECQUE, Philippe, "Droit des sûretés", La semaine juridique 1994, I-3807; Wacongne, Mathilde, "L'inefficacité de l'engagement excessif, ou la protection de la caution par le droit de la consommation", p. 515, Recueil Dalloz 1997.

(20) Para esta obligación, que subsiste en el régimen vigente aunque con algunas variantes, ver especialmente Crocq, Pierre, "Les développements récents de l'obligation d'information de la caution", en *Mélanges Michel Cabrillac*, París, Dalloz-Litec, 1999, pág. 349; Picod, Yves, "Obligation légale d'information des cautions d'entreprise: champ d'application et preuve", *Recueil Dalloz-Sirey*, 23/11/1995, nº 41 p. 590, comentario a sentencia de la Casación comercial del 11/4/1995; Bandrac, Monique, "Sûretés. Publicité foncière", en *Rev. Trim Droit Civil*, Juil-Sept. 1992, ps. 605-608; Mestre, Jacques, "Obligations et contrats spéciaux", *Rev. Trim. Droit Civil*, 1996-385; Crocq, Pierre, "L'obligation d'information annuelle de la caution et la loi relative à la lutte contre les exclusions: chronique de difficultés jurisprudentielles à venir", en *Rev. Trim. Droit. Civil* 1998-955 y sigtes.; Brémond, Vincent, "Le recours à la responsabilité civile de droit commun: miroir aux alouettes?" en *Recueil Le Dalloz*, 8/5/2003, p. 1284; Lienhard, Alain, "Sanction de l'information annuelle de la caution; la loi du 25 juin 1999 n'est pas interprétative", en *Le Dalloz*, 2003, p. 1035.

*< el requisito que el monto de la garantía no sea excesivo o desproporcionado respecto al patrimonio del garante (21).*

- Estas disposiciones fueron introducidas en el llamado Código del consumo de 1993, en el art. 313. De sus dieciséis apartados, resulta especialmente relevante el 313-10 que dispone:

“Un establecimiento de crédito no puede prevalerse de una garantía personal otorgada en una operación de crédito, concluida por una persona física, cuya obligación era, al tiempo de la celebración, manifiestamente desproporcionada a sus bienes e ingresos, a menos que el patrimonio de este fiador, al momento en que se le exige la deuda, le permita hacer frente a esa obligación” (22).

- La actividad legislativa no se detuvo allí. La ley 98-657 del 28/7/1998, llamada “ley de orientación relativa a la lucha contra las exclusiones” contiene cinco artículos tendientes a mejorar la situación de las fianzas otorgadas por personas físicas. Para estas reflexiones, interesa el agregado al art. 2024 del CC francés que dice: “En cualquier hipótesis, el monto de las deudas resultantes de una fianza no puede tener por efecto privar a la persona física del mínimo de recursos previstos en el art. 331-2 del código de los consumidores” (23).

*b) El principio de proporcionalidad en el Derecho Privado.*

Las normas antes reseñadas, especialmente el art. 313-10 del Código del Consumo, han traído a la mesa de discusión la necesidad de dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Rige el principio de proporcionalidad en el derecho privado, especialmente en el ámbito bancario?

El 20/3/1998, en la Facultad de Derecho de la Universidad de París V, se realizó un coloquio titulado “Existe-t-il un principe de proportionnalité en

---

(21) Compulsar Piedelièvre, Stéphane, “Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions”, La Semaine juridique, 14/10/1998, n° 42, pág. 1795, I-170.

(22) “Un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit .....conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée ne lui permette de faire face à son obligation”.

(23) El artículo al que se remite se refiere a la porción embargable del salario y a un sistema especial para su fijación.

*droit privé*", en el que participaron distinguidos juristas (24). Haré una referencia sintética al contenido de algunas de las intervenciones.

- En la conferencia introductoria (25) se recordó que para un jurista perteneciente al área del derecho público, el principio de proporcionalidad es algo simple, evidente, normal; se trata de saber si existe una adecuación de los medios empleados a los fines perseguidos; así por ej., las penas del derecho penal deben ser proporcionales a la conducta cometida; las restricciones del derecho administrativo y del derecho constitucional deben ser proporcionales de modo que no signifiquen la privación de la garantía, etc. Para un privatista, en cambio, las cosas no se presentan con esta claridad. No obstante, el derecho comparado da importantes señales; así, en el "Common Law", el principio de la proporcionalidad ingresa a través de la noción de "reasonableness"; en Alemania se lo considera un valor constitucional, y en España un principio general del derecho. Por otro lado, si la proporcionalidad existe en muchas otras ramas del derecho (constitucional, administrativo, comunitario, penal) el privatista no puede desentenderse de tal noción. De cualquier modo, la proporcionalidad matemática no siempre es signo de justicia; por ej., una ley penal que fijara el monto de la pena del robo atendiendo sólo al valor de la cosa robada sería injusta, pues otros elementos son dignos de ser tenidos en consideración. Otras veces, la noción de proporcionalidad se une a la de *necesidad*; por ej., el Consejo Constitucional francés, siguiendo los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha dicho que no deben aplicarse penas restrictivas de la libertad sino en tanto y en cuanto éstas son estricta y evidentemente necesarias (26). Pero esta noción no es fácilmente trasladable al ámbito de los contratos; por ej., una cláusula

---

(24) Las intervenciones fueron publicadas en *Petites affiches*, n° 117, boletín del 30/9/1998. En Italia, el tema también fue objeto de estudio en unas jornadas llamadas "Equilibrio de la posición contractual y autonomía privada", organizadas por la Facultad de Derecho de Urbino, que tuvieron lugar los días 17 y 18 de noviembre del año 2000 en el teatro Titano de la República de San Marino. En esas jornadas, Pietro Perlingieri expuso sobre el principio de proporcionalidad. Su conferencia fue publicada en *Rassegna di Diritto Civile*, 2001 n° 2 ps. 334/356 bajo el título "Equilibrio formativo e principio di proporzionalità nei contratti".

(25) Behar-Touchais, Martine, "Rapport introductif, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?", p. 3, *Petites affiches*, n° 117, boletín del 30/9/1998.

(26) El respeto al principio de la necesidad de las penas está enunciado en el artículo 8° de la declaración de derechos humanos de 1789. Para su interpretación jurisprudencial reciente ver Mathieu, B y Verpeaux, M., "Droit constitutionnel. Jurisprudence constitutionnelle", p. I.350, *La Semaine Juridique*, 26/12/2001.



penal debe ser reducida si es notoriamente desproporcionada (27), pero para decidir la reducción, ningún juez valora si esa cláusula penal es o no necesaria. La regla de la proporcionalidad está muy cerca de la regla de la *razonabilidad*, pero esta última noción es más amplia, y comprende otros aspectos. También se vincula a la *buena fe* y *al abuso del derecho*, desde que tanto en el abuso cuanto en la mala fe aparece una desproporción entre los medios empleados y los fines perseguidos; esta similitud se ve bien en el derecho de la libre competencia, que sanciona los precios abusivamente altos y abusivamente bajos. Pero el principio de la proporcionalidad no se identifica con el abuso y la mala fe, pues puede haber desproporción más allá del abuso o de la mala fe.

- El principio de proporcionalidad ha sido definido por Carbonnier como una "exigencia un poco vaga de equilibrio razonable". De esa noción parte Denis Mazeaud (28) para relacionar las nociones de *proporcionalidad* y *equilibrio*. El talentoso jurista niega que la noción de equilibrio pueda llevarse al rango de "corazón" de la teoría contractual, porque en ese puesto está la autonomía de la voluntad, obviamente con todas sus limitaciones. Pero aclara que aunque el equilibrio no es el centro, "un desequilibrio manifiestamente excesivo, fruto de la arbitrariedad contractual, es una injuria al concepto mismo de contrato que debe ser combatido con energía e inteligencia". El punto medio entre la seguridad jurídica y la justicia contractual depende de una dosis sabiamente preparada que equilibre la capacidad de indignación frente a tales injusticias y el sentido de la medida en cuanto a los efectos que tales correcciones pueden producir. Recuerda que la noción de proporcionalidad está ínsita en la condena a las cláusulas abusivas. Explica que algunas decisiones judiciales que han aplicado la noción de proporcionalidad para fundar la nulidad del contrato o de algunas cláusulas han hecho renacer la noción de causa del contrato dándole un nuevo rol; ya no se trata de un concepto abstracto y desencarnado, sino concreto, unido a la noción de "economía del contrato", con importantes efectos prácticos, cual es permitir reequilibrar los contratos. Pasó de moda el discurso según el cual en los contratos "más que hacer reinar la justicia, los redactores del código civil quisieron asegurar la seguridad en las transacciones". En definitiva, parece que se ha pasado del axioma "Qui dit contractuel dit juste", al de "Qui dit proportionnel dit juste". Sin embargo, insiste en que el equilibrio entre seguridad y equidad se alcanza sólo si

(27) Una norma análoga contiene el código civil argentino (art. 656, 2º párrafo).

(28) MAZEUD, Denis, "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat", *Petite Affiches* n° 117, boletín del 30/9/1998, p. 12.

el principio de proporcionalidad juega como *excepción correctora*, y no como regla (29).

- Molfessis entiende que en materia contractual, el "dar a cada uno lo suyo" depende, antes que nada, de la concepción que cada cual tiene de la justicia, por lo que, aunque tentadora, la tesis de la proporcionalidad entraña los riesgos propios del control judicial, por la inestabilidad que produce en el contrato, y por la imprevisibilidad del resultado (30).

- En opinión de Legeais (31), el principio de proporcionalidad interviene como principio regulador para conciliar dos principios contradictorios, "a priori" incompatibles. Por un lado, está el principio tradicional conforme el cual el acreedor tiene la más amplia libertad de apreciación en cuanto a los créditos que pueden acordar o rechazar; es cierto que los bancos siempre han estado obligados a un deber de vigilancia cuando acuerdan los créditos, pero tradicionalmente este ha sido un deber *en su propio interés*. A ese derecho de los acreedores hoy se opone tímidamente el derecho del deudor a su *libertad patrimonial*; este derecho implica que por un solo acto, el deudor no debe endeudarse para toda su vida, o arruinarse definitivamente por haber otorgado garantías excesivas. ¿Cómo conciliar estos dos derechos? Se pretende hacerlo a través del principio de la proporcionalidad y de la buena fe, método que implica el intervencionismo creciente de los jueces en las relaciones contractuales. Es verdad que en el ámbito del derecho de crédito esta intervención debe analizarse con cuidado, pero puede afirmarse que "el derecho discrecional del acreedor de exigir garantías ha dejado paso a la idea de que una buena garantía debe ser una garantía equilibrada, que no perjudique de modo excesivo los intereses del deudor".

*c) La reacción doctrinal frente a los textos legales antes reseñados.*

- Conforme el art. 2018 del Código Civil francés en redacción inalterada desde 1804, el deudor obligado a proveer una fianza debe presentar un fiador que tenga capacidad para contratar y que tenga bienes suficientes para responder al objeto de la obligación.

---

(29) MAZEUD, Denis, "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat", *Petite Affiches* n° 117, boletín del 30/9/1998, p. 18.

(30) MOLFESSIS, Nicolas, "Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat", n° 117 p. 21, *Petites Affiches*, 30/9/1998.

(31) LEGEAIS, Dominique, "Principe de proportionnalité: le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie", en *Petites Affiches*, 30/9/1998, n° 117 p. 38.

El texto, según la doctrina mayoritaria, sólo se aplica a las garantías legales o judiciales, pues en las obligaciones de origen convencional, sólo al acreedor compete apreciar la solvencia del garante. La norma no prevé que el fiador de origen convencional deba tener una capacidad financiera proporcional al monto de la deuda garantizada, pues se trata de una regla prevista en el exclusivo beneficio del acreedor (32).

Para algunos, el art. 2018 del Código civil francés ha recibido su primer ataque a través del art. 313-10 del Código del consumo. Para este sector (que es minoritario y muy crítico del sistema), el art. 313-10 requiere la adecuación de las posibilidades financieras respecto al monto de la deuda como condición de validez de la obligación. Se trata, se dice, de un ataque considerable al principio del respeto por la palabra dada, y constituye un germen de inestabilidad contractual. De cualquier modo, se reconoce que es un recaudo vinculado a la propia eficacia de la obligación asumida, pues la ejecución real depende de la existencia de medios financieros en quien debe pagar (33).

- Otros explican que el legislador ha pretendido que el garante o fiador llamado "profano" (*caution profane*) (34), no juegue el rol de un rehén (*otage*), ni que quede sometido a una verdadera esclavitud (35). La expresión "rehén" corresponde a Simler, quien comienza su estupenda obra sobre las garantías recordando la historia de Damon y Pythias, símbolo de una amistad verdaderamente edificante: Pythias había sido condenado a muerte por haber intentado asesinar a Denys el Joven, tirano de Siracusa; solicitó una suspensión de la ejecución de la pena por tres días, para poner en orden todos sus asuntos; la suspensión fue concedida, pero mediante la caución de su amigo Damon, quien se ofreció a sufrir la suerte

---

(32) GRIGNON DERENNE, Francois, Xavier, "À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant", *Le Dalloz* 2001, n° 17 p. 1383; Jobard-Bachelier, M.N. y Brémond, V., "De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants", en *Rev. Trim. Droit Commercial*, 1999-330; Simler, P., "Cautionnement et garanties autonomes", 2° ed., Paris, Litec, 1991, n° 232 y sigtes.; Legeais, Dominique, "Principe de proportionnalité: le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie", n° 117 p. 39, en *Petites Affiches*, 30/9/1998.

(33) LARROUMET, Christian, "Le contrat et la protection des consommateurs en droit français", en *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, p. 44, ed. Scientifich italiana, 1995.

(34) LEGEAIS, Dominique, "Sûretés et garanties du crédit", Paris, LGDJ, 1996, n° 46

(35) JOBARD-BACHELLIER, M.N. y Brémond, V., "De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants", en *Rev. Trim. Droit Commercial*, 1999-337.

reservada al condenado si éste no aparecía en el plazo otorgado para el cumplimiento de la sentencia. Sobrepasando miles de obstáculos y cataclismos, Pythias se presentó en el instante último, cuando su amigo iba a morir en su lugar. Conmoverlo, el tirano lo perdonó (36).

La práctica de la fianza-rehén, dice Simler, parece no haber desaparecido totalmente; en algunas ocasiones, un padre, un cónyuge, un amigo fiador se asemeja más a un rehén que un deudor subsidiario. De allí que la ley haya impuesto al acreedor procurarse un garante solvente, bajo sanción de liberar al fiador (37).

En esta misma línea de pensamiento, Christian Mouly alerta sobre el hecho de que la caución de los profanos tiene, esencialmente, una función secundaria muy distinta a la de garantizar a los acreedores; en numerosos casos, la fianza da forma jurídica a una comunidad de intereses familiares o corporativos desde que los bancos exigen la fianza del cónyuge, de los parientes u otros jóvenes que prácticamente carecen de patrimonio (38).

- No se discute que la norma puede ser vista como una disposición legal derogatoria de la autonomía de la voluntad; pero se advierte que también puede ser analizada como una contribución a la intención de rehabilitar el contrato de fianza dándole un carácter más equilibrado, más serio, y por lo tanto, dándole una fuerza obligatoria más efectiva. O sea, se pretende que la voluntad haya sido libremente prestada y entonces, desde lo sustancial, se consolida esa fuerza obligatoria (39).

- Desde otra perspectiva, se critica a la ley por no contener pautas que concreten la noción de desproporción, generando de este modo soluciones no siempre concordante. Sin embargo, se recuerda que el 4/6/1995, la Corte de Casación consideró fundada y rechazó el recurso interpuesto contra una decisión de cámara que había afirmado la existencia de una práctica bancaria que consiste en no exigir al deudor más del 30% de sus ingresos, por lo que debía sancionarse a los establecimientos de créditos

(36) SIMLER, P., "Cautionnement et garanties autonomes", 2<sup>e</sup> ed., Paris, Litec, 1991, n<sup>o</sup> 1

(37) SIMLER, P., "Cautionnement et garanties autonomes", 2<sup>e</sup> ed., Paris, Litec, 1991, n<sup>o</sup> 1 y 241 y sigtes.; Piedelièvre, Stéphane, "Le cautionnement excessif", Répertoire Défrénois, année 1998, art. 36836, p. 849.

(38) MOULY, Christian, "Les sûretés personnelles traditionnelles en France", en *Obra colectiva, Les sûretés. Colloque de Bruxelles de 1983*, p. 139, Paris, ed. feduci, 1984.

(39) WACONGNE Mathilde, nota a la sentencia de la Casación del 22/10/1996, p. 516, en *Recueil Dalloz* 1997.

que acuerdan préstamos excesivos siendo tales los que superan estos usos. Obviamente, esa solución dada para el deudor tuvo impacto en el ámbito de las garantías. Así, un tribunal de Grenoble dijo que es manifiestamente desproporcionado el contrato que compromete el 35% de los ingresos del fiador (40); la Corte de Paris, en sentencia del 30/1/1996, consideró excesiva una garantía que representaba el 40% de los ingresos disponibles, después de haber pagado los gastos de la vivienda (41), etc.

En mi opinión, la metodología de la ley no es equivocada; no se pueden dar porcentajes fijos; hay que analizar la cuestión caso por caso (42); pero algo es cierto: como la determinación de la desproporción es una cuestión de hecho, librada a los jueces de mérito, es difícil establecer pautas más o menos confiables. Así, algunos jueces atienden a los recursos netos; otros a lo que queda después de haber pagado obligaciones de tipo imperativo, como son las prestaciones alimentarias, los gastos de locación, etc. (43).

- Algunos temieron que el art. 313-10 hiciera desaparecer la fianza de la práctica bancaria (pues los bancos le tendrán siempre desconfianza) y fuese sustituida por algo mucho peor para el garante, cual es obligarse siempre como un deudor solidario liso y llano (44).

- Ahora bien, más allá de la adhesión o rechazo de la solución legal, algunos autores plantean los siguientes inconvenientes prácticos respecto de la aplicación del art. 313-10 (45):

(40) Citado por Wacongne Mathilde, en nota a la sentencia de la Casación del 22/10/1996, en *Recueil Dalloz* 1997, p. 516; comentado también por Simler, P y Delebecque, P, "Droit des sûretés", *La Semaine Juridique* 1997, I. 3991.

(41) Cit por Piedelièvre, Stéphane, "Le cautionnement excessif", *Repertoire Défrénois*, année 1998, art. 36836, p. 854 y por Simler, P y Delebecque, P, "Droit des sûretés", *La Semaine Juridique* 1997, I. 3991.

(42) PIEDELIÈVRE, Stéphane, "Le cautionnement excessif", *Repertoire Défrénois*, année 1998, art. 36836, p. 854. Para la autora esto significa una fuente de inseguridad y de debilitamiento de la garantía.

(43) GRIGNON DERENNE, Francois, Xavier, "À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant", n° 17 p. 1384, *Le Dalloz* 2001.

(44) DEVEZE, Jean, "Du mauvais usage de la loi en matière de cautionnement. Petit guide des effets pervers (avérés ou potentiels) de quelques disposition récentes", en *Mélanges Pierre Vellas, Recherches et réalisation*, Paris, ed. Pédone, p. 391.

(45) JOBARD-BACHELLIER, M.N. y BRÉMOND, V., "De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants", en *Rev. Trim. Droit Commercial*, 1999-334.

< Como el artículo tiene en cuenta la situación del fiador al momento de la ejecución de la fianza, podría pensarse que pese a la cosa juzgada, podría iniciarse una nueva acción cuando el fiador "mejore de fortuna".

< La existencia de dos sistemas (el legal para los consumidores, y el jurisprudencial para los fiadores no consumidores típicos) conlleva a un régimen complejo, a veces ilógico (ver "infra" 2. g).

*d) Algunos casos jurisprudenciales que resolvieron la cuestión planteada a través de remedios legales "antiguos".*

- Tradicionalmente, los problemas relativos al abuso en el otorgamiento de garantías intentaron ser solucionados a través de la teoría de las nulidades, recorriendo dos caminos: el de la falta de las formalidades previstas en la ley, y el de los vicios de consentimiento.

Respecto de las formas, cabe recordar dos normas básicas del código civil francés: el art. 2015, según el cual la fianza no se presume y debe ser pactada de modo expreso (46); y el art. 1326, del que resulta la necesidad de la firma y que al lado de la firma se ponga en manuscrito la cantidad máxima a la que se obliga (47).

Según calificada doctrina, los vicios de la voluntad dan respuestas muy débiles porque:

< El error es causa de nulidad sólo si afecta las calidades substanciales de la cosa que es objeto de la obligación; en el caso, el objeto es una suma de dinero, por lo que resulta difícil entender de qué modo esas calidades substanciales podrían estar en juego.

< La fianza es un contrato unilateral, en el sentido que genera obligaciones sólo para el fiador; por eso, en el fondo, cuando pretende la nulidad, el fiador está invocando un error sobre los motivos; pero éste es un error irrelevante, salvo que los móviles hayan sido expresamente incluidos en la convención.

---

(46) CHARDIN, Nicole, "Le contrat de consommation du crédit et l'autonomie de la volonté", París, Lib. Gén. De Droit, 1988, n° 342.

(47) En 1999 se calculaba que la Casación había dictado, en aproximadamente 15 años, cerca de 500 decisiones relativas a la forma manuscrita de la fianza (Ancel, Pascal, "Les contradictions du formalisme jurisprudentiel en matière de cautionnement", Recueil Dalloz, 22/7/1999, n° 28 p. 411). Parte de esa jurisprudencia puede compulsarse, entre otros, en Cabrillac, M., y Mouly, C., "Droit des sûretés", París, ed. Litec, 1990, n° 113. Para el supuesto específico de la fianza en la locación ver Palisant, Grégoire, "Le cautionnement des dettes du locataire", Marseille, ed. Presses Universitaires, 1999, p. 19 y siges.

< La prueba del vicio, normalmente difícil, atañe a quien lo alega (48).

No obstante, algunos jueces supieron encontrar justificación normativa suficiente para dar solución a ciertos supuestos de notoria desproporción. Así por ej.:

La Corte de Apelaciones de París, por decisión del 18/1/1977, anuló la fianza otorgada con fundamento en la existencia de un "error en la naturaleza del contrato", en un caso que responde a los siguientes hechos: una viuda de 73 años (llamada "veuve Silly") que vivía sola en una pequeña casa, tenía muy escasas entradas y ninguna experiencia en los negocios, otorgó una fianza para garantizar las deudas de su yerno, quien se dedicaba a negocios de intermediación. La actividad comercial de su yerno decayó notoriamente y la viuda se encontró con una deuda de 1.400.000 francos. La Corte de París entendió que cuando existe una desproporción flagrante entre la pobreza de recursos de la fiadora, persona anciana e ignorante, y la enormidad de la fianza suscripta por ella, el error cometido al momento de la conclusión del contrato se extiende al objeto mismo y a la causa de la operación, o sea, a la sustancia misma de la obligación asumida.

La sentencia, como era esperable, fue recibida por la doctrina de modo diverso. Un comentarista la calificó de "sibilina"; en su opinión, el error denunciado tiene más conexión con la equidad que con el rigor jurídico; la solución, dice con ironía, pudo ser diferente si el fiador hubiese sido un poco más joven y un poco menos pobre (49).

---

(48) Para estas razones y otras varias ver Mazeaud-Chabas, "Leçons de Droit Civil", 6<sup>o</sup> ed., Paris, ed. Montchrestien, 1988, t. III, vol. 1 n<sup>o</sup> 26; Cabrillac, M., et Mouly, C., "Droit des sûretés", Paris, Litex, 1990, n<sup>o</sup> 84. Para una síntesis jurisprudencial breve de casos en que se admitió y rechazó el dolo del banco en la obtención de la garantía, ver Gavalda, Ch., y Stoufflet, J., "Droit bancaire", La Semaine juridique 1993 1-3686, n<sup>o</sup> 37; Bandrac, M y Crocq, "Sûretés. Publicité foncière", Rev. Trim. Droit Civil, 1996-430; Saint-Alary et Boccara, "Les garanties du crédit", Paris, ed. Du J.N.A., 1995, n<sup>o</sup> 191/197; Marty, G., Raynaud, P y Jestaz, P., "Droit Civil. Les sûretés", La publicité foncière, 2<sup>o</sup> ed., Paris, ed. Sirey, 1987, n<sup>o</sup> 581; Simler, P., "Cautionnement et garanties autonomes", 2<sup>o</sup> ed., Paris, Litex, 1991, n<sup>o</sup> 130 y sigtes.; Hegner, Philippe, "La caution personnelle", 2<sup>o</sup> ed., Toulouse, ed. Rezelfeld, 1996, n<sup>o</sup> 110 y ss; Chauvel, Patrick, "Cautionnement et réticence du banquier", en Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet, Clermont-Ferrand, ed. Presses Universitaires, p. 44. Para un extraño supuesto en que procedió la nulidad por error, resuelto por la Casación francesa el 1/7/1997, "in re": Banque de l'Alma c. Maylin, ver decisión y comentario de Brémond, Vicent, L'erreur virtuelle de la caution en Recueil Dalloz, n<sup>o</sup> 13, p. 181, 1/4/1999.

(49) CHARDIN, Nicole, "Le contrat de consommation du crédit et l'autonomie de la volonté", Paris, Lib. Gén. de Droit, 1988, n<sup>o</sup> 351. En el derecho argentino, la solución pudo encontrarse en la aplicación directa o analógica de la figura de la lesión, regulada por el art. 954 del Cód. Civil.

Sin embargo, la sentencia fue confirmada por la Casación el 4/7/1979 considerándose que el tribunal de grado había justificado razonablemente su decisión.

- La Corte de Apelaciones de París continuó por el mismo camino, aunque a veces con otros argumentos. En decisión del 27/6/2000 (50), la sala 15 anuló una fianza que respondía a estos hechos probados en la causa: dos personas unidas en matrimonio obtuvieron un préstamo de 2.000.000 de francos que debía ser restituido al banco en trece años; los cuatro hijos del matrimonio se constituyeron en deudores solidarios; para otorgar el préstamo, el banco tuvo en consideración el valor de los inmuebles de propiedad de los deudores y los ingresos de éstos. A fin de 1996, el monto total de la deuda (con intereses, etc.) llegaba a 4.000.000, y ante el incumplimiento, el acreedor exigió a cada hijo fiador la totalidad de la deuda. El tribunal de apelaciones confirmó la decisión de primera instancia que había rechazado la nulidad del préstamo, pero la revocó en cuanto había rechazado la petición de los fiadores que alegaban que la garantía era excesivamente desproporcionada a sus recursos y patrimonios. No obstante la fecha del fallo, lo ubico en esta parte del relato, pues el comentarista de la sentencia afirma que la ley de protección de los consumidores no resultaba aplicable por ser posterior al momento de la concertación del crédito (51).

*e) Algunas sentencias que aplican el art. 313-10.*

Al parecer, la primera sentencia de la Casación francesa que aplicó el art. 313-10 del código del consumo es la emanada de la sala I, del 22/10/1996 (52). El tribunal dijo que si existe más de un fiador, la desproporción debe ser valorada respecto de cada uno por separado, pues a cada uno de ellos el acreedor puede exigirle el todo. En el caso, ambos tenían que de-

---

(50) Le Dalloz 2001, n° 17 p. 1382, con nota de Grignon Derenne, Francois, Xavier, "À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant".

(51) El Tribunal de Apelaciones de París ha declarado que la ley del 31/12/1989 que estableció la regla de la proporcionalidad no se aplica retroactivamente (Ver comentario de Simler, P y Delebecque, P., "Droit des sûretés", La Semaine Juridique 1994, I. 3765).

(52) Recueil Dalloz 1997, p. 515, con nota de Wacongne, Mathilde, "L'inefficacité de l'engagement excessif, ou la protection de la caution par le droit de la consommation"; La sentencia también se publica en La Semaine Juridique, 1997, n° 22.826, con nota de Piedelièvre, Stéphane, "Notion de cautionnement excessif en cas de pluralité de cautions solidaires et sanction". Igualmente, ver resumen y comentario en Simler, P y Delebecque, P., "Droit des sûretés", La Semaine Juridique 1997, I. 3991



volver 137.148 francos y sus ingresos mensuales se reducían a 6380 francos y 4730 francos, respectivamente; la Corte de Apelaciones de Nancy, a petición de las garantes, había declarado nula la fianza el 14/3/1994 rechazando la defensa del banco que argumentaba que para valorar la desproporción había que sumar los ingresos de los dos (53). La Casación confirmó la decisión en cuanto hizo una valoración independiente del patrimonio y recursos de cada uno; argumentó que ese modo era coherente con la facultad del acreedor de reclamar el todo a cada uno de los fiadores (54); valoró que en el caso, las sumas a restituir representaban aproximadamente dos veces los recursos anuales del primer fiador y tres veces los del segundo. No obstante, señaló que el tribunal de Nancy no debió declarar nulas las fianzas sino afirmar que "el acreedor no puede prevalerse de ellas"; de cualquier modo, la Casación no se pronunció sobre la naturaleza de la sanción prevista en la ley.

*f) La naturaleza de la sanción prevista en el art. 313-10.*

La doctrina mayoritaria considera que el art. 313-10 no ha introducido un requisito adicional de validez de la fianza ni, consecuentemente, un supuesto

---

(53) Para otros casos resueltos por otros tribunales de grado respecto de las fianzas múltiples solidarias en sentido contrario, es decir, sumando el patrimonio de todos los fiadores, ver síntesis de Simler, Philippe y Delebecque, Philippe, "Droit des sûretés", *La semaine juridique*, 25/4/2001, p. 809. Otras sentencias, en cambio, siguen el rumbo de la comentada en el texto, es decir que en caso de garantes múltiples debe analizarse la desproporción respecto de cada uno de los garantes (Ver Corte de Apelaciones de París, 15 Ch., 27/6/2000, en *Le Dalloz* 2001, n° 17 p. 1383, con comentario favorable, sobre este punto concreto, de Grignon Derenne, Francois, Xavier, "À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant". Crítica, en cambio, que el tribunal haya fundado la desproporción en el simple hecho de que los garantes no eran titulares de ningún inmueble. Señala que hoy los valores mobiliarios tienen gran valor por lo que la motivación de la sentencia es sobre este punto notoriamente insuficiente. El tema excede el derecho bancario; transpone la frontera y pasa al campo de la responsabilidad civil del notario: la sala 1° de la Casación, en decisión del 7/11/2000, revocó una sentencia del 2/10/1996 de la Corte de apelaciones de Montpellier, que había rechazado el pedido de los fiadores (hermano y cuñada de gerente de una SRL, obligada principal) de citar a juicio al notario interviniente, a quien imputaban haber incumplido su obligación de información (Ver comentario de Bandrac M., y Crocq, Pierre, "Cautionnement proportionné et devoir de conseil du notaire", *Rev. Trim. Droit Civil* 2001-3-627).

(54) Una autora apunta la siguiente paradoja: la fianza solidaria representa para el acreedor menos ventajas, pues si hubiese sido fianza simple, cada fiador hubiese podido invocar que respondía sólo por su parte y, entonces, probablemente no se hubiera detectado exceso (Piedelièvre, Stéphane, "Notion de cautionnement excessif en cas de pluralité de cautions solidaires et sanction", *La Semaine Juridique*, 1997, n° 22.826).

de nulidad si éste no se cumple (55); entienden que es un caso de caducidad del derecho, explicable como sanción al banco que pide este tipo de cauciones. Explican que la noción de caducidad (*déchéance*) como respuesta a una conducta culpable del acreedor no es ajena a la fianza; así por ej., el art. 2037 del código civil francés declara la extinción de la fianza si el acreedor deja perder los privilegios (56); la particularidad del art. 313-10 reside en que la caducidad tiene efectos eventuales, pues una desproporción inicial puede no provocar ineficacia alguna si el garante mejora ulteriormente su fortuna.

No es un caso de nulidad, argumentan, porque la norma impone comparar obligación, patrimonio y recursos no sólo a la época del otorgamiento de la garantía sino en un momento ulterior, cuando es exigida. Por la misma razón, se niega que se trate de un supuesto de error de consentimiento, o de falta de capacidad, o de lesión (57).

Distinguir entre "nulidad" y "no poder hacer valer" no parece una cuestión baladí; no siendo un caso de nulidad, la doctrina niega al fiador acción para pedir la invalidez del contrato antes que el acreedor lo ejecute; sólo cuando el acreedor reclama, el fiador puede defenderse argumentando y probando que ni en el momento del otorgamiento, ni en el de la ejecución de la garantía, sus bienes y recursos eran suficientes para el pago; por el contrario, eran manifiestamente insuficientes (58).

Otros autores analizan las posibles vinculaciones de esta sanción con los principios de la responsabilidad civil. Recuerdan que en la discusión parlamentaria de la ley del 31/12/1989 se adujo que la sanción creada por la ley se fundaba en el incumplimiento de la obligación de informar; o sea, la intención del legislador habría sido responsabilizar a los establecimientos de crédito que se contentan con la garantía dada por personas mani-

---

(55) Conf. Contamine-Raynaud, Monique, "Garanties bancaires", p. 221, *Rev. de Droit Bancaire et de la Bourse*, 1997; Grignon Derenne, Francois, Xavier, "À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant", *Le Dalloz* 2001, n° 17 p. 1385 (que critica la decisión de la Corte de apelaciones de París del 27/6/2000 que declaró la nulidad); Crocq, Pierre, "Cautionnement. Crédit à la consommation. La nature de la sanction d'un engagement de la caution manifestement disproportionné", en *Rev. Trim. de Droit civil*, 1997-189. Cermolacce entiende que la ley ha regulado un supuesto de inoponibilidad, derivado de la carencia de causa (Cermolacce, Arnaud, "Cause et exécution du contrat", *Marseilles*, ed. Presse Universitaire, 2001, n° 550).

(56) Compulsar, en el mismo sentido, arts. 2018 y 2043 del Código Civil argentino.

(57) WACONGNE Mathilde, "comentario a la sentencia de la Casación del 22/10/1996", en *Recueil Dalloz* 1997, p. 516.

(58) Simler, P., "Cautionnement et garanties autonomes", 2° ed., París, Litec, 1991, n° 243.

fiestamente insolventes, exponiéndolos no sólo a ejecuciones judiciales, sino a su propia miseria. Dicho de otro modo, para esos parlamentarios, la sanción configuraría un nuevo capítulo de la responsabilidad civil (59). En esta línea, se critica a la tesis mayoritaria que sostiene que se trata de una causal de caducidad del derecho, porque si bien puede explicar algunos aspectos que la tesis de la nulidad no resuelve, lleva a consecuencias análogas, o sea a no dar valor alguno a la garantía, efecto mayor que implica debilitar en demasía la seguridad de las relaciones. Por eso, se afirma que en la medida que una deslealtad ha sido cometida por el banco al momento de la conclusión del contrato, el problema debe ubicarse en el ámbito de la responsabilidad delictual; habría, de alguno modo, un dolo incidental, que a diferencia del dolo esencial, no produce la nulidad del contrato pero sí provoca reparación de daños a la luz del 1382 del CC francés (60). La tesis de la responsabilidad explicaría que la norma se aplique recién en el momento de la ejecución; además, permitiría hacer la sanción más flexible: las sumas que se mandan pagar por la deslealtad pueden ser moduladas en función de la mayor o menor mala fe, etc. (61).

Sin embargo, no faltan quienes consideran que el art. 313-10 no tiene ninguna vinculación con el régimen de la responsabilidad y lo critican, justamente, por hacer una aplicación ciega y automática de la proporcionalidad, impidiendo al banco liberarse acreditando que no cometió ninguna culpa. La solución también es mala, dicen, porque lleva a la irresponsabilidad total de los garantes, y porque crea un igualitarismo pernicioso, colocando en un mismo plano los bancos culpables y aquellos a los que ninguna culpa puede reprocharse (especialmente si la desproporción surge después del otorgamiento); deducen que esta solución produce un aumento del costo del crédito y, de "lege ferenda", propician que se cambie el texto dándosele cabida a la culpa, y al régimen general de la responsabilidad (62).

(59) WACONGNE Mathilde, "comentario a la sentencia de la Casación del 22/10/1996", en *Recueil Dalloz* 1997, p. 517. Aclaro que la autora no participa de esta posición; la cita obedece a que es quien recuerda la discusión parlamentaria.

(60) GRIGNON DERENNE, Francois, Xavier, "À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant", *Le Dalloz* 2001, n° 17, p. 1387. De todos modos, el autor reconoce que la noción de dolo incidental no cuenta con la aceptación unánime de la doctrina francesa.

(61) LEGEAIS, Dominique, "Principe de proportionnalité: le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie", en *Petites Affiches*, 30/9/1998, n° 117, p. 43. También en este caso, aclaro que en el texto transcribo los argumentos pero que la autora, finalmente, no comparte este criterio sino el de la caducidad del derecho.

(62) GRIGNON DERENNE, Francois, Xavier, "À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant", *Le Dalloz* 2001, n° 17, p. 1385.

Wacogne opina que la tesis que vincula la sanción del art. 313-10 a la responsabilidad civil podría ser rechazada con fundamento en la naturaleza unilateral del contrato de fianza (63); en su opinión, esa calificación llevaría a que no pueda atribuirse al banquero ninguna obligación ni, consecuentemente, ningún incumplimiento. Por mi parte, creo que las nuevas disposiciones dejan a esta argumentación vacía de contenido, desde que, con independencia del carácter unilateral o no, y si es o no una típica obligación, como he dicho, en la legislación europea existe en cabeza del banquero un deber legal de informar.

g) *El "leading case" para una garantía otorgada por un "no consumidor": el caso Macron resuelto por la Sala Comercial de la Corte de Casación el 17/6/1997 (64).*

El señor Macron era presidente del consejo de administración de una sociedad (Comptoir Français des Pétales du Nord); su sueldo mensual era de 37.550 francos; el 23/12/1987 firmó un aval por 20.000.000 a favor de la Banque Internationale pour l'Afrique Occidentale (BIAO); todo su patrimonio apenas llegaba a los 4.000.000 (a la época del otorgamiento de la caución ese monto era inferior al gravado con el impuesto a los bienes personales). Ulteriormente, la sociedad se presentó en quiebra y el banco ejecutó la fianza.

El caso llegó ante la sala Comercial de la Corte de Casación a través de dos recursos: uno interpuesto por el fiador y otro por el banco; el fiador insistía en su liberación total por vicio del consentimiento (error); ese recurso fue rechazado; el Alto Tribunal francés afirmó que nada había que reprochar a la cámara de apelaciones cuando afirmó que en su calidad de director de la empresa, el fiador no podía sostener que no había comprendido lo que firmaba. También rechazó el recurso interpuesto por el banco y confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones de París del 8/2/1995; dijo que aunque ningún error vició el consentimiento de Macron, el tribunal de grado pudo legítimamente considerar que en razón de la enormidad de la suma garantida por una persona física y de las otras circunstancias de hecho que permitían excluir toda buena fe por parte del banco, éste había incurrido en culpa grave al haber exigido un aval cuyo monto no tenía ninguna relación con el patrimonio y los ingresos del avalista.

---

(63) Para el carácter unilateral de la fianza ver Legeais, Dominique, "Sûretés et garanties du crédit", París, LGDJ, 1996, n° 51; Simler, P., "Cautionnement et garanties autonomes", 2° ed., París, Litec, 1991, n° 53.

(64) Ver texto completo de la sentencia en Recueil Dalloz 1998-208, con nota de Casey, Jérôme, "De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat".

En definitiva, el tribunal de grado rechazó la causal de nulidad articulada por el fiador, pero hizo lugar a los daños y perjuicios sufridos a raíz del otorgamiento de la caución; liquidó ese daño en una suma equivalente a 3/4 del monto de la garantía, o sea en 15.000.000 de francos, siendo que la demanda inicial del acreedor ascendía a 20.000.000. En otros términos, se condenó al fiador a pagar \$5.000.000, cantidad que se entendió era proporcionada a su patrimonio y a sus recursos.

Finalmente, aclaro que la Casación consideró que existía argumentación suficiente para mantener el fallo, con independencia del acierto o error de otras quejas del banco cuyo tratamiento no correspondía dada la suficiencia de los fundamentos antes reseñados. Recuerdo que el tribunal de apelaciones también fundó su decisión en otro argumento: en razón de los montos comprometidos, el acto jurídico celebrado viola el art. 1780 primer párrafo del código civil francés según el cual una parte no puede, ni siquiera contractualmente, colocarse bajo dependencia de otra durante toda su vida; en el caso bajo decisión, en cambio, en los hechos, la obligación de Macron tenía carácter de perpetua. Asimismo, el tribunal de grado valoró que los intereses de la deuda caucionada eran cinco veces superiores a los ingresos mensuales brutos del fiador y que el monto total de la fianza era cinco o seis veces todo su patrimonio.

#### *h) La reacción doctrinal frente al caso Macron*

Resumiré algunas opiniones vertidas en torno a este importantísimo precedente de la Casación francesa.

- En opinión de Pedelièvre (65), la respuesta de la Casación:

\* no tiene apoyo en los textos;

\* es indirecta, en el sentido que no desautorizó a los jueces de grado, pero no fundó ella misma la solución del caso;

\* hace gozar a los no profanos de una solución que el legislador dio exclusivamente para los consumidores.

\* muestra hasta dónde llega el cambio de filosofía respecto de la caución: del art. 2018 del código civil, norma en favor del acreedor, se ha

---

(65) PIEDELIÈVRE, Stéphane, "Le cautionnement excessif", *Repertoire Défrénois*, année 1998, art. 36836, p. 850 y sigtes.

pasado al art. 313-10 del código del consumo, cuyo fin es proteger al garante, pasando los intereses del acreedor a un segundo plano.

\* lleva a poner en duda la validez de las garantías por monto indeterminado, o abiertas, tan frecuentes en la práctica bancaria, que la Casación siempre declaró válidas.

\* modificará el modo de otorgamiento de los créditos, pues las entidades financieras no tendrán en cuenta la solvencia del deudor sino esencialmente la del garante.

\* la autonomía de la voluntad es colocada en la picota (porque la garantía no cumple todos sus efectos), pero se hace al contrato más equilibrado y se restituye mayor eficacia a su fuerza obligatoria.

\* la analogía entre la situación del deudor y la del garante es un método bastante discutible pues en el caso las situaciones no son semejantes: el deudor está obligado a pagar capital e intereses; la fianza, en cambio, es una obligación accesoria, que entrará a jugar sólo si el deudor no paga.

\* es discutible si, en el caso, la Casación se sometió a un criterio exclusivamente matemático para determinar el exceso; al parecer no, pues el tribunal avala la expresión de la apelación en el sentido que "atento a las circunstancias de hecho, hay que descartar que el banco actuara de buena fe".

\* la aplicación de las normas de responsabilidad civil por culpa debe ser analizada cuidadosamente. La culpa consistiría en haber pedido una caución excesiva y, en consecuencia, en haber provocado la celebración de un contrato desproporcionado. El perjuicio no se configura en el hecho de haberse visto comprometido por una garantía (pues éste es el fin de la fianza) sino en haber sido obligado en una proporción incompatible con las posibilidades financieras; por lo tanto, el perjuicio no consiste en tener que pagar sino en tener que pagar demasiado.

\* La solución es poco oportuna, aunque particularmente innovadora y situada en el moderno movimiento de la responsabilidad profesional, especialmente de los bancos. Hasta Macron, la liberación del garante dependía de lo que ocurría con la obligación principal, precisamente por su carácter accesorio. Ahora, el fiador ejerce una acción de responsabilidad que le es propia, independiente del contrato garantizado, que pudo haber sido celebrado en condiciones absolutamente normales. La deuda subsiste en su integralidad; es la caución la que está debilitada. De cualquier modo, al parecer, el garante

debe iniciar una acción; puede invocar el crédito como reconvencción, pero no como simple defensa en el juicio que inicie el banquero (66).

\* La solución puede llevar a algunos garantes a ocultar parte de sus bienes cuando celebran el contrato. En esos casos, el fraude debería ser probado por el acreedor, con todas las dificultades que esto supone.

- Jobard Bachellier y Vincent Brémond (67) critican que se acuda a los principios de la responsabilidad civil para solucionar los problemas de las fianzas. Razonan del siguiente modo:

Hasta 1989, el problema de la desproporción de la fianza pasó desapercibido para el legislador. El único límite del derecho común era el impuesto por el art. 2013 del CC francés; o sea, el fiador no se puede obligar a una suma superior a la del deudor (68). La ley del 31/12/1989 introdujo la cuestión de la desproporción pero sólo para las relaciones con consumidores. La ley especial recogió la evolución jurisprudencial del derecho común relativa a la obligación de informar, pero estableció una sanción especial, una suerte de caducidad o extinción de la caución que lleva a su eliminación.

El caso Macron comenzó una segunda etapa; la jurisprudencia vuelve al derecho común (el derecho de la responsabilidad civil) pero con reminiscencias del derecho especial (la norma que protege sólo a los consumidores). Pero la desproporción verificada por el tribunal no llevó a la caducidad de la ley especial sino a la reducción de la caución por compensación parcial, solución que produce consecuencias absurdas en las relaciones fiador-deudor e, incluso, en los vínculos acreedor-deudor (69). Por eso, en el mejor de los casos, debió aplicarse lisa y llanamente la ley especial, pero no volver al derecho común de la responsabilidad civil.

- Aynes resalta que la Casación ha llegado a un resultado semejante al de la ley especial sin tener apoyo normativo, pues se trataba del aval otorgado a un banco por el presidente de una sociedad comercial. En su criterio,

---

(66) PIEDELIÈVRE, Stéphane, "Le cautionnement excessif", *Repertoire Défrénois*, année 1998, art. 36836, p. 856. Conf. con la necesidad de reconvencción, Hegner, Philippe, "La caution personnelle", 2<sup>o</sup> ed., Toulouse, ed. Rezelfeld, 1996, n<sup>o</sup> 635.

(67) Jobard-Bachellier, M.N. y Brémond, V., "De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants", en *Rev. Trim. Droit Commercial*, 1999-330.

(68) Ver, en el mismo sentido, art. 1995 del Código Civil argentino.

(69) Ver "infra", 2. j.

la disminución de la garantía es una solución "inquietante" por las siguientes razones:

\* La culpa del banco no consiste, como en el caso del otorgamiento abusivo del crédito, en la violación del deber de consejo, porque ese deber existe respecto del deudor pero no está establecida respecto del fiador.

\* Se invoca la violación al deber de buena fe, pero este argumento encierra una verdadera exageración, porque no se advierte la más mínima deslealtad del banco, ni por acción ni por omisión.

\* La solución es más radical y menos esperable que la del código del consumo, porque sólo tiene en cuenta la situación del fiador al momento de la concertación, sin computar qué ocurre al momento del cumplimiento.

\* La reducción de la caución ordenada entre profesionales no tiene normas fijas; depende de lo que el juez estime soberanamente. En la ley especial no hay tal entrega ciega a los poderes de los jueces.

- Contamine Raynaud sostiene que si bien los jueces tienen facultades para juzgar los abusos y la mala fe del establecimiento bancario, también deben tener en consideración la mala fe de los dirigentes de las empresas; muchos de ellos, en apariencia, no tienen ningún patrimonio personal, tienen escasas remuneraciones y, sin embargo, tienen un tren de vida que no se concilia con ninguna de esas dos cosas (70).

- Cabrillac observa que el jurista no puede quedar sino seducido por la flexibilidad de la sanción autorizada por el derecho común (la responsabilidad civil), que se muestra preferible a la rigidez de la sanción impuesta por el art. 313-10. Sin embargo, advierte que si bien es cierto que el apetito de los bancos debe ser frenado, también es oportuno que las garantías otorgadas por quienes conducen una sociedad en favor de éstas, sean mantenidas, aunque eventualmente ajustadas a sus posibilidades (71).

- Casey presta mayor adhesión a la sentencia. Recuerda que Portalis, en el párrafo 87 de su *Discours préliminaire*, afirmó que en los contratos "es necesaria la buena fe, la reciprocidad y la igualdad". También señala que el código francés menciona la buena fe en la ejecución del contrato (art. 1134) pero no en la formación, por lo que la jurisprudencia debió llenar este vacío. La

---

(70) Contamine-Raynaud, Monique, "Garanties bancaires", p. 222, *Rev. de Droit Bancaire et de la Bourse*, 1997.

(71) CABRILLAC, Michel, "Crédit et titres de crédit", *Rev. Trim. Droit Commercial*, 1997-662.



mala fe, dice, es causal de nulidad, pero también es fuente de responsabilidad. En su opinión, el tribunal no imputa culpa al Banco por no haber informado, por haber violado el deber de información, sino por haber exigido lo que no debía. Descartar el dolo no significa, automáticamente, descartar la mala fe del banco. Hay un estado intermedio entre la celebración pura y simple de una convención que testimonia un consentimiento íntegro, y la nulidad de la convención, que sanciona un consentimiento viciado. Este estado intermedio es el de la buena fe en cuanto al contenido del contrato; la violación de esa buena fe no genera la nulidad sino el otorgamiento de daños y perjuicios. No hay nulidad, porque el avalista era plenamente consciente de lo que firmaba, pero el contenido ha quedado manchado por el comportamiento desleal del acreedor, circunstancia que permite fundar una acción de responsabilidad. Otros casos del derecho francés guardan alguna analogía; así, por ej., aunque esté prescripta la acción de nulidad del acto jurídico por dolo, queda abierta la acción de responsabilidad civil. Concluye con las palabras de Mestre, decano de la Facultad de Derecho de Aix en Provence: "el contrato forma un cuerpo único; en entonces vital que la buena fe lo irrigue enteramente" (72).

- Grignon Derenne se pregunta si la culpa del banco debe derivarse del simple hecho de que la caución es excesiva y desproporcionada. En tal caso, habría una objetivización de la culpa, por lo que en realidad, la culpa quedaría diluida y se terminaría en criterios matemáticos. Por eso, propicia derivar la culpa de otro tipo de circunstancias, como por ej., no haber cumplido con la obligación de información; si el fiador estaba informado, la culpa podría derivarse del incumplimiento de la obligación de aconsejar, etc. En definitiva, sostiene que debe darse al banco la posibilidad de probar que cumplió con todos sus deberes (73).

- Crocq destaca que este fallo:

\* reconoce la existencia de un verdadero deber de abstención, cuya violación es susceptible de ser invocado no sólo por el deudor sino también por un fiador, dirigente social experimentado (74);

---

(72) CASEY, Jérôme, "De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat", *Receuil Dalloz-Sirey* 1998-212.

(73) GRIGNON DERENNE, Francois, Xavier, "À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant", n° 17 p. 1385, *Le Dalloz* 2001.

(74) Crocq, Pierre, "Les développements recents de l'obligation d'information de la caution", en *Mélanges Michel Cabrillac*, París, Dalloz-Litec, 1999, p. 364.

\* al igual que el 313-10 no hizo de la proporcionalidad una condición de validez de la fianza pues no se la anula sino que se reduce su monto por compensación (75);

\* convive perfectamente con el art. 2018, que como se ha visto, establece un derecho del acreedor; el caso Macron imputa una culpa a ese mismo acreedor cuando pide garantías desproporcionadas al patrimonio del fiador. Una es una regla legal que protege al acreedor; otra una regla jurisprudencial que protege al fiador (76).

*i) Qué clase de responsabilidad estableció el caso Macron?*

Antes de responder a esa pregunta debo advertir que la aplicación de los principios de la responsabilidad civil a este caso no ha sido un invento sin precedentes atribuible "en exclusiva" a la Corte de Casación francesa. Por el contrario, la idea de servirse de los principios de la responsabilidad, de imputar culpa al acreedor otorgante del crédito ya había sido insinuada por la doctrina para otros casos similares (77).

En favor de la responsabilidad delictual podría decirse que no hay en este caso ninguna violación de un deber anteriormente contraído; por el contrario, la fianza es un contrato unilateral y el acreedor no asume obligaciones fuera del ámbito del derecho del consumo, por lo que sería ilógico decir que la responsabilidad es contractual. Esta es la opinión de Cassey, aunque expresada con bastantes dudas (78). Con criterio análogo se ha dicho: Se trata de una culpa que se ubica en la etapa precontractual; por tanto, no se trata de una responsabilidad contractual, sino delictual y, por eso, el contrato podrá seguir produciendo sus efectos, al menos, algunos de ellos (79).

---

(75) BANDRAC, M y Crocq, "Sûretés. Publicité foncière", Rev. Trim. Droit Civil, 1998-422.

(76) BANDRAC, M y Crocq, "Sûretés. Publicité foncière", Rev. Trim. Droit Civil, 1998-422.

(77) Para diferentes supuestos de responsabilidad del banco frente al fiador ver Legeais, Dominique, "Sûretés et garanties du crédit", Paris, ed. LGDJ, 1996, n° 260 y sigtes.; Hegner, Philippe, "La caution personnelle", 2° ed., Toulouse, ed. Rezfeld, 1996, n° 632 y sigtes. Obviamente, esta responsabilidad no elimina el deber de responder más tradicional, cual es el de los administradores sociales frente a los socios y a la sociedad por haber otorgado crédito a deudores insolventes con culpa grave.

(78) CASEY, Jérôme, "De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat", Recueil Dalloz-Sirey 1998-212.

(79) PIEDELIÈVRE, Stéphane, "Le cautionnement excessif", art. 36836, p. 856, Répertoire Défrénois, anné 1998.

*j) La solución del caso Macron ¿permite un enriquecimiento sin causa del garante?*

Para algunos autores, recurrir a la responsabilidad civil, además de los problemas teóricos, genera inconvenientes prácticos importantísimos: una vez obtenida la compensación con el acreedor, el fiador podría volverse contra el deudor por la totalidad del crédito compensado, lo que le produciría un enriquecimiento injusto. El argumento es: yo tenía un crédito, tuve que compensarlo para pagar la deuda de otro; ahora el deudor debe restituirme todo lo que pagué por él, no sólo en efectivo (si la compensación fue parcial) sino también a través de la compensación. En otras palabras, "A diferencia de lo que le ocurre al fiador del código de los consumidores, este fiador, el del caso Macron, tiene una acción recursoria contra su deudor. Y este señor, que no pagó nada porque compensó, tiene sin embargo una acción contra su deudor produciéndose un verdadero enriquecimiento sin causa. Es verdad que puede tratarse de una acción sin resultados porque el deudor no tiene bienes, pero el fiador puede tomar nota de su pago en su contabilidad y deducirlo de sus impuestos (80). A su vez, como el fiador le "pagó", el acreedor habría perdido su crédito contra el deudor principal. A diferencia de lo que ocurre con la acción contra el banco por responsabilidad por concesión abusiva del crédito, este derecho a compensar lo tiene sólo el fiador, no el deudor. De cualquier modo, hay que tener en cuenta que culpas y daños, según se analicen las relaciones acreedor-deudor principal, o acreedor-fiador, son normalmente dissociables. Así, la culpa cometida por el acreedor que obtiene una fianza desproporcionada resulta sólo del análisis del patrimonio del fiador y no del patrimonio del deudor (81).

Se ha respondido que la posibilidad de esa consecuencia irrazonable está fundada en un criterio sobre la compensación (el del doble pago), que la doctrina moderna no comparte. No hay tal doble pago; por el contrario, la compensación permite no pagar la deuda, y justamente, a través de este aspecto negativo, la compensación se acerca fundamentalmente a

---

(80) Una autora ha señalado que, en algún caso, el principio de proporcionalidad puede volverse en contra al fiador; así, no podría deducir fiscalmente las sumas pagadas a título de garante, salvo que sean proporcionales a sus ingresos (Legeais, Dominique, "Principe de proportionnalité: le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie", en *Petites Affiches*, 30/9/1998, n° 117, p. 38).

(81) Jobard-Bachelier, M.N. y Brémond, V., "De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants", en *Rev. Trim. Droit Commercial*, 1999-330.

una garantía. Dicho de otro modo, no hay un pago sino una dispensa de pagar. Si el fiador no ha pagado al banco sino que simplemente se ha beneficiado con la compensación, ningún derecho derivado del pago puede serle reconocido; por eso, no tendrá nunca un derecho de repetición igual a la totalidad del crédito del acreedor sino sólo por la parte que efectivamente pagó, tal como lo dice el art. 2029 del CC francés (82).

*k) Diferencias entre el 313-10 del código de los consumidores y la solución del caso Macron*

La doctrina señala las diferencias entre la solución jurisprudencial y la legal.

Si la garantía ha sido otorgada en un mutuo a un consumidor, situación reglada por el art. 313-10, se está en presencia de "todo o nada"; si la garantía es desproporcionada, el garante nada debe y nada paga; la sanción al acreedor deriva directamente de su culpa, con independencia del daño que produzca la caución. La solución es diferente cuando se está fuera del ámbito del art. 313-10 y deben aplicarse las reglas de la responsabilidad civil; el contrato produce sus efectos, pero las sumas debidas se compensan; los daños y perjuicios pueden o no ser de un monto muy elevado, lo que demuestra que la solución jurisprudencial tiene por único fin equilibrar la posición de las partes. En otros términos, en la ley especial, el acreedor no puede prevalerse de la garantía excesiva; en el derecho común, en cambio, se aplican las normas de la responsabilidad civil y simplemente se la reduce (83).

En "Macron" el tribunal sólo se tuvo en consideración el momento en que la obligación se contrajo; el art. 313-10 manda tener en cuenta también la época en que la garantía debe ser pagada.

---

(82) GRIGNON DERENNE, Francois, Xavier, "À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant", *Le Dalloz* 2001, n° 17, p. 1387. (El autor concluye propiciando la derogación del 313-10 y la incorporación de una norma al código civil en el capítulo referido a la fianza que haga aplicación de la noción de dolo incidental).

(83) SAUPHANOR, Nathalie, "L'influence du droit de la consommation sur le système juridique", n° 72, p. 50, París, LGDJ, 2000.

La sala 15 de la Corte de Apelaciones de París resolvió el 25/2/2000 que el art. 313-10 no se aplica, por no ser un consumidor, a una sociedad civil inmobiliaria que tiene por objeto la construcción y rehabilitación de viviendas y locales de actividad comercial (*Le Dalloz*, 2000, n° 21, p. 262, sec. Jurisprudence. Actualité jurisprudentielle, con comentario sin nota de Celine Rondey).

*l) La influencia del derecho especial (derecho de los consumidores) sobre el derecho común (la fianza del Código Civil)*

No obstante las diferencias señaladas, con un importante sector de la doctrina francesa, creo que el derecho especial inspiró la solución de un caso que encuadraba en el llamado "derecho común".

En este sentido, Sauphanor (84) dice que sin copiar, la influencia es clara y que ese fenómeno de la imitación hace pensar que el principio de la proporcionalidad se extenderá al derecho común. Para Aynès (85), se trata del "espíritu del derecho de los consumidores que ha ganado terreno en las relaciones entre profesionales"; y para Denis Mazeud de la "contaminación del derecho común" (86). Cabrillac afirma que la sentencia del 17/6/1997 sí no aplicó directamente el 313-10, hizo una transposición libre (87). Bandrac y Crocq sostienen que la sentencia ha contestado afirmativamente a la pregunta que algunos autores se hicieron respecto a si las innovaciones del derecho de los consumidores quedarían acantonadas en el derecho especial o si contagiarían el conjunto del derecho civil, y entienden que aunque la casación no aplicó el art. 313-10, la norma constituyó la "fuente de inspiración" (88); Crocq concluye que la Corte ha mostrado claramente la influencia que el derecho especial puede tener sobre el derecho común, todo lo cual abre la vía a otras generalizaciones posibles (89).

---

(84) SAUPHANOR, Nathalie, "L'influence du droit de la consommation sur le système juridique", n° 72, p. 50, París, LGDJ, 2000.

(85) Ver comentario Rep. Défrénois année 1997, art. 36703, p. 1424. Conf. Mazeud, Denis, "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat", Petites Affiches, n° 117, boletín del 30/9/1998, p. 16.

(86) MAZEAUD, Denis, "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat", Petites Affiches, n° 117, boletín del 30/9/1998, p. 16. No puede olvidarse que la preocupación de la parte débil de la contratación es una constante en el derecho francés, aunque esa parte débil no sea un consumidor. Entre muchas obras sobre el tema, se remito especialmente a dos libros colectivos: La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges, París, ed. LGDJ, 1996; "Les clauses abusives entre professionnels", París, Economica, 1998. Para la protección del no consumidor en el derecho argentino ver Arias Cau, Esteban J., "Pautas de interpretación para los contratos entre empresas (celebrados por adhesión)", en R.D.C.O., año 34, 2001, p. 787.

(87) CABRILLAC, Michel, "Crédit et titres de crédito", Rev. Trim. Droit Commercial, 1997-662.

(88) Crocq, P., "Cautionnement. La sanction d'un engagement disproportionné de la caution en dehors du credit à la consommation", Rev. Trim. Droit Civil, 1998-157.

(89) Crocq, Pierre, "Les développements récents de l'obligation d'information de la caution", en Mélanges Michel Cabrillac, p. 363, París, Dalloz-Litec, 1999.

Finalmente, destaco con Mestre, que la sentencia es otro caso que muestra que el principio de proporcionalidad se está introduciendo victoriosamente en la teoría general del contrato (90).

*ll) Posibles variantes del caso Macron.*

Después del caso Macron, el 27/11/1998, la Corte de Apelaciones de París ratificó su tesis; pero a diferencia de lo acontecido en su precedente, fijó una suma en concepto de daños y perjuicios equivalente al monto total de la caución; de este modo, liberó totalmente a la fiadora, una joven que aprendía peluquería, que cobraba 1900 francos por mes y que se había comprometido a una fianza de 140.000 francos, en forma solidaria con otra fiadora. El comentador del fallo considera lógico que el tribunal haya considerado probada la culpa del banco por lo manifiesto de la desproporción; en cambio, lo critica en cuando liberó totalmente a la fiadora, porque si descartó el vicio de la voluntad, no había nulidad, la solución debió ser más flexible siguiendo su propio precedente, y no reducir a cero la autonomía de la voluntad (91).

En mi opinión, la diferente solución pudo obedecer a la calidad de los fiadores; el primero, un administrador de una sociedad; la segunda, una joven inexperta que aprendía peluquería.

*m) El agregado al art. 2024 del Código Civil francés y el caso Macron.*

El agregado al art. 2024, antes transcrito, intenta evitar que el fiador, persona física, quede totalmente desprotegida y que al sobre o super endeudamiento excesivo del deudor, se sume el del fiador.

La nueva norma, a diferencia de lo sucedido con el art. 313-10 y con la sentencia Macron, no establece la caducidad de la fianza (ni mucho menos la nulidad), ni condena a pagar daños y perjuicios. Simplemente, prevé un supuesto de inembargabilidad parcial. Es lo que ha dado en llamarse "reste à vivre" (lo que queda para vivir), o sea, la parte de los recursos que le son necesarios para hacer frente a los gastos cotidianos, especial-

---

(90) MESTRE, Jacques, "Obligations et contrats spéciaux", Rev. Trim. Droit Civil, Jan-Mars 1998-100. Otros autores también señalan que el tribunal ha hecho directa aplicación del principio de proporcionalidad (Crocq, P., "Cautionnement. La sanction d'un engagement disproportionné de la caution en dehors du credit à la consommation", Rev. Trim., Droit Civil, 1998-157).

(91) CA París, 27/11/1998, Sarl Sedd c. Bics, La semaine juridique, 1999, p. 983, II-10092, con nota de Casey, Jérôme, "Cautionnement excessif: premier dérapage?"

mente de su vida familiar, sumas que no pueden ser afectadas para el pago de sus deudas.

Un sector de la doctrina se pregunta cómo opera esta norma frente al caso Macron (92): ¿Es inútil el artículo, o debe ser modificada la jurisprudencia?

Pierre Crocq recuerda que la cuestión se planteó durante el tratamiento en el Senado de lo que luego fue la ley 98-657, y contesta que aunque en algunos casos ambas protecciones pueden sumarse, también reconocen la posibilidad de distintos ámbitos. En su opinión, las diferencias son:

- La protección legal, el art. 2024, favorece sólo a las personas físicas. La jurisprudencia Macron podría extenderse, por sus propios fundamentos, a la fianza otorgada por cualquier persona, física o jurídica, siempre que la desproporción sea notoria.

- Macron sanciona una culpa cometida por la entidad prestamista al momento de la celebración del contrato; el art. 2024, en cambio, tiene en cuenta la desproporción al momento de ejecución de la fianza.

- Para saber si hay o no "reste à vivre", habría que analizar qué recursos tiene no sólo el fiador, sino también su cónyuge, quien también tiene que hacerse cargo de los gastos del hogar. En Macron, en cambio, los jueces tienen en cuenta sólo el patrimonio del fiador.

- El "reste à vivre" es una noción más estrecha. En Macron, los jueces tienen mayor posibilidad de tener en cuenta las circunstancias del caso, reduciendo el monto de la fianza no sólo para que quede un mínimo para vivir

En suma, ambas protecciones se complementan de este modo:

- \* La desproporción existe a la época de concertarse la obligación puede ser sancionada con:

- < La prohibición del acreedor de demandar al fiador persona física a la luz del art. 313-10 del código de los consumidores.

---

(92) Crocq, Pierre, "Le cautionnement disproportionné et la loi relative à la lutte contre les exclusions: un protection jurisprudentielle complétée par la loi", Rev. Trim Droit Civil 1998-954.

< La reducción de la fianza, por vía de la compensación, a la luz de la jurisprudencia Macron.

\* La desproporción existente sólo al momento de ejecutar la fianza, será atacada mediante el art. 2024 del Cód. Civil.

Para otros autores, en cambio, el art. 2024 es prácticamente inútil, pues no rige cuando la fianza es solidaria, y la realidad negocial muestra sólo fianzas solidarias (93). Otros, menos pesimistas respecto de los resultados, no dejan de advertir que como las grandes series televisivas, el novelón de las relaciones entre la fianza y el proceso concursal de los pequeños deudores, no dejará de conocer discusiones sucesivas e interminables (94).

*n) ¿Abandono de la jurisprudencia del caso Macron?*

Para algunos autores, la Sala Comercial de la Casación abandonó la jurisprudencia del caso Macron en sentencia n° 99/18.619 del 8/10/2002 (95). El caso presenta hechos similares al discutido precedente: dos directores de una sociedad afirmaban que las fianzas otorgadas por ellos eran absolutamente desproporcionadas con relación a sus recursos económicos; la diferencia, sin embargo, no es baladí; en éste, los fiadores eran dos personas (padre e hijo), que después de haber ejercido el comercio juntos durante muchos años, decidieron constituir una sociedad anónima de la cual ellos eran directores y principales accionistas. Esta vez, y frente a una garantía otorgada para la adquisición de inmuebles de la sociedad, la Casación confirmó la decisión que había rechazado el planteo de los fiadores; dijo que los administradores que no invocaron ni demostraron que el banco tenía información sobre sus ingresos, sus patrimonios y su capacidad de reembolso, información de la que ellos mismos carecían, no es-

---

(93) Compulsar Piedelièvre, Stéphane, "Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions", *La Semaine juridique*, 14/10/1998, n° 42, p. 1799, I-170. La aseveración es discutible porque el art. 2024 dice "En toda hipótesis.....".

(94) BANDRAC, Monique, "Sûretés. Publicité foncière", p. 950, en *Rev. Trim Droit Civil*, 1998.

(95) El caso está comentado por Caussain, J. J. et autres, "Cautionnement accordé par un dirigeant. Dirigeant associé. Cautionnement excessif. Mauvaise foi du créancier", en *La Semaine Juridique*, 14/5/2002, p. 883; también por Crocq, Pierre, "L'abandon de la jurisprudence Macron", en *Rev. Trim Droit Civil*, 2003, n° 1, ps. 125/128. El autor recuerda una decisión del 26/3/2002, comentada por Cabrillac, p. 523, *Rev. Trim. Droit Commercial* 2002, en la que la sala Comercial rechazó la acción de responsabilidad civil contra el banco, a quien se imputaba culpa, interpuesta por un matrimonio que había concertado un préstamo para adquirir una nueva vivienda, no obstante que eran deudores morosos del banco por préstamos anteriores (Adviértase que este último es un caso de deudores, no de fiadores).



tán facultados para invocar la responsabilidad del banco. O sea, el tribunal parece decir que el único caso en que la responsabilidad del banco podría ser comprometida es la hipótesis en la que, al momento de la concertación del contrato de fianza, el banco tiene información que los fiadores no tienen sobre su propia capacidad de pago; o sea, que al tiempo de la concertación, el establecimiento de crédito tenía conocimiento de ciertos hechos de los cuales se derivaba que el pago era incierto.

Frente a este cambio de rumbo, una vez más, la doctrina ha reaccionado de modo diverso. Pierre Crocq afirma que la Casación parece haber sustituido una responsabilidad fundada sobre la desproporción objetiva, independientemente del conocimiento que el fiador podía tener, por una responsabilidad fundada en un defecto de conocimiento sobre las posibilidades de cumplir, lo que supone imponer al banco una obligación de información cuando el banco tiene conocimiento de las débiles posibilidades del deudor para cumplir la obligación. Sin embargo, aclara, esto no es ninguna novedad, puesto que la existencia de este deber de consejo ya había sido afirmado por el tribunal en anteriores resoluciones. Desde este punto de vista, lo nuevo es que a partir de esta sentencia, al banco se le podrá reprochar no haber informado al fiador sobre los riesgos de la operación garantizada, aún si ella era económicamente viable ab initio, si tenía información ignorada por el fiador que hacía incierto el éxito de esta operación en el futuro (96). Parece, entonces, que la Casación transforma la responsabilidad por violación del principio de proporcionalidad en una responsabilidad fundada en una obligación de información cuya existencia ya había reconocido anteriormente pero que ahora ha extendido. Concluye que la jurisprudencia Macron está en gran parte abandonada, y este abandono provocará que la responsabilidad bancaria será raramente admitida tratándose de directores experimentados, porque a éstos casi siempre se les puede imputar haber tenido la posibilidad de conocer los riesgos de la operación garantida. En su opinión, probablemente este cambio jurisprudencial obedeció a que después de la modificación del art. 2024 por la ley del 29/7/1998, el tribunal entendió que la jurisprudencia Macron ya no era necesaria, que su utilidad era meramente residual. Advierte, sin embargo, que bien leída, podría decirse que la sentencia del 8/10/2002 no abandonó el principio de la necesaria proporción entre el fiador y sus posibilidades de pago, aun cuando ha reducido considerablemente el ámbito que

---

(96) El deber de información del banco respecto de los fiadores ha sido puesto seriamente en duda por la doctrina. Para las diferentes posiciones, ver Houtcieff, Dimitri, "Contribution à l'étude de l'intuitus personae", n° 1, p. 8, en Rev. Trim Droit Civil, 2003.

permite tenerla en cuenta. Se podría pensar que el principio de proporcionalidad estaría totalmente abandonado sólo si el fiador tenía un conocimiento similar al del banco. Señala, además, que en este caso, la Casación tuvo especialmente en cuenta que el éxito de la operación caucionada era susceptible de conferir un enriquecimiento a los garantes.

Por otro lado, y en apoyo de quienes sostienen que la Macron no ha sido abandonado, se recuerda que el 1/10/2002 en decisión n° 1528 recaída "in re": Banque Nationale de París c. Burtin (97), el tribunal rechazó un recurso de casación contra una sentencia que había declarado ineficaz una fianza. En el caso, Burtin se había constituido en deudor solidario de una sociedad, afectando a favor del banco una serie de títulos cotizables en bolsa. Cuatro meses después de haber otorgado la garantía, la sociedad cayó en quiebra. Demandado por el banco, adujo error sobre la solvencia de la deudora. La Cámara de apelaciones declaró la ineficacia de la fianza. Para ello tuvo por probado: (a) que el fiador había entendido que tomaba el riesgo de ayudar a la sociedad en dificultades, pero no a una empresa irremediablemente comprometida al momento de garantizar la deuda; (b) que el banco, por tener relaciones con esa sociedad desde hacía muchos años, no podía ignorar que al momento de la fianza la sociedad estaba, irremediablemente, en irrecuperable cesación de pagos. La Casación dijo que es potestad soberana de los jueces determinar si la solvencia del deudor fue o no una condición determinante del convenio; por consiguiente, habiendo fundado razonablemente su decisión en que la fianza había hecho de la solvencia del deudor principal una condición tácita de la garantía, el tribunal de grado había legalmente justificado la decisión de anulación de la prenda y la casación debía ser rechazada. El anotador del fallo sostiene —en afirmación que puede discutirse— que dado que la solvencia del deudor principal es un motivo normalmente determinante de la fianza, es el acreedor quien, para mantener la fianza, debe probar que el fiador conocía la insolvencia del deudor.

### III. La cuestión en el derecho alemán

#### *a) Presentación de la situación general.*

Relata Witz que en Alemania, como en Francia, los conflictos judiciales planteados por las fianzas son particularmente numerosos; en los últimos

(97) La sentencia se reproduce en *La Semaine juridique*, 30/4/2003, p. 791, II 10.072, con nota de Buy, Frédéric, "Cautionnement. Nullité du cautionnement pour erreur de la caution sur la solvabilité du débiteur principal"; también en *Recueil Le Dalloz*, 19/6/2003 N° 24/7121 pág. 1617, con la nota de Picod, Yved, "L'erreur de la caution sur la solvabilité du débiteur prise en considération".

años, una buena parte de esos casos corresponden a fianzas otorgadas por profanos, parientes o cónyuges del deudor principal, que se han constituidos en garantes en beneficio de bancos por créditos de están muy por encima de su capacidad financiera. Esa garantía, de hacerse efectiva, les obligaría a pagar al banco, durante largos años, o quizás durante toda su vida, la parte embargable de sus magros recursos (98).

Para evitar este efecto, los jueces alemanes, instados por la Corte Constitucional federal, han controlado y sancionado las cauciones excesivas a la luz del art. 138, párrafo I del BGB que declara nulo todo acto contrario a las buenas costumbres. Se ha llegado a decir que actuando de este modo, sancionando los llamados "contratos estrangulatorios" como actos inmorales por ser contrarios a la libertad económica, los jueces alemanes prefieren el Estado social a la seguridad jurídica (99).

*b) Un aspecto singular de la jurisprudencia alemana: la solución a través de los principios constitucionales. Una sentencia paradigmática.*

El 19/10/1993 (100), el Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional alemana) emitió una decisión que puede calificarse de verdadero leading case: un padre era deudor de un préstamo de 100.000 marcos que utilizó en su actividad de agente inmobiliario; su hija de 21 años se constituyó en fiadora; no tenía ninguna calificación profesional, la mayor parte del tiempo estaba sin trabajo, y cobraba el seguro de desempleo; al momento de la ejecución de la fianza trabajaba como obrera de una fábrica donde cobraba 1150 marcos netos por mes; además, se había casado, luego se había separado del marido y tenía a su cargo a tres hijos, a quienes debía cuidar, encontrándose en graves dificultades económicas. En la ejecución contra la fiadora, la Corte Federal había declarado la validez de la garantía con un argumento por demás ortodoxo: siendo mayor de edad, debía conocer los riesgos de este tipo de contrato. Sin embargo, la Corte Constitucional anuló la decisión. La idea fuerza que gobierna el fallo es la siguiente:

La interpretación de la cláusula general contenida en el art. 138 del BGB debe hacerse a la luz de las garantías constitucionales que garantizan la

(98) WITZ, Claude, y FURKEL, F. "Chronique de Droit civil allemand", Rev. Trim. Droit Civil, 1994-449.

(99) WITZ, Claude, y FURKEL, F. "Chronique de Droit civil allemand", Rev. Trim. Droit Civil, 1997-277.

(100) La sentencia, en texto en italiano, se publica en La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1995 PP 197, con nota de Barengi, Andrea, "Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco".

autonomía privada y la libertad contractual como derecho de autodeterminación de cada uno en el ámbito jurídico. A veces, la superioridad económica de una de las partes contratantes es tan fuerte que puede determinar el contenido del contrato, estando la otra parte sometida a una verdadera inmisión extranjera, en la que prácticamente "hipoteca su futuro", desde que estará obligada por siempre, perpetuamente. En tales casos, hay que dar preeminencia a la cláusula constitucional que otorga el derecho al desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana (art. 1° I y art. 2° I de la constitución alemana).

Sin embargo, no debe creerse que el juez puede intervenir toda vez que exista desigualdad contractual; esto sería eliminar la autonomía de la voluntad en perjuicio de la seguridad jurídica; sólo cuando las relaciones dejan transparentar una subordinación estructural de una de las partes del contrato frente a la otra, el orden jurídico debe reaccionar y prever los correctivos para que no exista una carga inhabitualmente pesada para la parte débil. Son los tribunales de grado los que deben merituar si esa carga es anormalmente pesada y visiblemente desequilibrada; en estos casos, los tribunales no pueden limitarse a decir "un contrato es un contrato" (101).

En suma, cuando los jueces interpretan los conceptos del derecho privado no pueden desentenderse de los principios fundamentales que inspiran los derechos constitucionales.

### *c) Los efectos horizontales de las garantías constitucionales*

Para algunos autores, la sentencia reseñada recepta el llamado *Drittwirkung*; es decir, las garantías constitucionales no son sólo oponibles al Estado (efecto vertical) sino también a otros particulares (efectos horizontales) (en el caso, fiador-banco) (102). Nappi, en cambio, piensa que como la Corte advierte el peligro de la aplicación horizontal sin límites, se apoyó

(101) WITZ, Claude, y FURKEL, F. "Chronique de Droit civil allemand", *Rev. Trim. Droit Civil*, 1994-451.

(102) ALPA, Guido, "Libertà contrattuale e tutela costituzionale" en *Riv. Critica del Diritto Privato*, 1995 p. 52; Lima Marques, Claudia, "Los contratos de crédito en la legislación brasileña de protección del consumidor", en *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 18, abril-junho 1996, ps. 53-76. (La versión originaria de este artículo se presentó a la Cinquième Conférence Internationale de Droit de la Consommation, organizada por la Osgoode Hall Law School de la Universidad de York, en Toronto, Canadá, el 27 de mayo de 1995).

en los principios de la ley civil (buena fe, buenas costumbres) y ordenó que se apliquen esos estándares legales, sólo que interpretados a la luz de los principios constitucionales (103).

d) La reacción doctrinal comparada frente a la sentencia alemana.

- La talentosa jurista brasileña Claudia Lima Marques (104) califica a la sentencia alemana de revolucionaria. Explica que la solución está vinculada estrechamente a esta idea básica: al lado de la protección económica del consumidor, deben protegerse sus derechos de la personalidad. La Corte Constitucional ordena a los tribunales inferiores controlar el contenido de los contratos de créditos bancarios y determinar si existe o no un súper endeudamiento (*Überschuldung*).

Relata que las instituciones bancarias defendieron estas garantías diciendo que son necesarias para evitar que los patrimonios se transmitan entre las personas de una misma familia en fraude de sus acreedores, pero la Corte Constitucional rechazó esta argumentación.

Explica que en Brasil, no obstante la extensísima legislación de protección de los consumidores, no existen normas relativas a las garantías del crédito. Ninguna norma prohíbe que se utilicen letras de cambio, ni que se acumulen varias garantías en favor del mismo contrato. En este contexto, la libertad es casi total, sólo limitada por el principio de buena fe y por la obligación de informar sobre las existencias de tales garantías. Pronostica que el derecho brasileño puede evolucionar en el mismo sentido que el europeo.

- En Italia, Di Majo afirma que el recurso a la buena fe en la negociación fue sólo una fórmula descriptiva, pues en realidad lo que interesa a la Corte Constitucional alemana es la situación de disparidad económica de las partes (105).

---

(103) NAPPI, Filippo, "Recenti indicazioni della giurisprudenza tedesca in tema di prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante", *Rev. Banco, Borsa e Titoli di Credito*, 1996, p. 199. El trabajo también se reproduce en *Studi sulle garanzie personali*, p. 112 y sigtes., Torino, ed. Giappichelli, 1997, con el título "Prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante: gli interventi del Bundesverfassungsgericht ed un distinguo del Bundesgerichtshof".

(104) LIMA MARQUES, Claudia, "Los contratos de crédito en la legislación brasileña de protección del consumidor", ps. 53-76, en *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 18, abril-junho 1996.

(105) DI MAJO, Adolfo, "Libertà contrattuale e dintorni", p. 16, en *Riv. Critica del Diritto Privato*, 1995.

- Para Nappi, lo que el tribunal constitucional dice a los jueces de grado es: el ordenamiento civil contiene estándares que le permiten reaccionar contra la estructural disparidad de las partes; por eso, incurre en violación constitucional la decisión del juez de grado que no afronta, o afronta con medios inidóneos la posibilidad de intervenir corrigiendo el contenido contractual abusivo, producto de una estructural disparidad de fuerzas contractuales (106).

*e) La jurisprudencia alemana posterior a la sentencia del 19/10/1993.*

Explica Lebon que aunque la Corte Federal (Bundesgerischshof) aceptó la decisión de la Corte Constitucional reseñada, las salas civiles IX y XI desarrollaron cada una su propia doctrina respecto a cómo y cuando se sanciona la desproporción en los contratos de fianza, convirtiendo la protección del fiador vulnerable en uno de los tópicos más discutidos en el Derecho privado alemán. Ambas salas tienen muchas discrepancias (107), pero han logrado unificar algunos criterios; así, por ej., por decisión conjunta del 27/1/2000, establecieron que la desproporción debe valorarse atendiendo exclusivamente a la situación financiera del fiador, y no a la del deudor (108).

Lo cierto es que en el grupo de casos (fallgruppen) que siguieron a la decisión constitucional, la jurisprudencia ha venido haciendo algunas distinciones; así, por ej., ha tenido en cuenta:

- El tipo de garantía otorgada: las garantías ómnibus convierten al fiador en un verdadero "socio" del deudor, a quien se suma en todas sus desventuras, por lo que deben ser analizadas con mayor rigor.

- La existencia de culpas más o menos graves en el banquero y el interés del fiador en el préstamo otorgado: el banco debe haber sido consciente de que el fiador no tenía posibilidad de afrontar esa deuda; tal conoci-

---

(106) NAPPI, Filippo, "Recenti indicazioni della giurisprudenza tedesca in tema di prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante", p. 199, Rev. Banco, Borsa e Titoli di crediti, 1996.

(107) Ver Nappi, Filippo, "Recenti indicazioni della giurisprudenza tedesca in tema di prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante", p. 194, Rev. Banco, Borsa e Titoli di crediti, 1996.

(108) LEBON, Caroline, "Vorlagebeschluss of June 29, 1999, The protection of vulnerable sureties as to German, French, Belgian, Dutch, English and Scottish Law", en Rev. Européenne de droit privé, 2001-2-417.

miento se presume, sobre todo, cuando la fianza ha sido otorgada por el cónyuge, habiéndose trasladado un empleado del banco al domicilio conyugal. Aún así, la fianza no debe ser anulada si el préstamo se otorgó para la adquisición de un bien que pertenece a ambos cónyuges, pues hay que distinguir según el fiador tenga o no un interés inmediato en la obligación principal; en función de estas particularidades, se declaró válida una fianza dada por la cónyuge, que no tenía trabajo fuera del hogar (se quedaba en su casa para cuidar sus dos hijos), pero que en un futuro inmediato podía tener un trabajo que le permitiese afrontar la garantía de 50.000 marcos (109). En cambio, en 1994, declaró ineficaz la fianza constituida por una mujer en favor de su marido, fuera de toda actividad profesión, que tenía tres hijos a los que cuidaba, que luego se divorció, y que debió soportar una ejecución en esa situación; el tribunal valoró que debido al divorcio, no existía el peligro de la transferencia de patrimonios, argumento justificativo utilizado por los bancos en su defensa) (110).

Finalmente, señalo que en la mayoría de los casos se trataba de cauciones prestadas en documentos pre-redactados en serie, por lo que la cuestión se ha vinculado siempre a la teoría de las cláusulas abusivas y, como se ha dicho con acierto, "el control abierto del contenido de las condiciones generales del contrato constituye una página de gloria en la jurisprudencia alemana" (111).

*f) Una reacción legislativa.*

En la misma tendencia, debe recordarse que para los negocios jurídicos que puede celebrar el menor con el consentimiento de sus padres, o éstos por el menor, el 13/5/1996, el Tribunal Constitucional dictó una resolución por la que imponía al legislador modificar la ley con el fin de impedir un excesivo endeudamiento del menor; pues bien, el legislador respondió adecuadamente con la ley del 1/1/1999 (112).

---

(109) Caso relatado por Witz, Claude, y Furkel, F, "Chronique de Droit civil allemand", Rev. Trim. Droit Civil, 1995-706.

(110) Decisión del 5/1/1995, IX ZR 85/94, Karlsruhe, in: WM (Frankfurt), n. 6, p. 237 sigtes., citada por Lima Márques.

(111) Raiser, cit. por Rieg, Alfred, "La lutte contre les clauses abusives des contrats. Esquisse comparative des solutions allemande et française", p. 232, en Études offertes à René Rodière, Dalloz, 1981.

(112) Ver Schwab, Dieter, Löhnig, Martin, "La legge sulla limitazione di responsabilità del minore", p. 1215, en Responsabilità civile e previdenza, 2000.

#### IV. La cuestión en Inglaterra

El "leading case" en la materia es *Barclays Bank c. O' Brien* (113), resuelto en 1994 por la House of Lord.

O'Brien era titular de importantes partes de una compañía; esa empresa debía a un banco sumas provenientes de descubiertos en cuenta corriente. Transó con el banco que se aumentara el descubierto a cambio de una garantía consistente en una hipoteca sobre un inmueble, sede del hogar conyugal, que él tenía en condominio con su esposa. El gerente del banco dio instrucciones precisas al personal: ambos cónyuges debían estar plenamente informados y ser conscientes de la naturaleza de la documentación que firmarían; además, debía aconsejárseles consultar a sus abogados antes de firmar. El empleado del banco no siguió esas instrucciones y la señora O'Brien suscribió la documentación sin ni siquiera leerla. El descubierto aumentó y el banco inició un juicio contra ambos. Ella invocó que había sido inducida a firmar por influencia indebida de su marido y que lo había hecho por error. En autos se acreditó que el señor O'Brien le dijo a su esposa que la deuda llegaba sólo a 60.000 libras esterlinas y que sería cancelada en un tiempo breve.

El tribunal declaró nula la garantía otorgada por la esposa. Entre otras razones, se tuvo en cuenta que si bien el señor O'Brien tenía interés en la compañía cuyas deudas garantizó con la vivienda, la señora O'Brien no tenía ningún interés pecuniario inmediato en esas obligaciones. En definitiva, se imputó al banco no haber asumido las diligencias para asegurarse de que la señora fuese informada.

---

(113) El caso es relatado por Lebon, Caroline, "Vorlagebeschluss of June 29, 1999, The protection of vulnerable sureties as to German, French, Belgian, Dutch, English and Scottish Law", en *Rev. Européenne de droit privé*, 2001-2-436 y ss. En un número posterior (2002 n° 4 p. 509 y sigtes.), la revista reiteró el análisis de esta cuestión, con un artículo de Siems, Mathias, "No Risk, No Fun?. Should Spouses be advised before Committing to Guarantees? A comparative Analysis". La decisión también ha sido comentada por Gino Van Roeyen, M. Ferrari, Bruno Inzitari y Nicolas Geelhand, en *Rev. Européenne de droit privé*, 1996-1-263; por Janet O' Sullivan, "Undue Influence and Misrepresentation after O'Brien: Making Security Secure", en obra colectiva bajo la dirección de Francis Rose, *Restitution and Banking Law*, Oxford, ed. Mansfield Press, 1998, ps. 42/69; en la misma obra, también se incorporan trabajos de Virgo, Graham, "Undue Influence and Misrepresentation after O'Brien: Making Security Secure", *Commentary* (ps. 70/77) y de Kit Barker, O'Brien. "Notice and the onus of Proof" (ps. 78/88). Para las diferencias con la jurisprudencia escocesa, ver Forte, A.D.M., "Good Faith and Utmost good faith: insurance and cautionary obligation" in *Scotz Law*, en *Good Faith in Contract and Property Law*, Oxford, ed. Hart, 1999, p. 89 y sigtes.



El razonamiento de Lord Browne-Wilkinson fue el siguiente: cuando una persona que cohabita con otra se constituye en garante de las deudas de su pareja:

1. la obligación de garantía es válida y ejecutable por el acreedor, a menos que la garantía haya sido obtenida por influencia indebida, dolo u otro tipo de conducta indebida del deudor principal.

2. si ha existido influencia indebida, dolo u otro tipo de conducta indebida del deudor (114), salvo que el acreedor haya tomado razonables pasos para estar seguro de que el garante ha prestado su consentimiento libremente y con verdadero conocimiento de los hechos, el acreedor no podrá ejecutar la obligación del fiador, porque éste puede oponerle como defensa la de mantenerse como sujeto ajeno al negocio.

3. salvo la existencia de especiales y excepcionales circunstancias, se considera que un acreedor ha tomado razonables pasos para evitar esa defensa del garante, si realizó una reunión en la que no participó el deudor principal, en la que explicó al garante el monto de su potencial deuda y los riesgos que envuelve, y en la que aconsejó hacerse asesorar por un profesional independiente.

En suma, un banco debe ser conciente que una relación emocional entre dos personas que conviven (por ej., dos esposos, padre e hijo, etc.) implica el riesgo de una influencia indebida de uno sobre el otro. Por lo tanto, cuando uno se obliga por el otro, debe tomar medidas para asegurarse que no ha existido esa influencia indebida. Si ha tomado esas medidas, recién entonces podrá ejecutar los bienes, aunque sea la vivienda.

La decisión, se ha dicho correctamente, "da un buen ejemplo de cómo el hecho de prestar dinero de modo seguro no es una cosa simple; por el contrario, exige que ese negocio sea dado diligentemente, cuidadosamente, honestamente y tomando todas las previsiones. Las entidades de crédito tienen hacia la sociedad la obligación de proteger a los deudores contra sí mismos. Vivimos en un mundo real y no en un mundo de sueños; este es el mensaje que la House of Lord da a las entidades de crédito".

---

(114) Soy consciente que los términos "indue influence, misrepresentation or other legal wrong of the principal debtor" usados en el fallo no están exactamente traducidos; no obstante, razones de simplificación del lenguaje y la naturaleza de este trabajo me impiden mayores precisiones. Estas dificultades idiomáticas han sido señaladas por Mariangela Ferrari en su comentario a la decisión (*Rev. Européenne de droit privé*, 1996-270).

### V. A modo de conclusión provisional

Las nuevas prácticas bancarias muestran la insuficiencia de las reglas tradicionales de protección de los garantes "débiles". Pareciera que en tiempos de catástrofe, y frente a casos excepcionales similares a los relatados, como decía el presidente de los EE.UU. Franklin Roosevelt, "algo hay que hacer". Recordemos con Denis Mazeaud que "el contrato es un crisol donde se encuentran los intereses comunes de los contratantes y, como tal, no puede ser ni la sede de un individualismo exacerbado, ni el terreno de un altruismo negador de los intereses particulares. Pero teniendo como base la ética contractual, que conjuga las virtudes de solidaridad y lealtad (valores que no son incompatibles con los imperativos de previsibilidad y la seguridad) esta unión de intereses convergentes cristalizada en el contrato debe traducirse, necesariamente, en el respeto mutuo de los contratantes y en un equilibrio mínimo" (115).

Este equilibrio mínimo ha sido entendido por los bancos —generalmente empresas multinacionales— en los países europeos; ninguna entidad financiera se fue de Inglaterra, Alemania o Francia invocando que la jurisprudencia comentada generaba inseguridad. No deberían haber razones para que no lo comprendan en Latino América, región tan necesitada del crédito. En suma: si los jueces argentinos aplican con prudencia y atendiendo a las especiales circunstancias del caso reglas análogas a las enumeradas a lo largo de estas líneas (116), no debe temerse que ahuyenten a los entes que intermedian en la inversión y el ahorro; el banquero diligente, razonable, no deja un país cuando un juez nacional verifica conductas incorrectas, sino cuando el sistema económico jurídico está privado de toda seguridad jurídica. ♦

---

(115) MAZEAUD, Denis, "La protection par le droit commun, en Les clauses abusives entre professionnels", p. 34, París, Económica, 1998.

(116) La solución puede extraerse de los principios generales integrantes de nuestro sistema normativo, especialmente, los de buena fe, orden público, buenas costumbres, etc. (ver arts. 21, 1198, 954, etc.).

# EL GENOMA HUMANO Y EL DERECHO CIVIL, PREFERENTEMENTE EN EL ÁREA DE LA PERSONA

POR SANTOS CIFUENTES (\*)

## Bases introductorias

*1. El progreso científico y tecnológico, puesto en la mira del control ético y filosófico generacional. ¿Todo avance, todo descubrimiento, es siempre deseable y positivo para la humanidad? ¿El avance de los científicos debe ser libre y sin cortapisas; es autónomo y desprovisto de control externo? Estas dos preguntas no se hacían hace un siglo y hasta hace apenas unos sesenta o setenta años. Nadie podía ni debía detener el progreso y las investigaciones científicas, sin ser considerado un oscurantista o un negativo factor del bien de la humanidad. El escritor norteamericano trascendentalista Ralph Emerson, en el siglo XIX, estimando que dentro del hombre estaba la divinidad, decía: "Debes saberlo todo, debes atreverte a todo".*

El desarrollo de la energía atómica y sus implicancias fue un primer cimbronazo, después de la segunda guerra mundial del siglo XX, que hicieron necesarias aquellas preguntas, y también la posterior creación bélica de armamentos de destrucción masiva, con elementos y sustancias de propagación de enfermedades mortales y destrucción del medio ambiente. Pero quizá los descubrimientos genéticos y la utilización de la ingeniería genética, tienen todavía mayor repercusión para rodear de interrogantes, impulsar prohibiciones e imponer estrecha vigilancia jurídica a la ciencia y a la técnica. Esos adelantos y descubrimientos que se piensa que esconden una faz negativa y peligrosa, tuercen y profundizan la mirada de los humanistas, los que ya no se conforman con el progreso científico

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 26 de junio de 2003.

incontrolado, y hasta penetra en la apreciación de los mismos científicos que empezaron, ellos también, a interrogarse y a formar asociaciones y movimientos internacionales de estudio y prevención ¿Podrá decirse, como se preguntó ya en la década del sesenta del siglo anterior Alex Huxley, que los científicos han adquirido el inmenso poder de dirigir y cambiar el mundo?; o, ¿es el miedo al cambio lo que produce fuerzas de retroceso capaces de impedir el avance científico, enraizadas dentro del temor de los mismos científicos ante el vasto panorama de posibilidades que empiezan a flaquear frente a los desarrollos abstractos de sus nuevas fronteras investigativas? Si se acepta el apotegma de Marcuse, según el cual, la sola decisión y aplicación tecnológica es una ideología, pues las aplicaciones técnicas importan un dominio sobre la naturaleza, sobre los hombres; un dominio "metódico, científico, calculado y calculante" (ver su cita en Angela Aparisi Miralles en la bibliografía final), la respuesta de los propios científicos se llena de zozobra y precaución. No obstante, la perspectiva actual del mundo, muestra que el avance de la ciencia genética y sus técnicas sigue, cualquiera sea su costo para las generaciones actuales y aun frente a la futuras.

En ese sentido de la alarma y de la necesidad de controles éticos y jurídicos, se ponen especialmente en pantalla las manipulaciones genéticas germinales y la clonación. Adelanto que aquí no trataré este segundo tema de la clonación. Pero, antes de dejar planteadas las propuestas que se han dado respecto del primero, recordaré sumariamente los aspectos científicos implicados y las muy diversas materias del derecho civil en las que, ese avance científico sobre el genoma humano, produce notable incidencia y proyecta un futuro de importantes modificaciones.

*II. El genoma humano, aspectos científicos actuales y la posible manipulación genética.* A modo de comprensión terminológica, siguiendo a Aída Kemelmajer de Carlucci, aclaro que: a) *Genotipo* es la constitución genética de un individuo; b) *Fenotipo* es el genotipo del individuo en un ambiente determinado; c) *Ambiente*, es todo lo que no puede ser incluido en el genotipo; d) *Factores ambientales*, son los biológicos (físico y químicos) y los culturales.

En 1953 los científicos James Watson y Francis Crick—Premios Nobel de fisiología en 1962— enunciaron la "doble hélice" que explica la estructura de la molécula del ADN, (ácido desoxirribonucleico), idéntica en todas las células de seres vivos de la misma especie. Se trata de cuatro sustancias

químicas —bases nitrogenadas— en forma de escalera de caracol, en la que cada peldaño está formado por dos de esas bases que conforman las “letras químicas”: G, C, A y T (Guanina, Citosina, Adenina y Timina), las cuales codifican el modo de funcionar del organismo, y aparece así lo que se llama el “libro de la vida”: 500 volúmenes de 1000 páginas, con un promedio de 1000 palabras de seis letras por página. Cada ser humano tiene un patrón genético único, constituido, se piensa, por una sola o dos diferencias entre los millones de letras químicas; desde el punto de vista operacional, informa Leroy Hood, nuestro genoma consiste en una sola frase de 3000 millones de caracteres, dividida en 24 trozos (los cromosomas) cuyo tamaño va de 45 a 280 millones de caracteres. En esa escalera de caracol —de 3000 a 3500 millones de escalones del genoma humano o subunidades de ADN, con 150.000 secuencias— solo un 10% de esas secuencias conforman genes con instrucciones que porta el organismo desde el embrión hasta la muerte. Las palabras del ADN son los genes. Estos codifican las proteínas (que son los bloques moleculares con los que se construye la vida). Genes y proteínas se agrupan en los sistemas biológicos que ejecutan las funciones vitales: corazón, cerebro, riñones etc.

Ya en 1970 se consideró que se había llegado a “la nueva genética” con las “técnicas del ADN recombinante”, o sea la posibilidad de transferir y combinar una bacteria que hace de vector en una célula huésped, para multiplicarse y formar una nueva estructura genética. Vinieron después operaciones sobre el material genético, permitiendo pensar en los futuros experimentos que, entre 1975 y 1985, desarrollaron técnicas moleculares de fragmentación, hibridación, transferencias, clonación, selección en el campo génico, corte de moléculas de ADN, lectura de mensajes genéticos. Una noticia periodística del 15 de abril del corriente año 2003, nos ilustra que científicos de seis países han descifrado ya la secuencia completa del genoma humano, adelantándose en dos años a lo que se esperaba, y solo falta identificar la totalidad de las secuencias que conforman los 30.000 o 35.000 genes que se cree contiene el ser humano. Apenas, se señala, 15.000 más que la lombriz llamada intestinal. Hood hace esta pregunta: ¿cómo nos arreglamos con apenas un tercio más que ese simple gusano? Además, en el libro de la vida no hay palabras que especifiquen razas. Tanto así que dos negros pueden diferir más entre sí que un negro y un blanco, luego el concepto de raza no es genético sino cultural. Por otra parte, los sistemas biológicos fundamentales de genes y proteínas del hombre, los peces, las moscas y la levadura comparten una gran cantidad de palabras, si bien varían en la forma como se escriben, lo que indica la existencia de

un solo antepasado común, del que descenderían todas las formas de la vida. Finalmente, se observa que el libro del hombre contiene 200 genes derivados de otros organismos, por lo que nuestros genes no se transmiten verticalmente de generación en generación, y la evolución parece que también se da en un contexto horizontal.

Ante todo, lo que preocupa y es materia en la que se considera que el derecho tiene que actuar, es lo que se ha llamado la manipulación genética, la cual se traduce en trabajar con los genes mediante la técnica de la ingeniería genética, modificando los caracteres naturales del patrimonio genético de un organismo, como es la creación de nuevos de genotipos mediante la transferencia de un segmento específico de ADN.

En el orden terapéutico, hay dos clases de terapias:

a) La *somática* o terapia génica para curar enfermedades en seres desarrollados: extraer células de un organismo y modificar sus genes para eliminar una determinada patología. No producen alteraciones que se transmitan a la descendencia y no cambia la globalidad del genoma de un ser humano. Siguiendo a Salvador Darío Bergel, es posible: 1. hacer una modificación genética (corrección de parte de un gen anómalo para que vuelva a funcionar); 2. realizar una sustitución genética (reemplazar un gen anómalo por uno normal); 3. efectuar una inserción genética (introducir un gen normal de modo de que se elabore el producto génico necesario, sin desplazar al gen anómalo de su sitio). A partir de ahora, con el programa genoma se podrá estudiar un sistema biológico en las interacciones de todos sus componentes, en vez de investigar como hasta ahora se ha hecho un gen o proteína por vez. Luego, en los próximos años se pasará del modelo reactivo con la consulta médica por sentirse enfermo y requerir la cura, a un modelo sistémico de medicina predictiva, preventiva y personalizada.

b) La *germinal*, en la que están interesadas las células que transmiten la herencia y que suele hacerse en los primeros estadios embrionarios. La terapia génica en línea germinal trata, generalmente, de curar una patología del embrión. A la par se puede actuar modificando los caracteres que se transmiten a los descendientes, lo que puede ser utilizado para una finalidad propia de la eugenesia (produciendo hombres "a la carta" y potenciando las características que se desean. De ahí ha nacido el llamado derecho a ser producto de una casualidad), o experimentalmente para la creación de híbridos —hombre/animal— o para la clonación, que, como

ya dije, son dos aspectos muy discutidos y transitados hoy, a los que no me referiré en esta comunicación.

Desde luego, la terapia génica somática es ampliamente aceptada y no hay normas de prevención en las declaraciones internacionales ni en las legislaciones internas de los Estados. En cambio, la germinal ha sido cuestionada, y legislativamente en muchos casos están prohibidas las intervenciones que afecten la línea germinal. Tanto así que se ha considerado que no es clara la orientación del Proyecto Genoma Humano de 1997, pero Bartha Knoppers, Rodotá y entre nosotros Bergel dicen a mi juicio con razón, que debe hacerse una distinción importante según el objetivo de la intervención: la que tiene una finalidad terapéutica (permitida) y la que no tiene esa proyección (prohibida). Sobre esto último, sin embargo, Ciuro Caldani ha observado la tensión existente entre el misterio de las proyecciones futuras y la realidad que avanza. Dijo: "Parece claro que al menos por el momento el temor ante las posibilidades sorprendentes, hasta cierto punto "misteriosas", llevará a disposiciones prohibitivas, pero también sabemos que el empuje de las fuerzas históricas, que arraigan en la grandiosa fuerza dinámica de Occidente, puede terminar venciendo esas prohibiciones". Y, comenta en nota: "Tal vez, el hombre occidental, que tanto viene haciendo para diferenciarse de la naturaleza, encuentre ahora un nuevo título para replantear en profundidad su relación con ella".

Se ha dicho, y esto es importante, que el genoma no tiene solo una dimensión bioquímica, puesto que cambia en la trayectoria de la vida del ser humano, con estímulos orgánicos, psicológicos, en su hábitat natural. De ahí, pienso, la importancia del fenotipo y cómo todo no ha de reducirse al plano genético individual.

*III. Reacciones tutelares internacionales.* Diversas han sido las expresiones del mundo, especialmente europeo, que vienen poniendo especial cuidado en elaborar principios, que comprometan la investigación y restrinjan la aplicación de los conocimientos genéticos. En resumen recuerdo las siguientes:

El Consejo de Europa en 1982 emitió una Recomendación referida a la ingeniería genética: la intangibilidad de la herencia genética frente a intervenciones artificiales. En Recomendación 1046 de 1986, la Asamblea de Europa permite la experimentación en embriones inviables; pero en la Recomendación 1100 de 1989, amplió la admisión de la investigación sobre fetos vivos inviables.

El Parlamento de la Comunidad Europea en 1989, dictó una Resolución que en el área de la ingeniería genética respecto de la línea germinal, prohíbe recomponer arbitrariamente el programa genético de los seres humanos; exigió que se legisle la penalización de las transferencias de genes a células germinales; incitó a definir el estatuto del embrión humano, para asegurar la protección de la identidad genética; sostuvo que una modificación parcial de la información hereditaria es irresponsable e injustificable falsificación de identidad, que calificó de bien jurídico personalísimo; estableció que debían revisarse los conceptos de "enfermedad y defecto genético", para evitar que no sean consideradas tales a las meras alteraciones de carácter génico. Se ha observado críticamente que en el cúmulo de estas orientaciones prohibitivas, no se distinguió debidamente entre intervenciones terapéuticas de las no terapéuticas.

El Consejo de Europa en 1991 aprobó una Recomendación para que se celebre una Convención sobre Bioética, la cual, aprobada, elaboró un Proyecto que se publicó en 1994 y fue firmado en 1997, con carácter vinculante para la comunidad internacional-regional, pero abierto a cualquier Estado, el que fue titulado: "Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina". En él se permite la intervención Genética solamente cuando tenga carácter terapéutico. Puede verse su transcripción completa en el trabajo de Dolores Loyarte que cito en la Bibliografía final.

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 1993 dictó una Resolución sobre la necesidad de la cooperación internacional, para garantizar que la humanidad se beneficie de las ciencias de la vida y evitar una finalidad distinta. La UNESCO por resolución del 15/11/1993, creó la Comisión de Bioética e invitó a preparar un documento para la protección del genoma humano. La Conferencia de la UNESCO ha aprobado, con la presencia de 186 Estados, el 11/11/1997, la "Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos", adoptada por las Naciones Unidas el 9/12/1998.

*IV. La relación del genoma con el derecho en general y el alcance limitado de este estudio.* Desde antiguo se ha sostenido que el derecho atañe íntegramente al hombre, porque es éste el eje y centro de toda expresión jurídica. Pues bien, el genoma humano no es todo el hombre, pero puede considerarse que es mucho del hombre, por cuanto acorde con lo visto en las aproximaciones científicas expuestas, importa una parte sustancial de la constitución orgánica humana, interesando a su presente, pero también a su pasado y a su futuro. Se podría decir, desde un punto de vista estructural, que el



genoma es casi todo el hombre. Luego, se relaciona prácticamente con la mayoría de las fronteras del derecho privado. Su aplicaciones tienen que ver con la persona y sus derechos personalísimos (asuntos vinculados a la salud, a la intimidad, a los datos personales, a la identidad), con el derecho de familia (v. y g. prueba genética para investigar la filiación), con el derecho de los contratos (como las vinculaciones laborales y las posibles discriminaciones; los seguros de vida —test para detectar los riesgos o las contingencias de la salud—; test para el acceso a créditos hipotecarios; datos para el contrato de prevención y tratamiento de salud médica con la intervención de las llamadas empresas “prepagas”); con la responsabilidad por daños; con el derecho de propiedad industrial en el campo de las patentes.

Puede sostenerse que el ordenamiento jurídico civil se conmueve por completo, frente a las nuevas direcciones científicas y técnicas que investigan y tratan el genoma humano.

Voy a limitar mi comunicación, como ya adelanté, a lo relativo a la propia persona, porque no sería prudente ni científico pretender abarcar todo aquel espectro en poquísimas pinceladas que, a la postre, serían insustanciales. Pero, además, atenderé a la última expresión internacional referida de la UNESCO y Naciones Unidas de 1997 y 1998, que hasta ahora se mantiene en pie.

*V. La dignidad del ser humano.* La Declaración se abre con un capítulo inicial sobre “La dignidad humana y el genoma humano”, y establece, en el art. 1º, que en sentido simbólico “el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”. Esto significa, según el jurista uruguayo que presidía por entonces el organismo, Héctor Gros Espiell, que la idea simbólica del patrimonio de la humanidad, une los elementos colectivos del bien común y la justicia, con el personal, individual, de la dignidad y los derechos de la persona humana en relación con dicho patrimonio.

La dignidad del hombre, que no es un derecho sino una aportación superior a la que los derechos deben subordinarse, en mi concepto, y lo he sostenido ya en diversas ocasiones siguiendo importantes opiniones, tiene estrecha relación con el valor más precípuo que lo caracteriza, el cual es la autonomía, el derecho a elegir y disponer con determinación propia, en tanto no se dañe a terceros ni a la sociedad. Me refiero a la dignidad del hombre individual, cada persona en cuanto individuo, que es a lo que se debe apuntar cuando se habla en la Declaración de la “dignidad del ser humano”, por más de que otros autores hayan pensado extenderla a una pretendida dignidad genérica de la especie. Entiendo, pues, esa dignidad

como la capacidad de decisión moral de cada ser humano sobre lo que solo a él le concierne, especialmente si se trata de su cuerpo y de su salud.

Aun cuando se diga siguiendo aparentemente distinta filosofía, que la dignidad hace referencia al hombre integro en cuanto tal, por su dimensión inconmensurable con un fin en sí mismo, con independencia de su propia valoración personal, estimo que, como homo sapiens, no puede independizarse ese principio del criterio de autonomía que la Constitución Federal de Alemania puso en claro, dando base y fundamentación a los derechos humanos. Estos derechos no son concesión del orden jurídico pues le dan fundamento a ese orden jurídico, y son derivación del respeto a la dignidad del hombre. O sea que, las reglas constitucionales y los derechos derivan de esa dignidad y de su respeto, no a la inversa. Y: ¿qué es lo que da significado al ser humano en cuanto ser vivo en esta vida terrena? Su libertad de elección, su capacidad de decisión en los tramos que le pertenecen y que lo diferencian de las fuerzas vivas y de las esencias puramente animales. En cuanto a las personas que carecen de aptitud para decidir de su suerte (que se las suele llamar en los estudios bioéticos "incompetentes", lo que me parece francamente impropio), generalmente se suelen admitir sólo las intervenciones médicas que van dirigidas a su beneficio directo. La investigación científica (según el art. 17-2 de la Convención Europea sobre Bioética de Oviedo, 1997), se admite sobre ellos únicamente si la investigación produce un riesgo mínimo y una carga mínima para la persona, y siempre y cuando tal persona no hubiese podido manifestar su rechazo. Esta disposición ha sido muy controvertida.

La orientación expuesta impide reducir a los individuos a sus características genéticas, el genotipo y sus manipulaciones, y obliga a que se respete su carácter único y libre y también su diversidad, en particular por la importancia que tiene el fenotipo, los factores ambientales y culturales, de donde se proyecta su posición autónoma frente a la vida, la que se vive y se quiere vivir sin interferir la de los demás, es decir su dignidad de tal. Luego, se trata de la no discriminación por las solas características genéticas; de la no patrimonialización del genoma humano; de la precaución para el estudio y aplicación de terapias génicas a fin de que no sobrepasen el respeto de la dignidad; del consentimiento previo, libre e informado para toda práctica científica o investigación médica sobre la persona; de la confidencialidad como criterio de secreto y reserva, de toda información genética obtenida; de la libertad de investigación, pero con la exigencia de responsabilidades especiales que recaen sobre los investigadores de genética humana.

*VI. Cuerpo y salud.* Lo relacionado con el desarrollo, modificaciones, tratamientos, diagnósticos, curaciones sobre el organismo de los individuos, esta tratado en los arts. 5° a 9° del Capítulo B) de la Declaración de 1997 a que me refiero.

Estas normas exigen que los tratamientos o diagnósticos relacionados con el genoma humano, sean precedidos de una evaluación previa sobre los riesgos y las ventajas a lograr; que se recabe necesariamente el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Pero, además, la persona tiene el derecho de decidir si se le informa o no de los resultados del examen genético y de sus consecuencias. En cuanto a los incapaces e ineptos, se aplican los principios comunes de reemplazo en ciertos casos de la voluntad, pero se limitan las intervenciones posibles a los beneficios directos (criterio que en bioética se llama "principio de beneficencia").

Queda claro que solo el portador y titular de su genoma puede disponer los sistemas, tratamientos, investigaciones y test o pruebas de capacidad o salud, a los que habrá de someterse en ciertas circunstancias —ingreso en escuelas, universidades, contratos de trabajo y seguros, "cartilla" de enfermedades cubiertas por la mutual o empresa privada; en especial sobre la aplicación de los métodos de desarrollo, de cambio, de alteraciones y de tratamientos terapéuticos—. Antes, pues, de proceder, se debe contar con el consentimiento del titular, quien debe tomar la decisión libremente. Esto que parece de perogrullo pues es un axioma médico hoy universalizado, inclusive para tratamientos médicos e intervenciones comunes, sin embargo, debe ser puesto aquí particularmente de relieve, sobre todo respecto de los "test" referidos. Frente al conocimiento del genoma y las proyecciones futuras posibles que recaen sobre la vida orgánica del individuo, pudiéndose pronosticar la salud y las enfermedades, no es tan repetitivo ni convencional que la Declaración imponga el criterio de dignidad como ejercicio pleno de la autodeterminación del sujeto.

Pero es destacable que cualquier anomalía genética actual o futura que llegue a conocimiento de un tercero, puede producir discriminación en las relaciones contractuales o de cualquier otra clase en que la salud física o mental tenga un valor decisivo. De ahí la soberana decisión del portador como punto esencial de su respeto.

De tales decisiones soberanas y autónomas, en la Declaración se duda y prácticamente ha quedado excluida lo que se refiere a las células germinales (art. 24), aunque en una nebulosa de si se refiere solamente

tratamientos no terapéuticos. Creo que la finalidad de todo método e investigación es de suma importancia. Y una vez más acudo a Ciuro Cal-dani: "El conocimiento y la dominación del genoma humano pueden resguardar, más a su vez hay que amparar contra los peligros que traen aparejados. *Es importante asegurar un relevante grado de control de cada hombre sobre su información y su patrimonio genéticos*" (La bastardilla es mía).

Hay, a mi juicio, que descartar algunos de los argumentos que se han blandido para una exclusión total y absoluta en la línea germinal: así el de que no se debe atender contra la dignidad humana y el de que no se debe comprometer a las generaciones futuras. Me parece que lo de la dignidad corre por el carril de la autonomía, de manera que todo dependerá de la decisión libre e informada del dueño de su genoma, o, en todo caso, del que ejerce la representación legítima para el que no puede decidir por falta de aptitud racional y consciente.

En cuanto a lo de la incidencia sobre las generaciones futuras, esto si que sobrepasa a la autodeterminación, por ejemplo si en línea germinal se evita una anomalía genética que se trasladaría por herencia a las generaciones futuras, sin poder asegurarse siempre y en la hora actual, un resultado positivo. Creo que aquellas generaciones que vienen tendrán muchas más armas que las nuestras, para resolver los problemas genéticos que les dejemos planteados. Modificar, integrar, dar marcha atrás frente las herencias que vienen del pasado, si no son buenas según su valoración. Con mayor razón con objetivos terapéuticos cuando se intenta corregir anomalías germinales. Sostener que nuestra generación de científicos que estuviera en condiciones de sanar definitivamente una determinada herencia o status genético maligno, lo que a lo mejor tiene una evolución no conveniente, y que las venideras quedarían comprometidas por ello de modo irreversible, no parece admisible a la luz de los progresos cada vez más acentuados, porque esas generaciones que nos sucedan harán y modificarán lo que sea conveniente a su vida genética, ya en protección de su propia diversidad y fenotipo.

En efecto, si como enseña Bergel, se ve hoy como posible a corto plazo *modificar* un gen anómalo, *sustituirlo* por otro normal, e *insertar* un gen sin irregularidades que funcione reemplazando las del anormal, no se comprende como las generaciones futuras van a carecer de esas posibilidades y otras mucho más adelantadas, modificando y corrigiendo toda condición génica que viene de las generaciones anteriores. Luego, siempre que

la finalidad sea el avance hacia lo bueno, me parece que el mundo debe abrir las compuertas de la permisividad, aunque se tenga la incógnita, hoy por hoy, de la evolución y consecuencias futuras de esa corrección en línea germinal, tanto en el organismo que ha sido tratado, como en su descendencia. No se debería, a mi parecer, por esa incógnita que asienta en la falta de elementos para pronosticar la eficacia última del tratamiento, dejar de aplicarlo con una orientación sana terapéutica y en la medida de las actuales posibilidades correctivas, respetando por cierto la decisión personal intransferible del directo interesado y en nombre de sus representados. Me parece propio de lo que los bioéticos llaman "maleficencia", desamparar al paciente con una tara, anormalidad o dolencia, sin intervenir en sus proyecciones patológicas corregibles.

*VII. La intimidad o confidencialidad.* A través del estudio individual del genoma se pueden conocer tales aspectos que, como ha dicho también Bergel, el individuo se puede llegar a convertir en el hombre de "cristal". La intrusión en las historias clínicas lesibles, es desde ya inaceptable; quizá aquí sí el derecho penal tendría algo que decir. La divulgación debe ser rigurosamente prohibida y el principio de "confidencialidad" impuesto y respetado (La Declaración lo trae en el art. 7°).

La pregunta es ¿Hay límites para el resguardo del derecho a la intimidad relacionada con el genoma? Quizá solo podría encontrarse esa limitación en la indagación penal de ciertas conductas (v.g. la que se dirige al descubrimiento del robo de criaturas), y la que se dirige a la determinación de la paternidad y de la maternidad.

Además, el secreto médico, como ha dicho Vázquez Acuña siguiendo a T. H. Murray, adquiere en lo genético una dimensión de naturaleza única. Primero, porque el resultado descubierto afecta no solo al interesado directo, sometido a un test o a un estudio de ese carácter, sino que se expande a los que tienen con él una ligazón genética. También sobre los futuros parientes, puesto que las enfermedades de ese origen se transmiten a los hijos y a los que vienen verticalmente hablando. Ello aparte de que el test o prueba del conocimiento de las aptitudes y de la personalidad, no puede ser impuesto violentamente, una vez admitido y conocido puede afectar psicológicamente a la persona, por eso se tiene que respetar el derecho a no saber de su parte los resultados. Luego, se debe garantizar de modo muy claro esa confidencialidad de los datos que obran en los bancos respectivos. Aunque se diga que el principio de confidencialidad no es absoluto, debe dársele una trayectoria muy severa, pues solo cabría advertir a

los parientes de la persona su situación genética, si la reserva les llegara a acarrear un daño cierto, grave y no reparable, por ejemplo en la decisión reproductiva.

*VIII. La identidad. Distinciones.* No es lo mismo, a mi juicio, la "identificación" que la "identidad". El "genotipo" nos acerca a la identificación puramente biológica; el "fenotipo" es quizá base de la identidad. Es que el genotipo representa una parcialidad material de la identidad, que no esta sujeta sin interferencia médica a mutaciones voluntarias (si a las naturales involuntarias), o sea es la parte estática y no dinámica de la personalidad. Luego, no es la identidad total y puede decirse que no es en suma la identidad, puesto que esta es única y reflejo de lo que realmente se es como persona. Por eso en el art. 2° de la Declaración se ha propuesto que "no se reduzca a los individuos a sus características genéticas", porque, como también se ha dicho, no es conveniente ni apropiado "sacralizar al genoma humano".

De todo lo expuesto se deduce que la identificación que se presenta en cada individuo a través del genoma humano, no es identidad por cuanto es solo un principio material y estático individualizante. La identidad, en cambio, no solo tiene que ver con las obras, la formación dinámica y moral de la personalidad, elaborando la autoconformación y el desarrollo psíquico, sino también recibiendo elementos del entorno, el ambiente y de la posición cultural propia. Señaladas improntas que conforman el ser de una persona en particular y que pueden cambiar según sus pensamientos, obras e influencias de los factores ambientales, o sea del exterior.

De ahí que el genoma humano entra en principio dentro del laboratorio, da ciertas tendencias, inclinaciones y la estructura sana o enferma del organismo, pero la identidad de cada uno pasa por esas tendencias, se conmueve en el laboratorio de lo social, cultural en donde vive el hombre con sus obras y decisiones, dándole una representación dinámica del ser.

*IX. La transexualidad.* Puede pensarse que los derechos y fronteras de los llamados transexuales, dan muestra cabal de lo hasta aquí expuesto.

Se ha pensado por algunos estudiosos, que esas personas que no quieren su propio sexo cromosómico, que lo repudian y que quieren pasar a costa de cualquier sacrificio al otro sexo, padecen una patología imposible de corregir. Sin embargo, el mundo y el derecho han evolucionado en

sentido inverso. Todavía no se sabe exactamente si la composición sexual genética o cromosómica de los llamados transexuales, influye en esa inclinación fuertísima que lleva a hacerse una operación mutilante, denominada, por Carlos Fernández Sessarego, como operación "demoledora-reconstructiva". Es decir no se sabe si la inclinación es producto de la mutación de algún gen del propio sujeto. Pero sí se admite, en casi todos los países del mundo occidental, que se lleve a cabo esa operación y que se modifique en los registros el nombre y el sexo de la persona, según el nuevo sexo que se ostenta. La Corte Europea de Derechos Humanos, el 11 de julio de 2002, se ha pronunciado contra el Reino Unido e Irlanda del Norte, con costas, países que no se habían plegado al nuevo movimiento permisivo, rechazando la nueva identidad de dos transexuales, por considerar que se había violado por ellos la Convención Europea de Derechos Humanos, al negar el reconocimiento de efectos jurídicos a dicha conversión sexual. Informa la organización Liberty, que por vía legislativa o jurisdiccional, el derecho de los transexuales a casarse con persona de su sexo biológico, está reconocido en Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Holanda, Islandia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Noruega, Eslovaquia, Suecia, Suiza, Turquía, y Ucrania (ver el último trabajo de Belluscio que cito en la bibliografía).

Queda a la vista, por tanto, que el genotipo no es más que una expresión identificatoria biológica, pero no la identidad jurídica de la persona, la que asienta sus reales según otros carriles propios del fenotipo, sociológicos y psíquicos, los que prevalecen sobre aquella, inclusive en el orden sexual.

*X. Los datos informáticos.* En esta materia surge el derecho a los datos de cada uno. Nuestra ley 25.236 (Adla, LX-A, 91) y su decreto reglamentario, es, naturalmente, aplicable a los datos que surjan del genoma humano. Estos datos son por cierto, dentro de la nomenclatura y concepto de la ley, de los considerados "sensibles", y por mi parte podría calificarlos de "ultra sensibles". Luego el archivo de esos datos y las cesiones deben ser negados, puesto que a través del genoma se puede determinar el "grupo étnico", la conformación de la "familia" y los "patrones hereditarios", la predicción de las enfermedades futuras.

Se habla por los especialistas del derecho a la autodeterminación de cada persona sobre sus datos, especialmente los "sensibles". En mi concepto el verdadero encuadre no es la autodeterminación, que es el instrumento espiritual que permite decidir soberanamente sobre sí mismo, sino

que hay un verdadero y propio derecho a los datos personales, del cual deriva la facultad de resolver con autonomía y libertad, por respeto a la dignidad del ser humano, los destinos, modificaciones, cesiones y resguardo de los datos informáticos que atañen a la persona.

La ley faculta, y ello es aplicable a todos los datos sensibles, incluidos los del genoma, a obtener el informe sobre los datos propios que obren en archivos, a la rectificación de los que figuren incorrectamente, a la supresión de los innecesarios, a la actualización de los mismos cuando corresponde, y a la confidencialidad, que en este caso, es la más estrecha posible por las implicancias ya explicadas de la difusión no querida de estos datos.

### Conclusión

Si bien la Declaración de la UNESCO adoptada por las Naciones Unidas, establece dos ordenes de cuestiones, uno que son afirmaciones de carácter político, ético y jurídico, y otro de carácter científico según los conocimientos que se tenían cuando se redactó, se propende a dar sobre las primeras una estabilidad con la pretensión de que sean invariables, durante un período relativamente prolongado, puesto que las segundas rápidamente quedarán desactualizadas. Pero no parece posible desligar aquellas de las avanzadas científicas, ni desvincularlas de esas avanzadas, pues pienso que pronto, quizá muy pronto, se demandarán nuevas reuniones internacionales y nuevas propuestas y proyectos políticos, éticos y jurídicos, relacionados con el genoma humano. Estimo que deben aclararse los conceptos sustanciales en lo que hace a la investigación y posibles resultados de los estudios sobre las células germinales.

En este aspecto me uno a Ciuro Caldani sobre algunas conclusiones provisionales, como son todas las que se pueden dar sobre esta materia que esta en plena ebullición: se advierte que la historia se repite, en lo que hace a la tensión entre la reacción tradicional y las nuevas fronteras. Los primeros tiempos, por causa del temor a perspectivas en gran parte desconocidas, llevarán a buscar refugio en abstracciones de tendencia prohibitiva, pero la fuerza de la vida "irá forzando a un momento de soluciones individuales".

Deseamos que los problemas que provienen del Proyecto del Genoma Humano, deriven hacia la consecuencia jurídica de *la no degradación de la vida*. Sino por el contrario, a su mayor calificación en salud material y



espiritual. Que, "todo lo que se haga deberá responder a esa exigencia", pese a que los alcances de tal regla son y serán muy discutibles y que su cumplimiento no será fácil. Es probable que en el movimiento internacional, sin desconocer las particularidades culturales, los tratados y declaraciones terminen formando la "constitución" genética para la humanidad. Pero, es indudable que se pasa por un tiempo de transición, y esto significa crisis entre generaciones, particularmente acerca de la ética de las conductas en la investigación y aplicación técnica científica, con las tensiones, perplejidades, retrocesos, avances y dudas propias de la que se va frente a la que viene. Ya lo había observado Ortega y Gacet hace años: los dogmas y los puntos de vista establecidos, no modificables, de nuestros padres y los puntos de vista establecidos, no modificables, de nuestros abuelos, crean el espacio de la detención y de lo vedado, porque es lo que se conoce, lo que se respeta, lo que se acomoda a los menores esfuerzos dado que está allí lo armado y sabido, inalterado, pero ello tiene la vocación metafórica de los reptiles, a los que solo un cataclismo puede hacerlos cambiar hacia la época, sentires y costumbres de los mamíferos.

Quizá, y vuelvo a los primeros interrogantes de esta elucubración, la mayor preocupación de los estudiosos pase por la circunstancia de que la programación genética incrementa la libertad y creación de los programadores, a costa de la disminución de la libertad y creación en los seres programados. De ahí la necesidad de asegurar a estos últimos su dignidad de seres humanos, libres, autónomos, personas al fin.

### Bibliografía

APARISI MIRALLES, Angela, "Manipulación genética en seres humanos: posibles mecanismos de control" ED, 178, 1106; "Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos", ED, 179-960.

BELLUSCIO, Augusto C., "Transexualidad. Derecho de los transexuales a casarse", LA LEY, 2003-B, 1296.

BIDART CAMPOS, Germán J., "La modificación registral del sexo y el cambio de documentación. El derecho a la verdad y la identidad sexual", LA LEY, 2001-F, 216.

BERGEL, Salvador Dario, "El Proyecto de la Unesco sobre la protección del genoma humano", ED, 172-749; "Derechos humanos y genética: Los

principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos", ED, 179-1157; "Patentamiento de material genético humano: aspectos éticos y jurídicos", LA LEY, 2001-A, 947; "Genoma humano: cómo y qué legislar", LA LEY, 2002-A, 1055.

CIFUENTES, Santos, "El sexo y la identificación civil del transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695, y "Soluciones para el pseudohermafroditismo y la transexualidad", JA, 1995-II-385.

CIURO CALDANI, Miguel A., "Aportes para la ubicación filosófica del conocimiento del genoma humano", JA, 2000-IV-1012.

Clarín, diario del 15 de abril de 2003, p. 32.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Astrea 1992; "Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual", JA, 1999-IV-889.

GROS ESPIELL, Héctor, "Más allá de la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos", JA, 2001-IV-1236.

HOOD, Leroy, "Borradores del libro de la vida", La Nación, 6 de diciembre de 2002, p. 19.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "Bioética, puente entre la ciencia y las humanidades", Revista del colegio Público de Abogados de la Capital Federa, n° 62, diciembre 2002, p. 13; "Proyecto Genoma Humano sobre diversidad", JA, 1999-IV-910.

LOYARTE, Dolores, "La Convención Internacional de Bioética y los derechos humanos de las generaciones actuales y futuras", JA, 1997-III-815. Anexo con la Convención.

NYS, Herman, "La Convención Europea de Bioética (Objetivos, principio rectores y posibles limitaciones)", JA, 2000-I-773. Traducción de Pedro F. Hoof.

SIERRA, Andrés, "Genoma humano y derecho de seguros", JA, 2001-II, p. 925.

VAZQUEZ ACUÑA, Martín E., "Genoma humano y derechos humanos", Revista del Colegio Público de Abogados, n°62, diciembre 2002, p. 10.

# ARBITRAJE, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y RECURSO EXTRAORDINARIO

POR LINO ENRIQUE PALACIO (\*)

**SUMARIO: I. Naturaleza del arbitraje. — II. El sistema argentino de control de constitucionalidad. — III. El recurso extraordinario.**

## I. Naturaleza del arbitraje

1. Entre los diversos problemas que suscita el control de constitucionalidad de las leyes y de otras normas o actos de gobierno, figura el concierne a la posibilidad de que, en un laudo dictado por árbitros de derecho (*árbitros iuris*) e inclusive por amigables componedores, éstos se encuentran o no habilitados para declarar la inconstitucionalidad de una norma invocada por alguna de las partes.

2. Desde ya se percibe que la respuesta a ese interrogante se halla íntimamente vinculada con la verdadera naturaleza del arbitraje, y a cuyo respecto la doctrina se ha escindido, fundamentalmente, en dos direcciones a las que cabe denominar contractualista y jurisdiccionalista.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada extraordinaria del 4 de agosto de 2003

La primera de ellas —mantenida en la doctrina extranjera por Matti-  
rolo (1), Alfredo Rocco (2), Chiovenda (3), Satta (4), Garsonnet y Cezar-  
Bru (5), y en la doctrina nacional por Lascano (6), Podetti (7), Amaya (8)  
y Zavala Rodríguez (9)— presenta flancos débiles en cualquiera de sus  
manifestaciones (10).

No resulta por lo pronto aceptable calificar a los árbitros como *manda-  
tarios comunes* de las partes, por la sencilla razón de que el contenido del  
laudo no importa en modo alguno la ejecución de instrucciones imparti-  
das por aquéllas, sino que constituye una decisión unilateral e imperati-  
vamente adoptada por los árbitros, lo que demostraría que los poderes de  
los supuestos mandantes (las partes), resultarían en definitiva inferiores a  
los poderes de los hipotéticos mandatarios (árbitros o amigables compo-  
nedores) (11).

(1) "Trattato di diritto giudiziario civile italiano", 5ª ed., t. I, p. 618, Torino, 1892.

(2) "La sentenza civile", p. 39, Torino, 1906.

(3) "Principios de derecho procesal civil" (traducción Casais y Santaló), t. I, p. 143, Ma-  
drid, 1922.

(4) "Diritto processuale civile", 1957, p. 364, 5ª ed., Pádova.

(5) "Traité théorique et pratique de procédure", t. VIII, p. 485, París, 1904.

(6) "Jurisdicción y competencia", p. 149, Buenos Aires, 1941.

(7) "Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza  
interpretado por los tribunales, anotado y concordado", t. III, p. 271, Buenos Aires, 1938.

(8) "Juicio arbitral", Córdoba, 1968.

(9) "Código de comercio y leyes complementarias comentado y concordados", t. I, p. 560.

(10) Últimamente esta corriente doctrinaria fue reivindicada en un voto del doctor Adolfo  
Vázquez, quien con motivo de la causa "Blanco, Guillermo y otro c. Petroquímica Bahía  
Blanca" (El Derecho, t. 174, p. 287, con un comentario de Jaime Luis Anaya y del suscripto),  
se pronunció en el sentido de que el arbitraje tanto voluntario como impuesto legalmente  
a los particulares para permitir la dilucidación de conflictos de intereses especiales, revis-  
te carácter negocial y contractual, pudiendo considerárselo como un tránsito de la solu-  
ción contractual a la judicial del litigio. Expresó asimismo que lo que se sustituye por los  
particulares es la sentencia, pero con la diferencia de que su función es privada y no pú-  
blica, pues carece de los poderes jurisdiccionales.

(11) Cfr. BARRIOS DE ANGELIS, "El juicio arbitral", p. 85, Montevideo, 1956. En un fallo  
de la Ex Cámara Civil Primera de la Capital Federal (J.A., t. 19, p. 200). Alfredo COLMO  
puntualizó, con indudable acierto, "que los árbitros no son mandatarios de las partes: son  
sus jueces", y agregó que "en un sentido muy amplio podrá verse un mandato en el árbi-  
tro, en cuanto se da mandato a éste para que juzgue. Pero ese mandato no es el del art.  
1869 y sigtes. del Código: el árbitro no representa a quien lo nombró, sino a la justicia del  
derecho de éste; no es un representante, sino un funcionario y un juez".

No menos convincente resulta la equiparación del arbitraje a un contrato de *locación de obra o de servicios*, por cuanto la obtención de la justicia a la que se aspira mediante al dictado del laudo arbitral trae aparejado un conjunto de poderes, deberes y cargas difícilmente conciliable con la simple ejecución de la obra o la prestación del servicio necesariamente involucrados en las mencionadas categorías contractuales.

No es tampoco aceptable la tesis expuesta por Jaime Guasp (12), seguida en nuestro país por Zavala Rodríguez (13), en el sentido de que corresponde incluir al arbitraje dentro de la categoría de los denominados "contratos de solución", que son afines, por ejemplo, a la decisión de disolver o liquidar una sociedad, pues el laudo arbitral con el que concluye el arbitraje no implica la desaparición de las relaciones jurídicas existentes entre las partes que celebran el compromiso e incluso puede estar destinado a mantener, no a eliminar, tales relaciones, cuando aquéllas aspiran a obtener una declaración de certeza relativa a la interpretación o al alcance de una o más cláusulas contractuales.

3. En línea con el criterio que atiende, no a las formas o a los órganos que la ejercen, sino a la *esencia* de la función arbitral, la mayoría de los autores, en la actualidad, y ya en la segunda década del siglo pasado, se halla decididamente enrolada en la tesis jurisdiccionalista. Entre ellos, adhieren a ella, en la doctrina europea, Mortara (14), Galante (15), Fedozzi (16) y Zanobini (17), en tanto que en la doctrina argentina se orientan en idéntica orientación Alsina (18), Jofré (19), Ayarragaray (20), Colombo (21),

---

(12) "El arbitraje en el derecho español", p. 85, Barcelona, 1955.

(13) Op. cit., p. 560.

(14) "Commentario del codice e delle leggi di procedura civile", t. III, p. 51, Milano, 1923; "Manuale della procedura civile", t. II, p. 592, Milano, 1929.

(15) "Diritto processuale civile", 2da. ed., p. 104, Napoli, 1910.

(16) "Dell' arbitrato nel diritto processuale civile internazionale", p. 166, Palermo, 1908.

(17) "L'esercizio privato delle funzione e dei servizi pubblici", n° 144, Milano, 1920.

(18) "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", 2ª ed., t. VII, p. 51, Buenos Aires.

(19) J.A., t. XI, p. 158.

(20) "Naturaleza del proceso arbitral", en La Ley, t. 137, p. 968.

(21) "Código procesal civil y comercial de la Nación anotado y comentado", t. IV, p. 821.

Fernández (22), Anaya (23), Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce (24), Ottolenghi (25), Reimundin (26) y Clariá Olmedo (27).

4. La circunstancia de que los árbitros y amigables compondores carezcan de la potestad de imponer coactivamente el cumplimiento de sus decisiones, vale decir del *imperium* que es, a su vez, comprensivo de la *coertio* y de la *executio*, comporta por lo pronto un argumento visiblemente ineficaz para desconocer la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

Por una parte, en efecto, los árbitros y arbitradores poseen atribuciones para decidir, como lo dispone el art. 736 del Cód. Procesal y la totalidad de los códigos provinciales, "toda cuestión entre partes", con la sola excepción de aquéllas que no pueden ser objeto de transacción (Cód. Procesal, art. 737), de modo que, fuera de ese marco, la actividad que aquéllos cumplen resulta esencialmente identificable con la fundamental que ejercen los órganos judiciales, que es el *iudicium*, es decir la potestad de juzgar y componer conflictos. Como bien destacaba Colmo en la sentencia recordada en la nota 10, los árbitros "son jueces privados sustituidos a los jueces legales que tienen, en su caso, los mismos caracteres esenciales de éstos e idénticas funciones y potestad". También Morello ha aludido a una justicia privada paralela a la justicia estatal (28).

(22) "Derecho procesal civil", t. I, p. 618, Buenos Aires, 1955. También en FERNANDEZ-GOMEZ LEO, "Tratado de Derecho Comercial", t. I, p. 132.

(23) En el trabajo mencionado en la nota 10.

(24) "Códigos procesales civil y comercial y de la Provincia de Buenos Aires y la Nación, comentados y anotados", t. IX, p. 486.

(25) "Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral", en Revista de Derecho Procesal (A), 1943-I, p. 154.

(26) "Derecho procesal civil", t. I, p. 91, Buenos Aires, 1956.

(27) "Derecho procesal civil", t. I, p. 208, Buenos Aires, 1982.

(28) En "El Derecho" del 13 de agosto de 2002. Asimismo en "La adecuación del contrato", p. 114, La Plata, 1994. Ver también MORELLO y KAMINKER, en "Contribución a la reforma del proceso arbitral", en El Derecho, t. 173, p. 883, donde expresan que "constitucionalmente, no se presta la justicia únicamente como modalidad monopólica del estado", porque "a través de esos métodos diferentes (aluden a la mediación, la conciliación y el arbitraje) también se resuelven, componen, arreglan o disuelven los conflictos y las controversias".

De allí que se preste a serios reproches el argumento invocado por el ya citado voto del doctor Vázquez (29), conforme al cual el arbitraje importa "una renuncia a la jurisdicción por los particulares", pues al margen de que el propio Estado puede, en determinadas condiciones, someterse a aquél, tal renuncia es sólo comprensiva de la jurisdicción *judicial*, pero no de la función jurisdiccional *lato sensu* (30).

Por otra parte, es a todas luces cuestionable la afirmación de que los árbitros carecen de jurisdicción por cuanto "la función del laudo es esencialmente declarativa" (31).

Más allá, en efecto, de que la función judicial puede también agotarse en una declaración de mera certeza frente al caso de que medie "un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica" (Cód. Procesal, art. 320) y de que tal función reviste carácter jurisdiccional en tanto tiende a componer el conflicto derivado del perjuicio que la incertidumbre genera a una de las partes, la referida afirmación olvida que los árbitros y arbitradores se hallan habilitados para dictar laudos de *condena*, cuya *ejecución* deberá requerirse a un juez estatal, ante quien debe asimismo observarse un procedimiento específicamente reglado por el Código Procesal y por todos los ordenamientos procesales vigentes en nuestro país.

5. En síntesis: el laudo arbitral participa de la *obligatoriedad* que caracteriza a los actos de autoridad, no pudiendo asimilarse ese atributo al que también exhibe el negocio jurídico, por cuanto el laudo no es emitido por los árbitros en calidad de partes, sino de terceros a quienes el ordenamiento jurídico otorga, con la condición de que se cumpla una declaración de voluntad exteriorizada en el acto del compromiso, la función pública consiste en dirimir un conflicto o controversia (32). Y como los pode-

---

(29) En el fallo de la CS citado en la nota 10.

(30) A propósito de lo cual vale recordar que la Corte Suprema alude constantemente a la improcedencia del recurso extraordinario respecto de decisiones adoptadas "en el ámbito de la jurisdicción arbitral libremente pactada por las partes" (Ver, entre otros, Fallos: 247:312; 296:230; 302:1280, etc.).

(31) Alude a tal conclusión, que no comparte, REIMUNDIN, op. cit., p. 92.

(32) ROCCO, Ugo, op. cit., p. 89. En sentido similar ZANOBINI entiende que los poderes decisorios conferidos a los árbitros a través del compromiso —que es un caso de encargo judicial— constituyen poderes públicos derivados de la ley y no de los compromitentes, cuyo acuerdo funciona únicamente como presupuesto para conferir ex lege el mencionado tipo de encargo ("L'esercizio privato delle funzione e dei servizi pubblici", n° 144, Milano, 1920).

res decisorios de los árbitros emanan de la ley, resulta sin duda intrascendente que éstos no actúen "en función de soberanía" (33), o que sus servicios —como ocurre en el arbitraje "ad hoc"— sean remunerados por las partes en tanto la solución contraria no configura un elemento característico de la actividad jurisdiccional (34).

## II. El sistema argentino de control de constitucionalidad

6. Es sabido que, en nuestro país, el control de constitucionalidad reviste carácter *difuso o desconcentrado*, porque no existe un "fuero constitucional" especializado en esa materia, y al cual es menester remitir necesariamente la decisión de cualquier cuestionamiento de inconstitucionalidad articulado en una causa radicada ante un tribunal ordinario (35).

Por consiguiente ni la Corte Suprema ni los tribunales del fuero federal monopolizan el control de que se trata, pues aquélla lo ejerce, salvo en los casos de jurisdicción originaria y exclusiva, sólo en el más alto nivel jurisdiccional a través de la vía prevista en el art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) o del recurso ordinario de apelación (que absorbe a aquélla), y si bien la justicia federal tiene competencia exclusiva e improrrogable para conocer y decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes federales (Constitución Nacional, art. 100), tal circunstancia no excluye la posibilidad de que en una causa que se tramita ante un tribunal de provincia se suscite inicialmente un tema constitucional, cuya decisión incumbe a ese tribunal.

(33) Según lo destaca IBÁÑEZ FROCHAM, ("La jurisdicción", p. 177, Buenos Aires, 1972).

(34) ALSINA, "Tratado", cit. t. VII, p. 52.

(35) SAGÜES, "Recurso extraordinario", 3ª ed., t. I, p. 106, Buenos Aires. A propósito de este sistema es del caso advertir que el tema constitucional reviste el carácter de una verdadera *cuestión prejudicial*, pues cuando la decisión de la causa depende de la definición de aquélla, se está frente a un supuesto de *suspensión necesaria* del proceso originario hasta tanto la Corte Constitucional se expida. Tal suspensión, por otra parte, puede verificarse en cualquier grado y estado del proceso (incluso en casación), aunque dicha contingencia se atenúa por la facultad discrecional del juez en el sentido de declarar "manifiestamente infundada" la excepción de ilegitimidad constitucional, o bien frente a la hipótesis de que el juez o tribunal de mérito considere que la causa puede resolverse por aplicación de una ley distinta a aquélla cuya legitimidad constitucional fue planteada (CALAMANDREI, "La legitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil", en "Estudios sobre el proceso civil" [trad. Sentís Melendo] t. III, p. 21.)



De allí que la Corte, en el juicio "Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo" expresara (Fallos, 33-194) en relación con el primero de esos aspectos:

"Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella".

Y respecto del segundo de los aspectos precedentemente recordados, en un caso en el cual un tribunal de provincia dispuso abstenerse de emitir decisión acerca de un tema federal dijo la Corte (considerando 4):

"Que, a partir de la sanción de la ley 48 —arts. 14 y 15—, la circunstancia de que en una causa radicada ante un tribunal provincial se haya propuesto una cuestión federal, no justifica que un juez provincial que no declara su incompetencia, la remita al juez nacional de sección, luego de resuelto el caso, a los fines de la decisión originaria del punto federal del pleito. Ello es así porque todos los jueces, *de cualquier jerarquía y fuero* (énfasis agregado), pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponde —Fallos: 149-122 y otros— sin perjuicio de los recursos a que pueda haber lugar, incluso el extraordinario" (36)

7. De lo dicho se deriva que conforme al régimen de control judicial vigente en nuestro país quienes lo ejercen son, predominantemente, tribunales de justicia, cámaras de apelaciones y juzgados cuyos titulares deben tener el título de abogados, de modo que dicho control, entre otras características que lo distinguen, es predominantemente *letrado* (37).

Pero ese principio no descarta la posibilidad de que el control de que se trata, en virtud de su amplitud, sea también ejercido por jueces legos, como eran los jueces de paz que funcionaban, con anterioridad a su provincialización, en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y como lo son todavía los que forman parte del organigrama judicial de algunas provincias argentinas.

---

(36) Fallos: t. 254, p. 437.

(37) SAGÜES, op. cit. p. 109.

Aunque este tipo de jueces tienen también el deber de ejercer el control de constitucionalidad, la experiencia acredita que rara vez esa atribución se concreta, circunstancia que obedece, entre otras razones, a la escasa significación de los asuntos que habitualmente se sustancian ante aquéllos; a la reducida intervención, en esas causas, de profesionales del derecho; a la deficiente cultura jurídica de los jueces legos y a la mínima trascendencia social de los fallos que dictan (38).

Las precedentes consideraciones revisten empero marcada importancia en función de lo que luego se dirá acerca de una de las modalidades que presenta el arbitraje.

8. Demostrado que los árbitros —sean de derecho o de equidad— ejercen funciones jurisdiccionales y se encuentran habilitados para dirimir cualquier tipo de controversias que versen sobre derechos disponibles, cabe preguntar si, dentro de ese marco, tienen atribuciones para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes o de otros actos de gobierno involucrados en los casos concretos sometidos a su decisión, y aun cuando las partes hayan renunciado a los recursos judiciales.

No existen a mi juicio razones válidas que se opongan a la respuesta afirmativa, y las que habitualmente se esgrimen en sentido contrario carecen de todo respaldo en el ordenamiento jurídico vigente.

En primer lugar si, como se ha destacado, el laudo emitido en el juicio arbitral goza de evidente aptitud para adquirir eficacia de cosa juzgada, la tesis negativa conduciría a la conclusión —manifiestamente errónea— de que si una cuestión constitucional articulada en el trámite de dicho juicio no fuera decidida por los árbitros mediante el solo argumento de su incompetencia para hacerlo, aquélla no podría ser materia de pronunciamiento en un proceso posterior tramitado ante los jueces estatales.

También se ha hecho hincapié en el carácter de orden público que cabe atribuir a la normativa constitucional, argumento que resulta desechable no bien se repara en el hecho de que el laudo se halla desprovisto de efectos fuera del contexto del caso específico que se resuelve, según acontece, por lo demás, con una sentencia dictada por un juez o un tribunal

---

(38) SAGÜES, *op. cit.*, p. 110.

estatal, y de que, como es obvio, carece de todo efecto vinculante como lo pueden tener la doctrina legal establecida por un tribunal de casación y menos aún de la autoridad moral que se asigna a los precedentes de la Corte Suprema en materia constitucional (39)

En virtud, asimismo, de que la Constitución Nacional configura el fundamento de validez de la totalidad de las normas jurídicas vigentes, con prescindencia de la naturaleza de las relaciones o situaciones jurídicas que regulan, no comporta óbice a las precedentes conclusiones la circunstancia de que los tribunales arbitrales tengan circunscripta su competencia a las cuestiones que pueden ser objeto de transacción, por cuanto los preceptos que conceptualizan ese género de cuestiones son válidas en tanto se adecuen, en su contenido y forma de creación, a las normas constitucionales. Demás está agregar que la declaración de inconstitucionalidad debe ser utilizada por los árbitros (de la misma manera que por los jueces estatales) con la mayor mesura, teniendo siempre en cuenta que tal pronunciamiento debe ser considerado como la última *ratio* del orden jurídico, de modo que, en la duda, habrá de estarse por la constitucionalidad (40).

9. Apenas falta agregar que la atribución de que se trata pertenece tanto a los árbitros de derecho como a los amigables componedores, resultando irrelevante el hecho de que estos últimos deban fallar —como lo dispone el art. 769 del Cód. Procesal y normas provinciales concordantes— “según su saber y entender”.

Esta expresión normativa no debe empero entenderse en el sentido que los arbitadores estén facultados para prescindir de aplicar las normas jurídicas y, por ende, la ley fundamental, de modo que si el tribunal se compone de abogados y de otras personas carentes de ese título, la decisión de las causas debe tener como fundamento —como se expuso en el prólogo que encabeza el Reglamento del Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio— en “el leal saber y entender de letrados, vale decir que deberán integrarse con el saber y entender de hombres versados en derecho” o, según lo dispone el art. 633 del Código de Córdoba, en “razones de equidad (*ex aequo et bono*) moderando, según las circunstancias, el rigor de las leyes”.

---

(39) MORELLO, op. cit. en la nota 28.

(40) CS, Fallos: 315-923; 312-2315, sus citas y otros.

Cabe por lo demás destacar que, en la mayor parte de los casos hasta ahora resueltos, dicho Tribunal se ha pronunciado expresamente en el tema de que se trata, en asuntos de equidad, sea a través de la resolución de excepciones de incompetencia o de laudos en uno de los cuales, por ejemplo, declaró la inconstitucionalidad de la aplicación retroactiva del decreto 704/2002 (Adla, LXII-C, 2934) —relativo al pago en moneda extranjera realizado con fondos del exterior— en tanto afectaba, en desmedro del art. 17 de la Constitución nacional, una transacción en la cual, con anterioridad, se pesificó, sin reservas, el pago del saldo de precio de un paquete accionario (41).

### III. El recurso extraordinario

10. De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, en tanto el arbitraje voluntario implica una renuncia a la jurisdicción judicial en cuya cúspide se encuentra ese alto tribunal, es inadmisibles el recurso extraordinario deducido contra el laudo arbitral (42).

En razón de que tal doctrina es aplicable incluso ante el caso de que los árbitros hayan resuelto una cuestión constitucional, no cabe compartir la opinión conforme a la cual el recurso extraordinario sería admisible frente a la hipótesis de producirse graves errores o arbitrariedades en el pronunciamiento o a un supuesto de gravedad institucional (43). Corresponde, por consiguiente, acordar primacía a la voluntad de las partes que

---

(41) V. R. M c. S. del 08/04/03.

(42) Fallos, 255-13; 274-323; 298-230; 305-1365 y otros. La solución difiere, naturalmente, en los casos en que se trata de un arbitraje obligatorio o se cuestiona la constitucionalidad de éste.

(43) Como lo entiende MORELLO, op. cit. en la nota 28. Asimismo, en el caso "Meller Comunicaciones S.A. UTE c. ENTEL (LA LEY, 2003-B, p. 905), mientras la mayoría de los ministros de la Corte desestimó la queja por denegatoria del recurso extraordinario deducido contra la decisión del Tribunal Arbitral de Obras Públicas con fundamento en la irrecurribilidad judicial de aquélla conforme a lo dispuesto en los arts. 7° de la ley 12.910, 6°, 7° y 8° del decreto ley 11.511/47, su aclaratorio 4517/66 y en el decreto 1098/56, así como en el precedente de Fallos: 322:298 y sus citas, la minoría integrada por los doctores Fayt, Petracchi y Belluscio se pronunció en sentido contrario apoyándose en el raciocinio consistente en que dicho Tribunal ejerce una jurisdicción arbitral obligatoria en la medida en que si bien la sumisión a aquélla es voluntaria para el contratista no lo es para el Estado Nacional, quien se ve compelido al arbitraje por su contraparte. Tal conclusión adolece de error en tanto omite ponderar el hecho de que el propio Estado Nacional otorgó, en el caso, carácter voluntario al arbitraje, razón por la cual, precisamente, se declaró, en el citado precedente de Fallos: 322:198, que carece de legitimación para cuestionar ese régimen.

dispusieron, libremente, la renuncia a la intervención de un órgano judicial, cuya jurisdicción concluye con la que ejerce la Corte Suprema, aunque cabría eventualmente acceder al alto tribunal contra la sentencia judicial dictada con motivo de un limitado recurso de nulidad, cuya deducción es irrenunciable (Cód. Procesal, art. 760), o con la recaída a raíz de la acción de nulidad prevista contra el laudo de los amigables componedores (id. art. 771). ♦

## LINEAMIENTOS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

POR JAIME LUIS ANAYA (\*)

El año pasado la Academia conmemoró los treinta años de la sanción de la ley 19.550 (Adla, XXXII-B, 1760) con una lúcida comunicación del académico doctor Julio César Otaegui. Este año se cumplen los veinte años de su principal reforma por obra de la ley 22.903 (Adla, XLIII-D, 3673). Y en este aniversario la Comisión creada por nuestro distinguido colega doctor Jorge R. Vanossi, en ocasión de su desempeño como Ministro de Justicia y Derechos Humanos, concluyó la redacción de un anteproyecto de ley tendiente a actualizar esta disciplina de las sociedades comerciales. La ocasión resulta propicia para una exposición de los lineamientos adoptados en la ejecución de la tarea reformadora.

La Comisión creada por la resolución MJDH N° 112/02, que tuve el honor de integrar en su constitución inicial con los doctores Julio César Otaegui, Salvador Darío Bergel y Raúl Aníbal Etcheverry, contó con el apoyo de las opiniones o iniciativas que le hicieron llegar los profesores Rafael M. Manóvil, Carlos S. Odriozola, Angel Daniel Vergara del Carril y el mismo doctor Otaegui después de renunciar a la Comisión en ocasión del alejamiento del doctor Vanossi del Ministerio. Es justo destacar que diversos aspectos de las reformas abordadas fueron materia de provechosos debates en el Instituto de Derecho Empresarial de esta Academia, como así también que uno de sus miembros, el doctor Edgard Jelonche, participó de una manera muy activa, concurriendo con frecuencia a las reuniones de la Comisión para colaborar especialmente en las cuestiones relativas a las sociedades autorizadas a la oferta pública de los títulos que emite.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 28 de agosto de 2003.

Cabe aclarar que la misión encomendada y cumplida abarca dos diferentes ámbitos. Uno, que será el objeto de esta exposición, encara la reformulación, la enmienda y la innovación efectuadas en el articulado de la ley de sociedades comerciales. Otro, que se encuentra incluido provisoriamente en un Anexo, introduce un régimen de los delitos y las infracciones societarias, redactado por el doctor Bergel, que no tiene aun definido su emplazamiento sistemático, pues tanto podría integrarse en la legislación penal como formar parte del propio ordenamiento legal de las sociedades siguiendo algunos modelos del derecho europeo.

Para abordar la tarea específica de actualización de la ley de sociedades se tuvieron en cuenta los antecedentes incluidos en las iniciativas nacionales tendientes a la unificación del derecho privado en cuanto encararon los contratos asociativos y las sociedades, como asimismo el anteproyecto de 1993 dedicado a una vasta reforma de la ley 19.550 en la que se unificaba el régimen de las sociedades civiles y comerciales y se introducirían reformas a la ley 17.811 (Adla, XXVIII-B, 1979). No fue descuidada, por otra parte, la consideración que merece la disciplina del decreto delegado 677/01 (Adla, LXI-C, 2718), expresiva en nuestro medio de la difundida tendencia hacia la incorporación de ciertas prácticas para el control de la gestión en las sociedades, largamente desenvueltas desde fines del siglo pasado como inherentes al buen gobierno corporativo, la llamada "corporate governance", a partir de sus fuentes estadounidenses. Su presencia, por adopción, adaptación o modificación se puede advertir en la formulación de diversos textos del anteproyecto.

No fueron desatendidas tampoco las numerosas legislaciones que se sancionaron en los últimos decenios del siglo XX, tales como los códigos de sociedades de Portugal y Bélgica, las reformas al derecho suizo de sociedades anónimas, las leyes españolas de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, así como la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, las reformas introducidas en Italia durante los años recientes, incluido el decreto legislativo del 17 de enero de 2003 cuyos textos, al igual que los de la aludida Propuesta española llegaron tardíamente a nuestras manos, cuando ya la tarea se encontraba avanzada y restaba poco tiempo del que habíamos previsto para darle término, es decir antes del cambio de gobierno fijado para el 25 de mayo. Cabe todavía agregar que, con relación a los antecedentes en el ámbito regional, se atendieron especialmente a las leyes de sociedades anónimas de Chile y Brasil y la ley de sociedades comerciales del Uruguay, que también han sido objeto de recientes reformas.

Una vez decidido el mantenimiento de la estructura y sistematización implantadas por la ley 19.550, en homenaje a su demostrada eficiencia y a la familiarización que ya tiene ganada el recorrido de sus textos, incorporada como un hábito después de su aplicación durante tantos años, se fijaron las materias que requerían modificaciones o siquiera ajustes. La primera selección de objetivos condujo a excluir de las reformas a las sociedades por partes de interés, de escasa difusión en nuestro medio y poco conflictivas en la práctica. Por las mismas razones tampoco se incluyeron las sociedades en comandita por acciones entre las que requerían modificaciones, pues tras sus años de esplendor en los tiempos del régimen legal de autorización para las sociedades anónimas, la adopción del sistema normativo y las facilidades abiertas para la constitución de éstas condujeron al eclipse de aquéllas.

Así deslindadas las áreas de laboreo, la tarea se desplegó en la consideración de las reglas del Capítulo I, es decir de la Parte General, y en la disciplina del Capítulo II pero sólo en cuanto a lo concerniente a las sociedades de responsabilidad limitada y a las anónimas, seleccionándose el articulado que requería modificaciones o adiciones de nuevas normas, que luego se concretaron en un buen número de enmiendas o innovaciones.

Algunas de estas reformas son más bien ajustes pues tienen el mero propósito de dar una solución a reglas controvertidas, a veces respecto de materias importantes. Tal es lo que acontece con el art. 12 cuyo texto se modifica para definir con precisión los efectos de las reformas no inscriptas del acto constitutivo en los casos de las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada; o con las consecuencias del voto dirimento de un accionista en conflicto con el interés social, esclareciéndose en el artículo 248 que constituye una causal de impugnación de la resolución asamblearia.

Otras reglas propuestas están destinadas a generalizar soluciones actualmente incorporadas en la disciplina de un determinado tipo. Es lo que ocurre con relación al iter constitutivo (arts. 6° y 7°), al tornarse aplicable a todos los tipos la disciplina que actualmente está reservada a la anónima en formación.

Son además numerosos los artículos en los que ha sido menester sustituir por "acto constitutivo" las referencias que en la ley se hace a los contratos y que con la reforma resultarían impropias en tanto no incluyen los



supuestos de constitución por acto unilateral que ahora se incrementan con la admisión de las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas unipersonales.

En el limitado marco que permite esta comunicación, expondré algunas de las iniciativas más importantes que propone el anteproyecto. Ya quedó dicho que se incorpora la posibilidad de constituir sociedades unipersonales, siguiendo de esta manera los antecedentes sentados por todos los proyectos de unificación del derecho privado así como por el anteproyecto de reforma societaria de 1993, los que con algunos matices las aceptaban para las sociedades de responsabilidad limitada y para las anónimas. Para esos mismos tipos y tanto para personas físicas como jurídicas, el anteproyecto propone su admisión. Claro está que la función que cumplen en uno y otro caso es divergente. La unipersonal de la persona física permite implementar, bajo la cobertura societaria, la limitación de responsabilidad del empresario individual, de muy cuestionable eficacia práctica. A ella queda reducida en principio su función, aun cuando puede ser también instrumento para la controvertida holding de una persona física. Cuando en cambio se refiere la sociedad unipersonal a una persona jurídica, se está ingresando en el fenómeno de las filiales o subsidiarias integrales y en el mundo de los grupos. Esta admisión de las unipersonales se integra con varias reglas complementarias, entre las que se destaca la que establece el carácter subordinado de los créditos del socio único contra la persona societaria (arts. 150 y 163).

La sacralización de la tipicidad, que en la ley vigente conduce a la nulidad de las sociedades atípicas (art. 17) o al sometimiento a una disciplina hostil que tradicionalmente se ha fijado para las sociedades irregulares (Sección IV del Capítulo I), ha sido largamente cuestionada. Sin excluir la tipicidad, en cuyo favor militan buenos fundamentos, los nuevos textos equiparan los efectos de la atipicidad con los de las sociedades no inscriptas, introduciendo para ambas un régimen de sociedades informales que ha tenido en cuenta lo propuesto en el Proyecto de codificación unificada de 1998, en alguna medida próximo al de las sociedades simples de los derechos suizo e italiano. Esta atenuación del rigor al que se encuentran actualmente sometidas, está presente también en la posibilidad que se otorga de subsanar en todo tiempo las omisiones o defectos del acto constitutivo (art. 7°), subsanación que el derecho vigente sólo acepta respecto de requisitos no tipificantes (art. 17). Y se manifiesta igualmente en la posibilidad de extender el régimen de los contratos de

colaboración empresaria al margen de las dos figuras típicas que se legislaron en 1983 (art. 383 bis).

La adecuación de las reglas procedimentales para los conflictos endosocietarios, otorga un amplio espacio al arbitraje (art. 15) siguiendo la orientación abierta por el decreto delegado 677/01 y por la Inspección General de Justicia (resolución general N° 4, del 22/5/01 —LXI-C, 3357—) y retornando así a lo que fue la solución tradicional que desde las Ordenanzas de Bilbao transitó al Código de 1862 y se mantuvo, con modificaciones, en los textos de la reforma de 1889.

Una mayor claridad y precisión se persigue con las modificaciones introducidas respecto de las participaciones de una sociedad en otra, que además acrecientan la limitación de los porcentajes admisibles cuando se realicen en sociedades que no tengan el mismo objeto (art. 31); finalidades análogas tienen las enmiendas respecto de las participaciones recíprocas (art. 32). Otras reformas muy significativas están dispuestas respecto de vinculaciones entre sociedades en la Sección V del Capítulo I, como la que pone fin a la largamente cuestionada limitación del art. 30, que actualmente veda a las sociedades por acciones participar en sociedades de distinto tipo. La liberalización a este respecto es muy amplia, admitiéndose la posibilidad de participaciones entre todos los tipos, como ya lo hacen algunas legislaciones recientes, con lo que se abren cauces a la creatividad empresaria.

Son asimismo relevantes la extensión del concepto de control a quienes posean votos para elegir o revocar a la mayoría de los administradores, que se agrega en el inciso 1) del art. 33 y la prohibición de voto de la sociedad controlada en las asambleas de la controlante que se dispone en el último párrafo de este mismo artículo.

Una regla que seguramente despertará la atención y la controversia es la que introduce una nueva aplicación del principio de la responsabilidad por la apariencia en el art. 34. A la tradicional consecuencia atribuida por prestar o tolerar que se invoque su nombre como socio no siéndolo, se añade una responsabilidad del que siendo socio difunde una apariencia de respaldo o garantía por una participación personal que fortalece la consistencia patrimonial de la sociedad. Ha sido ésta una práctica engañosa que en los últimos años tuvo una notoria presencia en nuestro medio, de manera especial en las actividades financieras, provocando la frustración de las expectativas generadas a la hora de dar una respuesta corres-

pondiente a la imagen difundida. La magnitud del problema en este sector motivó la sanción de la ley 25.738 (Adla, LXIII-C, 2593) aplicable limitadamente a las entidades financiera locales de capital extranjero y a las sucursales de entidades extranjeras (sic).

Las convenciones parasociales encuentran una regulación legal específica en el art. 35, en sintonía con lo dispuesto por varias legislaciones recientes. La licitud de estos pactos ya reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, ha dejado resquicios para encontradas interpretaciones en cuanto a sus efectos, su duración y los límites mismos de su admisibilidad. Al esclarecimiento de estos interrogantes se da respuesta desde esta nueva normativa.

La presencia de los grupos de sociedades ocupa un lugar creciente en la realidad empresarial, de lo que puede dar una idea el hecho de que el 90% de las sociedades japonesas forman parte de grupos, mientras otro tanto ocurre con el 70% de las sociedades alemanas y el 65% de las estadounidenses. Aunque en nuestro medio el fenómeno no tiene aun una difusión de ese orden, su presencia es ya un dato de la realidad que no puede seguir siendo desatendido. Se trata de un hecho que busca su implementación jurídica preponderantemente, aunque no necesariamente, a través de las sociedades anónimas. Oriundos de la inventiva empresaria y de la autonomía privada, los grupos han ido ocupando espacios significativos en la legislación desde la segunda mitad del siglo XX.

El anteproyecto no los define porque se ha considerado que el grupo como manifestación social y económica se encuentra sometido a un complejo proceso de evolución; por lo que se entiende preferible dejar librado a la doctrina y a la jurisprudencia la interpretación de las relaciones que los conforman, en las que siempre intervienen una pluralidad de sociedades que operan bajo una dirección unificada, de ordinario ejercida por una que las encabeza o sociedad holding. El sometimiento a tal dirección supone la existencia y el ejercicio del control directo o indirecto, practicado singular o colectivamente, aunque dejando a salvo que no toda configuración del control importa simultáneamente la del grupo. Tampoco el reciente decreto legislativo italiano ingresó en la definición, prefiriendo una descripción a través de la referencia a las sociedades y a los entes que ejercitan una actividad de dirección y coordinación de sociedades (art. 2497). Lo hace, en cambio, la propuesta española de código de 2002, que en su artículo 590 elabora una noción a partir del ejercicio del poder de dirección de una sociedad, de una persona física o jurídica sobre

varias sociedades; y seguidamente se refiere al poder decisión que ejerce una sociedad dominante sobre otras que son sociedades dominadas, sin que la diversidad de terminología permita entender que el poder de decisión sea algo distinto del poder de dirección.

El vigente texto de la ley 19.550 ya contiene importantes reglas sobre grupos de sociedades, sin mencionarlos, elaborado en torno a las participaciones, sus límites y el control (arts. 31, 32, 33), el balance consolidado y los datos que a este respecto deben incluirse en los estados de ejercicio. Con lo que ya se lleva expuesto en esta comunicación puede advertirse que el anteproyecto ha avanzado en la materia, especialmente a través de la admisión de la sociedad unipersonal, la ampliación del supuesto de control del art. 33, inc. 1º, la prohibición de voto de la controlada en la sociedad controlante, la responsabilidad por la apariencia de garantía. Pero va bastante más adelante al incorporar en los artículos 54 y 59 el reconocimiento del interés del grupo. Es éste uno de los aspectos más urticantes que suscita el reconocimiento de los grupos. No obstante las objeciones, a veces enconadas, levantadas en su contra aduciéndose que bajo esa cobertura lo consistente es en definitiva lisa y llanamente el interés de la sociedad controlante, bien se ha señalado que la condición jurídica de una sociedad de grupo, sea la controlada sea la misma controlante, resulta por muchos aspectos diversa de la que concierne a una sociedad aislada. Entre los ejemplos que expone Galgano en soporte de esta afirmación se encuentra la doctrina de la Casación italiana en el sentido de que cuando la sociedad controlante actúa en auxilio de otra sociedad del grupo, no satisface un interés ajeno, sino antes bien un interés propio "mediato o indirecto", cabe entender el interés grupal, de suerte que es un modo de actuar su propio objeto social. Hay una lógica del grupo, que proviene y expresa una política empresarial encaminada a perseguir objetivos que trascienden los de cada sociedad participante.

No puede sorprender que sobre la base de una nutrida jurisprudencia que aceptó diversas aplicaciones del interés del grupo, haya éste ingresado en la legislación italiana; ni que la ley delegante de la reforma del derecho de sociedades lo haya justificado en su exposición de motivos diciendo que la colocación en lo interno del grupo cambia las condiciones de ejercicio de la empresa social en el sentido de que el cuadro económico de referencia y a veces la misma posibilidad de existencia de una empresa, varía notablemente según se encuentre inserta o no en un grupo. Consecuentemente el correcto cálculo de los costos/beneficios

en las decisiones de una sociedad controlada debe ser diverso del conjeturable si la sociedad operase aisladamente, puesto que el cálculo no puede dejar de tener en cuenta los costos y beneficios generales de la pertenencia a un grupo. En tal sentido se argumenta que la controlada obtiene ventajas no sólo desde el perfil de la imagen y del consiguiente crédito que las sociedades operativas pueden gozar en el mercado, sino en forma inmediata a través de la asistencia técnica, la utilización de servicios de interés común, la realización de una economía de escala, el financiamiento y el apoyo de gestión que llega hasta la prestación del gerenciamiento.

Lo dicho no empece al cuidado con que debe mensurarse el concreto resultado que se produce, el que debe juzgarse con arreglo a un criterio próximo o análogo al establecido por el nuevo texto del art. 2497 del Código italiano, conforme al cual no hay responsabilidad de la sociedad que dirige o queda ésta liberada de responsabilidad sólo cuando el daño a los socios de las dirigidas, provenientes de la violación de los principios de una correcta gestión, no se produce a la luz del resultado complejo de la actividad de dirección y coordinación o bien es íntegramente eliminado a continuación de las operaciones que lo causan. Se introduce así, en función del interés del grupo y de la variedad de situaciones a que da lugar, una solución basada en la teoría de las ventajas compensatorias que se aprecian atendiendo antes al resultado de la actividad íntegramente considerada, que a las situaciones derivadas de actos singulares.

La explicación que antecede se hace necesaria para la comprensión de nuevas normas que se incorporan en el anteproyecto bajo el influjo de un reconocimiento del interés del grupo de sociedades, especialmente en los arts. 54 y 59. En el primero se acoge la teoría de las ventajas compensatorias resultantes de beneficios recibidos o previsibles en la ejecución de una política empresarial grupal, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada. A su vez el artículo 59 incorpora una regla especial acerca de la responsabilidad de los administradores en los grupos, la que deberá juzgarse tomando en consideración la política general del grupo con el criterio indicado en el artículo 54. Como complemento de esta consideración sobre el influjo que cabe reconocer a la implementación de políticas empresariales de grupo, el artículo 58 admite que las sociedades pueden ser administradas por personas jurídicas, lo que otorga mayor transparencia a la presencia y actuación de las controlantes en la gestión social.

La responsabilidad por la información se extiende en el artículo 62 hacia quienes participen en la difusión de informaciones inexactas o engañosas sobre la situación patrimonial o financiera de la sociedad o acerca de los títulos que emita; y se complementa con relación a los administradores mediante un nuevo párrafo del artículo 72 que resta validez a la aprobación de la gestión cuando las cuentas sobre las que se decide disimulan la real situación patrimonial o financiera de la sociedad. La importancia que se atribuye a la información queda también de manifiesto con el agregado introducido en el último párrafo del artículo 67, que establece como causal de revocación de los administradores, en las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, a la omisión de remitir al Registro de Comercio y, en su caso, a la autoridad de contralor la documentación correspondiente a los ejercicios una vez que han sido aprobados.

La intervención judicial en las sociedades es objeto de modificaciones que tienden a dotarla de una mayor elasticidad aconsejable tras la experiencia recogida en los largos años que lleva la aplicación de sus actuales textos. Las innovaciones conducen a cierta ampliación de su ámbito, sumando nuevos supuestos que justifican la ingerencia judicial en las sociedades, que se añaden a la actual causal circunscripta al comportamiento de los administradores que pongan a la sociedad en grave peligro. Se propone así que la medida se tenga por pertinente en los casos en que se niegue a los socios el ejercicio de sus derechos, así como cuando se generen conflictos endosocietarios que comprometan el funcionamiento de la sociedad (art. 113), aun cuando esta situación no resulte atribuible a los administradores. En este segundo caso la crisis que no pueda ser superada a través de la ingerencia judicial, desembocará en la disolución de la sociedad, según lo dispone el nuevo inciso 4 del art. 94, que contempla la causal oriunda de la paralización de los órganos sociales.

Por otra parte las innovaciones alcanzan a la índole y a los procedimientos que se fijan para las distintas medidas judiciales aplicables. Solamente la designación de administradores o coadministradores debe ser acompañada con la demanda de remoción, manteniéndose la traza elaborada por la jurisprudencia a partir de lo reglado por el art. 1684 del Código Civil, siendo inexcusable en estos casos la contracautela. El requisito de la demanda no se aplica cuando se solicita la designación de veedores o ejecutores de medidas concretas, que no podrán tener ingerencia alguna en la administración; para estos supuestos se fijará contracautela o se la dispensará según las circunstancias del caso.

La atipicidad de estas medidas emerge nítidamente con la introducción de un procedimiento incidental que establece la audiencia de la sociedad antes de disponerse, lo que pone no poca distancia con las cautelares. Pero esta audiencia que se otorga en el incidente no da lugar a un contradictorio, aunque abre la oportunidad para que la sociedad ofrezca garantías u otras medidas adecuadas en sustitución de la requerida. Por lo demás la audiencia será omitida en caso de un peligro, en tal grado inminente, que no consienta ninguna dilación.

Las reformas propuestas respecto del Capítulo I concluyen con las relativas a las sociedades constituidas en el extranjero. Cabe advertir a este respecto que la tarea de la Comisión en esta materia se entiende supeditada a lo que se resuelva con relación a un proyecto que simultáneamente fue objeto de elaboración por parte de otra Comisión, también designada por el Ministerio de Justicia (resoluciones 191/02 y 144/02), a la que le fue asignada la redacción de un proyecto de ley de Derecho Internacional Privado. Los intercambios de opiniones mantenidos entre ambas Comisiones se reflejan en buena medida en algunas de las soluciones adoptadas en la reforma societaria.

Es notorio que las interpretaciones de esta legislación han motivado grandes divergencias, en una materia cuya importancia se acrecienta con el incremento del comercio internacional y que se encuentra surcada por el influjo del derecho de los tratados, cuyos textos no son siempre coincidentes y en ocasiones aun abiertamente contradictorios.

Se ha dicho que nuestra ley incurre en una de las aludidas contradicciones cuando sienta el principio de sujeción de las sociedades a la ley del lugar de su constitución en el art. 118, mientras adopta el principio de la ley del domicilio en el art. 124. La Comisión mantuvo sin embargo estas reglas entendiendo que la contradicción no es insuperable a través de una lectura armonizadora. En tal sentido bien puede sostenerse que la ley de sociedades ha adoptado como principio el sometimiento a la ley argentina de las sociedades que, por su acto constitutivo o en los hechos, tienen su sede o su principal objeto en la República. A su margen, para todos los demás supuestos, deja a las sociedades sujetas a la ley del lugar de su constitución.

A partir del mantenimiento de la ley aplicable según ya se encuentra establecido en el derecho vigente, se ha desarrollado el alcance atribuido al sometimiento de la ley del lugar de constitución dispuesto por el

art. 118, el que se extiende con gran amplitud a la existencia, forma, validez, atribución de personalidad, finalidad, capacidad, funcionamiento, disolución, derechos y obligaciones de los socios.

Para el ejercicio del comercio, que se manifiesta por la instalación de un establecimiento, lato sensu, la sociedad debe cumplir la publicidad e inscripción registral requeridas por la ley argentina y a tal efecto acreditar su existencia, fijar un domicilio y designar un representante. Se reitera así lo actualmente dispuesto, prescindiendo de lo relativo a la decisión de crear la representación por entenderse que está implícita en la propia designación del representante; así como de la innecesaria referencia a la determinación de un capital "cuando corresponda por leyes especiales", por ser obvia.

En cuanto a la sociedad de tipo desconocido se sustituye el criterio del máximo rigor por el de la razonable analogía.

La innovación más importante consiste en la determinación concreta de las consecuencias del incumplimiento de los requisitos fijados para instalar establecimiento. Están ellas expuestas en el art. 119 y consisten en la responsabilidad solidaria de quienes hayan actuado en nombre de la sociedad no inscrita, la inoponibilidad del contrato o estatuto y la privación del ejercicio de derechos por actos cumplidos en la República hasta tanto efectúe su inscripción. Quede en claro que con tal regla no se niega la adquisición de derechos, ni se establece su privación ni su pérdida por la falta de inscripción, sino que se introduce una forma compulsiva de cumplimiento de los requisitos dispuestos legalmente supeditando su ejercicio a la previa inscripción. La misma solución se aplica para las sociedades constituidas en el extranjero infringiendo la regla del artículo 124.

En lo concerniente a la constitución de sociedad en la República por parte de sociedades constituidas en el extranjero que contempla el art. 123, siguiendo la orientación sentada por la jurisprudencia la regla se extiende a la adquisición de participaciones en sociedades ya constituidas. En este segundo supuesto la innovación consiste en la fijación de porcentajes a partir de los cuales la toma de participación impone el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma. Se introduce una sanción específica para el incumplimiento, que consiste en la privación del ejercicio de sus derechos sociales —que tampoco involucra en este caso la privación ni la pérdida de los derechos patrimoniales— guardando paralelismo con la regla del art. 119; y se esclarece el ámbito de la representación



constituida a estos efectos, limitándola expresamente a las relaciones vinculadas con el ejercicio de estas participaciones, a fin de evitar ciertas infundadas interpretaciones extensivas de las que ha sido objeto.

En relación con las representaciones en general, se propone una solución para colmar el vacío existente con respecto a los efectos de la presentación de la renuncia por el representante, generando problemas tanto para la sociedad constituida en el extranjero como para los terceros. Para remediar las discrepancias suscitadas por la omisión de una disciplina legal, se introduce un plazo de preaviso a la sociedad representada para que pueda designar nuevo representante y, por otra parte, se dispone la subsistencia del domicilio que constituyó la sociedad actuando por obra del renunciante, a fin de que los terceros no tropiecen con dificultades para el ejercicio de sus derechos; solución ésta que armoniza con la regla del art. 11, inc. 2.

Según ya quedó dicho, las reformas en el Capítulo II de la ley relativo al régimen de las sociedades en particular, atañen solamente a las de responsabilidad limitada y a las anónimas, sin mengua de las que indirectamente puedan incidir en las comanditas por acciones en razón de la aplicabilidad supletoria de las normas de las sociedades anónimas (art. 316).

En la ley 22.903 las reglas relativas a las sociedades de responsabilidad limitada fueron ya objeto de modificaciones importantes tendientes a dotarlas de una maleabilidad amplia a fin de que, por obra de la autonomía privada, pudiesen adecuarse funcionalmente para ser una pequeña sociedad anónima o una suerte de sociedad colectiva con responsabilidad limitada de sus socios.

El anteproyecto mantiene la orientación dada en 1983 pero añade algunas modificaciones importantes. Puede ser constituida por un solo cuotista, haciendo así realidad lo que sin ningún eco había propuesto el senador Alfredo Guzmán durante el debate del proyecto que se convirtió en ley 11.645 (Adla, LVI-A, 1221). Ahora se introduce en nuestro derecho bajo el influjo de una fuerte tendencia que se manifiesta en el derecho comparado, de la que ya se hicieron eco los proyectos de unificación del derecho privado.

Se fija un capital mínimo, como también es requisito generalizado en el derecho comparado. Su cuantía es modesta para no restringir su acceso al empresario individual que quiera operar bajo esta forma jurídica a fin de

limitar su responsabilidad. Como factor compensatorio, para facilitar el acceso al crédito, se reintroducen las cuotas de garantía, al que alguna interpretación judicial le negó licitud bajo la legislación vigente.

Para aligerar más la situación de los herederos que se incorporan por obra de una cláusula de continuación incluida en el acto constitutivo, se establece en el artículo 155 la posibilidad de que ejerciten el derecho de receso.

En lo relativo al régimen orgánico, se destaca la introducción de una norma para solucionar la vacancia de la gerencia, se efectúa una extensión de los supuestos de fiscalización obligatoria que incluye a las sociedades unipersonales, se contempla la posibilidad de requerir la actuación de una auditoría externa. Se ha fijado el deslinde de las materias que deben ser objeto de resoluciones de los socios y se han contemplado los casos en que éstas deben adoptarse en deliberaciones asamblearias, con un más elaborado régimen de mayorías y la posibilidad de que el acto constitutivo otorgue un derecho diferenciado de voto a los cuotistas. Se regula la impugnabilidad de las resoluciones sociales y se introducen las reglas pertinentes a las actas del órgano de administración, así como las aplicables en las sociedades unipersonales.

El ordenamiento legal de la sociedad anónima es objeto de más extensas modificaciones, porque este es el tipo en el que se manifiestan los cambios más sensibles y donde mayores repercusiones han alcanzado las discrepancias interpretativas, a lo que se suman las repercusiones del decreto delegado N° 677/01.

Cabe reiterar inicialmente lo dicho acerca de la incorporación de varias reglas relativas a la anónima unipersonal, que podría ser constituida tanto por persona física como jurídica. Entre ellas, la subordinación del crédito de estos socios a los de los demás acreedores de la sociedad (art. 163), la integración total del capital que deben efectuar al constituir la sociedad y en ocasión de cada aumento (art. 187), la sustitución del contrato de suscripción por una declaración asentada en el libro de actas (art. 186), la formalización de resoluciones del accionista único en ejercicio de las competencias asamblearias (art. 233).

Con relación al capital social se aumenta el mínimo en consonancia con la significación del tipo. Pero además se incorporan reglas acerca de dos situaciones no contempladas en los textos vigentes —con frecuencia vin-

culadas con un estado de infracapitalización— que han sido objeto de regulación en el artículo 190. Una de ellas concierne a los llamados aportes a cuenta de futuras emisiones; la otra a los préstamos que efectúan los socios o sus allegados y las sociedades del grupo, en situaciones que de ordinario requerirían un aumento de capital. La solución principal y común para ambas situaciones es la consideración de tales aportes y préstamos como créditos subordinados; a lo que se añade aun, con relación a los préstamos, que aquellos devueltos en el año precedente a la insolvencia, deben ser restituidos a la sociedad.

El derecho de preferencia se extiende a las acciones preferidas y se introduce la posibilidad de limitarlo para destinar un porcentaje del aumento de capital a favor del personal dependiente de la sociedad o de otra controlada, dando en tal caso una gama de posibilidades entre las cuales la de atribuir las liberadas o parcialmente integradas y la de extender a cinco años el plazo de integración. Es una innovación que ya tiene difusión en el derecho comparado y que, a diferencia de los bonos de participación de la legislación vigente, otorgan al personal la plenitud del estado de socio que no caduca con la extinción de la relación laboral.

La prima de emisión es facultativa en el derecho vigente a diferencia de lo dispuesto por otras legislaciones, como la brasileña. En la reforma se impone como necesaria cuando se limita el derecho de preferencia (art. 197, inc. 3) y para evitar manejos abusivos también se le asigna carácter obligatorio cuando exista una disparidad entre el valor nominal y el valor patrimonial que exceda el treinta por ciento, aunque en este caso puede la asamblea dispensarla si no media oposición de accionistas que representen el 5% del capital social (art. 202).

En ocasiones se han planteado situaciones conflictivas o al menos perturbadoras para el buen funcionamiento de las asambleas por obra de la pasividad de los accionistas. Una de ellas es la que concierne a las acciones que no son canjeadas, las inscritas a nombre de personas fallecidas o de sociedades liquidadas. La situación se agrava frente a la jurisprudencia que, incurriendo en una hipóstasis del estado de socio, lo declara imprescriptible como si fuera algo diverso del plexo de los derechos que conciernen al accionista. El artículo 208 propone una solución a este respecto que incluye la desconsideración de estas acciones para la integración del quorum. Otro supuesto es el de los socios que durante un lapso no participan ni siquiera para la percepción de sus dividendos. Son accionistas que figuran en los registros, pero desaparecidos de toda actividad

societaria. La consecuencia es paradójica ya que si bien los socios no pueden ser censurados por omitir el ejercicio de sus derechos patrimoniales, con esa pasividad pueden generar dificultades para el regular funcionamiento de las asambleas en cuanto su inasistencia incide en el "quorum" para la constitución de dicho órgano. Es un problema que de ordinario se plantea en las sociedades con reducido número de accionistas, pero que puede ser superado con la solución propiciada en la reforma del artículo 238 donde se encuentra previsto que a estas acciones también se las excluye para el cómputo del "quorum".

La transmisibilidad de las acciones puede ser estatutariamente vedada por un período no superior a tres años. En las prácticas actuales es una regla que suele incluirse en las convenciones de accionistas, cuando las partes han considerado esencial el mantenimiento del cuadro de sus socios por motivos vinculados con el crédito u otros perfectamente lícitos. Pero la fragilidad de tal solución radica en la inoponibilidad de estas cláusulas a la sociedad, precariedad que no padece el temporal bloqueo mediante su incorporación al estatuto, tal como ya lo admite alguna legislación y se incluye en el texto propuesto para el artículo 214. En cuanto a las restricciones estatutarias a la transmisión de las acciones, se incorpora en el mismo artículo una solución adoptada por algunas legislaciones y que ya ha tenido en nuestro medio cierta repercusión jurisprudencial, conforme a la cual sólo puede hacerse valer la restricción si la sociedad que niega la aquiescencia presenta un adquirente o ella misma adquiere las acciones. También en este lugar se esclarece que la autorización para transferir acciones sujetas a limitación, corresponde al directorio salvo que el estatuto la reserve a la asamblea y se fija supletoriamente un plazo para decidirla. Y en el artículo 215 se modifica el efecto de la transmisión, otorgándole operatividad respecto de la sociedad desde su notificación o desde que se concede la conformidad cuando está sometida a restricciones, con lo que se superan actuales dificultades prácticas provenientes, en especial, de la corriente jurisprudencial que atribuye efectos constitutivos a la inscripción de las transmisiones en el Registro de Acciones. Se esclarece también sobre quienes recae la obligación de inscribir, el plazo a tal fin, así como el procedimiento a cumplir en caso de transmisión por causa de muerte.

Con relación al voto plural, que padece una generalizada hostilidad en el derecho comparado, no se ha innovado salvo en cuanto a la prohibición de emitirlas a las sociedades autorizadas a la oferta pública que se hace extensiva a sus controlantes. Y también en relación con la posibilidad de

que estatutariamente se conceda doble voto a las acciones que se hayan mantenido en cabeza del mismo accionista durante tres años, que se añadió en el artículo 216 como un medio dirigido especialmente a estimular la inversión antes que la especulación bursátil.

Asimismo con relación al derecho de voto, se lo extiende a las acciones preferidas privadas de él, para darles una razonable participación en la elección de los integrantes de órganos dotados de funciones de fiscalización, así como para el nombramiento de la comisión de auditoría y de la auditoría externa (art. 217).

Como una señal de advertencia sobre el exceso de endeudamiento se dispone el cumplimiento de una información destacada cada vez que la emisión de títulos de deuda alcance la mitad del capital social. Se consideró más prudente esta regla en el estado actual de la economía del país, en vez de operar más drásticamente, como lo hacen diversas legislaciones, que lisa y llanamente prohíben emisiones que superen ese porcentaje o aun menores.

Así como se torna explícita la prohibición de suscribir sus propias acciones (art. 220), se veda a la sociedad también anticipar fondos, otorgar préstamos o asistir financieramente a la adquisición o suscripción de sus acciones o las de su controlante o implementar una fusión de suerte tal que el precio de las acciones compradas recaiga sobre la sociedad que las emitió (art. 222). Es una regla limitativa del cuestionado apalancamiento o "leveraged buyout".

Una mayor gravitación del órgano de gobierno se refleja en ciertas ampliaciones de la competencia de la asamblea ordinaria, que importan al mismo tiempo esclarecimientos sobre situaciones no definidas en el derecho vigente. Tal es lo que ocurre con respecto al otorgamiento de garantías por obligaciones de terceros, a la decisión de constituir filiales o de adquirir participaciones que excedan cierto porcentaje, así como la concerniente a la celebración de convenciones de voto. Se determina por otra parte que las asambleas que deban considerar los ejercicios se celebrarán dentro de los cuatro meses de su cierre, con una posibilidad de prórroga hasta seis si está autorizada por el estatuto (art. 234).

La regulación de la convocatoria incluye ciertas innovaciones, en alguna medida influidas por el decreto delegado 677/01. Ingresas así la posibilidad de la notificación domiciliaria y aun el derecho a requerirla a costa del

accionista, el reconocimiento de la posibilidad de presentar comentarios o propuestas sobre puntos incluidos en el orden del día a quienes representen un 2% del capital social, iniciativas que deben estar a disposición de los socios según lo establecen los artículos 67 y 236. En cuanto a la asamblea unánime, que no está sujeta a formalidades de convocatoria, se admite que adopte resoluciones por mayoría, salvo que el estatuto imponga la unanimidad para estos casos.

En cuanto a la concurrencia a la asamblea se fijan los requisitos para la representación por las entidades depositarias o encargadas del registro de acciones y que deben cumplir todos los que realicen solicitud pública de poderes. Se esclarece, por otra parte, la posibilidad de asistencia de técnicos o personal jerárquico de la sociedad y se da solución a la controvertida presencia de asesores que acompañan a los accionistas (art. 240).

La posibilidad de la participación a distancia en las asambleas, con inclusión para el cómputo del "quorum" de las acciones que concurren sin la presencia física de accionistas, el deber de informar en el transcurso de la asamblea y sus límites, el sentido negativo que corresponde atribuir a los votos en blanco o abstenidos, son materias que se encuentran contemplados en los artículos 240 y 242.

Queda esclarecida la unidad de la asamblea que ha sido celebrada con un cuarto intermedio, si bien requiriendo acta de cada reunión; y también se esclarece la situación generada por falta de confección del acta al disponerse que, al margen de la responsabilidad que incumbe a los incumplientes, todo interesado se encuentra legitimado para deducir una acción declarativa de certeza (art. 249).

La omisión del texto vigente acerca de la impugnación de las resoluciones asamblearias afectadas por nulidades absolutas, que se contemplaba en la primigenia redacción de la norma, es remediada por la reforma del artículo 251 que las incorpora con un alcance restrictivo. Obviamente son imprescriptibles. En lo demás se mantiene el régimen de caducidad actual, con la salvedad de la solución particular que se añade para el caso de las resoluciones adoptadas sobre materias no incluidas en el orden del día que no quedan alcanzadas por la caducidad y prescriben a los tres años.

Motivo de larga controversia ha sido la solución adoptada por la ley 19.550 que fija por referencia al valor del último balance el atribuible a las acciones con las que se ejercita el receso. El anteproyecto la mantiene

teniendo en cuenta su practicidad, pero la flexibiliza en el sentido de que el recedente disconforme puede cuestionar este valor a través del procedimiento establecido en el artículo 15. Aunque el texto propuesto no lo dice, es obvio que para abrir esta posibilidad, el accionista debe dejar establecida la debida reserva, pudiendo manifestarla hasta el momento en que se le paga la suma estimada según balance.

Entre las modificaciones más sustanciales y también más controvertidas introducidas en el régimen de las sociedades anónimas en los últimos tiempos, ocupa lugar preponderante la que concierne a las alternativas que se ofrecen para implementar la administración y la fiscalización interna, con la inevitable incidencia que las opciones generan en las atribuciones y composición de los órganos. La clásica distribución de funciones entre el directorio, a cargo de la administración, gestión y representación, la sindicatura que ejerce el control contable y de legalidad y la asamblea que en definitiva delibera sobre los resultados de la gestión y resuelve sobre la actuación de los administradores y síndicos, es un módulo que subsiste en nuestro derecho pero que ya en lo concerniente a las sociedades anónimas autorizadas a la oferta pública ha conocido las alteraciones introducidas por el decreto delegado 677/01. Frente a esta innovación y a las opciones que se proponen desde el derecho comparado, el anteproyecto mantiene el esquema orgánico ordinario o clásico, así como la alternativa que ofrece la organización del consejo de vigilancia, con algunas modificaciones que se reseñarán más adelante.

Sabido es que de la legislación alemana surgió el llamado modelo dualista, adoptado con variantes por el derecho francés, por nuestra ley 19.550 y por la reciente reforma italiana. En este sistema aparece un nuevo órgano, el consejo de vigilancia, que se sitúa entre la asamblea y el directorio o consejo de gestión, sustituye a la sindicatura cuyas funciones asume, aunque tiene poderes más extensos en detrimento de la asamblea. Se ha dicho que, en distinta medida según las legislaciones, degrada a la asamblea porque nombra y revoca a los administradores y aprueba los balances; y concurrentemente con la asamblea, ambos órganos tienen la iniciativa en la acción de responsabilidad de los administradores. El derecho alemán les otorga atribuciones en materia de gestión, mientras el derecho francés se las reconoce sólo si están previstas en el estatuto, característica ésta que explicaría, según se ha opinado, la escasa difusión que el modelo ha tenido en Francia. En el reciente decreto legislativo italiano se integra con no menos de tres miembros, socios o no,

revocables libremente, con requisitos de independencia menos rigurosos que los impuestos a los síndicos, pero uno de ellos debe estar inscripto en el registro de revisores de cuentas del Ministerio de Justicia. Galgano explica la conveniencia de este sistema para sociedades con capital muy disperso entre pequeños accionistas, como también para las de reducida base accionaria cuando, como en el caso anterior, su elenco carece de socios idóneos o interesados en la dirección; y, asimismo, cuando el capital está concentrado en manos de inversores institucionales que no quieren comprometer su responsabilidad en funciones dirigentes. No excluye, sin embargo, que pueda ser elegido por un capital de comando concentrado cuando busca sustraerse al control de una sindicatura no revocable sin justa causa.

El sistema monista se inspira en el régimen estadounidense y es el que orienta al organizado por el decreto delegado 677/01. Concentra en el consejo de administración o directorio las funciones de control, careciendo de sindicatura. Del seno de este consejo, elegido por la asamblea y parcialmente integrado por miembros que deben reunir requisitos rigurosos de independencia, con frecuencia fijados en códigos de comportamiento, el propio consejo elige un comité de control o de auditoría entre los independientes, que no podrán tener funciones ejecutivas o de gestión. Las ventajas que se predicán de este sistema son la proximidad que los fiscalizadores o controladores tienen con los organismos de gestión y el efecto que se logra en el cumplimiento más atento de la legalidad y de la eficiencia por parte de quienes tienen funciones de gestión, ya que su verificación es contemporánea e inmediata. Cabe aquí señalar que estas ventajas se logran asimismo, en buena medida, en los sistemas que, como el de la ley 19.550, establecen una sindicatura que participa en las reuniones del directorio; el defecto de éstos se vincula, en todo caso, con la ausencia de serios requisitos de independencia para la designación de los síndicos. Como contrapartida de las ventajas atribuidas al sistema monista se advierte —en discordancia con lo que caracteriza a regímenes de estructura piramidal basados en un organicismo diferenciado— la presencia de un verdadero órgano (el comité) insertado dentro de otro órgano (el consejo de administración o directorio). No se trata de la mera articulación operativa, dentro del consejo, de ciertos administradores sin funciones delegadas o ejecutivas, con participación activa en las decisiones que no ejecutan pero votan, sino de la integración de dos órganos provenientes de la designación por un mismo grupo, en un caso por elección directa y en el otro indirecta, es decir que controladores y controlados



tienen una misma procedencia. A partir de esta comunidad de origen, se produce una convivencia entre los que administran y los que vigilan su gestión, no siempre con un deslinde muy preciso de áreas de competencia ni, en el caso de nuestro decreto 677/01, de las relaciones jerárquicas entre ellos, si es que existen, ya que mientras por un lado los miembros del comité parecen directores disminuidos por su desplazamiento de funciones delegadas o ejecutivas, por otro tienen privativamente ciertas funciones y aun pueden obligar a los otros directores a concurrir a sus propias "sesiones".

Frente a este cuadro sumariamente descripto, quedó ya dicho que el anteproyecto mantiene el sistema ordinario, tal como lo hizo la reforma italiana, aunque introduciendo modificaciones especialmente importantes en cuanto concierne al fortalecimiento de la sindicatura; y asimismo deja subsistente el ya incorporado sistema dualista, también con ciertas reformas. No ha considerado en cambio ventajoso el sistema monista, habida cuenta que sus beneficios pueden ser alcanzados sin necesidad de incurrir en lo que, con una referencia al derecho italiano que es válida para el argentino, Montalenti ha considerado una no convincente hibridación extraña a nuestra tradición jurídica.

En consonancia con lo expuesto, no introduce el anteproyecto alteraciones en los lineamientos troncales de la actual regulación del órgano de administración. Las modificaciones que se proponen tienden en general a esclarecer o complementar las disposiciones vigentes. En tal sentido cabe mencionar la previsión del nombramiento de un suplente por cada director titular (art. 255), el régimen del reemplazo temporal o definitivo y de la vacancia del directorio (art. 258), el procedimiento a seguir en caso de renunciaciones de directores (art. 259), la exigencia de incorporar al estatuto un reglamento de funcionamiento del directorio, el voto preponderante del presidente, la admisión de las deliberaciones a distancia y su incidencia en la confección de las actas (art. 260), todo lo cual se encamina a favor de la regular continuidad en la actuación de este órgano.

También con el propósito de superar algunas discrepancias interpretativas se han efectuado modificaciones en los textos relativos a las remuneraciones de los directores. Se ha incluido expresamente la posibilidad de que consista en una suma fija que prescinda de todo vínculo con las utilidades, solución que facilita una salida para la administración de sociedades que atraviesan un giro desfavorable en sus resultados. Como contra-

partida también se ha previsto la restitución de las remuneraciones cuando encontrándose la sociedad en situación de insolvencia, los administradores no demuestren que percibieron cuantías acordes con el estado patrimonial que resultaba de balances correctamente confeccionados en los ejercicios inmediatamente anteriores (art. 261).

Con respecto a la elección de los directores se esclarece la proporción máxima que puede existir entre el número de los directores electos por una categoría y el capital que ésta representa (art. 262). Y con el propósito de consolidar la posibilidad de la representación minoritaria en la elección por voto acumulativo se establece que en el cómputo de los votos ningún candidato puede sumar votos obtenidos por el sistema ordinario con los resultantes del voto acumulativo. Se reintroduce por otra parte la regla "simul stabunt simul cadent" presente en el texto primigenio de la ley 19.550, que por un error material no se reprodujo con la reforma de la ley 22.903 (art. 263, incs. 6 y 11).

Se incluye entre las prohibiciones para ser director a los administradores de sociedades concursadas cuando el juez los separe de la administración y a los administradores de sociedades que han sido revocados con justa causa (art. 264).

Un reordenamiento de la disciplina sobre los contratos de los directores con la sociedad, incluye una regla sobre los contratos del socio único con la sociedad, dado que no será infrecuente que este socio sea a su vez el director y, en todo caso, atendiendo a su exclusivo poder de decisión, lo que permite dispensar la asistematicidad de la norma. Y también se hace eco de las reglas del decreto 677/01 acerca de los contratos en las sociedades autorizadas a la oferta pública y, con alcance general, establece la aplicabilidad de estas normas a los contratos celebrados entre la sociedad y partes relacionadas (art. 271).

En el derecho vigente, el artículo 272 deja a la iniciativa de cada director la declaración de la existencia de un interés contrario al de la sociedad y el consecuente deber de abstenerse en la deliberación. La modificación de esta regla impone a los directores la obligación de manifestar la existencia de cualquier interés que tengan por cuenta propia o ajena y serán los demás directores quienes juzguen si se configura un conflicto y el deber de abstención. La nueva regla añade una solución para los casos en que esa situación se plantea en los directorios unipersonales, colmando el actual vacío legislativo.

La responsabilidad por el mal desempeño en el cargo es objeto de una reformulación que, en lo principal, busca armonizar la solidaridad mantenida como regla general, con la imputación personalizada que corresponde efectuar atendiendo a la actuación que en el caso le cupo a cada director (art. 274). El procedimiento para declarar la responsabilidad, decidir el ejercicio de la acción social y la legitimación de los accionistas encuentra en los textos propuestos un más ordenado desarrollo. También se ha tenido en cuenta la situación planteada por la declaración de mal desempeño cuya consecuencia es la remoción de los administradores, siendo que esta resolución a veces se decide por el voto de los accionistas minoritarios dado que, por la prohibición del artículo 241, no han podido votar los accionistas mayoritarios por ser precisamente los directores imputados. Para superar esta enojosa situación se dispone en el artículo 275 que dándose esta circunstancia la remoción debe demandarse judicialmente. A ello se agrega una disposición específica sobre la prescripción aplicable, optándose por una regla en armonía con lo dispuesto por el artículo 848 inciso 1° del Código de Comercio y disponiéndose que el inicio de su curso no podrá ser posterior al cese en el desempeño de la función.

No obstante las críticas que se han levantado contra el decreto 677/01 por la regla que introduce permitiendo el ejercicio de la acción social de responsabilidad en el interés individual del accionista que la dedujo (art. 75 del Capítulo VIII), el anteproyecto mantiene una adaptación de esta solución teniendo en cuenta el beneplácito con que se ha recibido la innovación haciéndose mérito de su practicidad.

Tal como se dispusiera desde su introducción en nuestro derecho con la ley 19.550, el consejo de vigilancia —con el que ha sido caracterizado el llamado sistema dualista— se mantiene como una de las alternativas de la fiscalización interna, aunque se introducen ciertas modificaciones que le dan mayor relieve. Así, en vez de dejar abierta la posibilidad de mantener subsistente la sindicatura, no obstante que sus funciones le fueron también atribuidas a este consejo, la reforma sustituye a la sindicatura por una auditoría externa y establece que quien la desempeñe sólo puede ser removido por justa causa. Además se agregan a las funciones de este consejo, amplias posibilidades para requerir informaciones sobre los negocios en curso aun cuando sean del resorte del directorio. Y a través de la remisión a las robustecidas atribuciones de la sindicatura, que el consejo acumula, queda en situación de cumplir una eficiente vigilancia sobre la gestión social.

Las sociedades autorizadas a la oferta pública pueden optar entre este consejo de vigilancia, con atribuciones y deberes incrementados (art. 283), y una comisión de auditoría que también tiene el mismo acrecentamiento de funciones y que actúa como órgano sustitutivo de la sindicatura (art. 298). En el primer caso, el consejo de vigilancia actuando en pleno puede asumir esas incumbencias o dejar su ejercicio en cabeza de un comité de auditoría designado por la asamblea e integrado mayoritariamente por personas independientes de la sociedad, sus controlantes, controladas o vinculadas, así como de socios con una participación que exceda el 5% de su capital. Como garantía de independencia sus miembros no pueden ser removidos sin justa causa. En el segundo caso, vale decir cuando no se adopta el consejo de vigilancia, estas sociedades deben constituir una comisión de auditoría, requiriéndose que sean asimismo independientes la mayoría de sus miembros, a los que se les aplica en general las reglas establecidas para los síndicos, con lo que tampoco podrán ser removidos sin justa causa. Actuará con ella una auditoría externa designada por la asamblea de accionistas. A través de estas alternativas, el anteproyecto persigue desvincular del ámbito administrativo las funciones de control y, por ende, desplazarlas del directorio donde las sitúa el decreto 677/01 en seguimiento del sistema monista.

Con las remisiones que efectúan tanto el régimen del consejo de vigilancia como el de la comisión de auditoría, quedan ambos vinculados por el nexo de la absorción que en ellos se cumple de las atribuciones y deberes de los síndicos. Frente a este dilatado marco de aplicación, es importante destacar la importancia de las reformas que se proponen al articulado relativo a este órgano, al que se ha procurado dotarlo de las características requeridas para una fiscalización eficiente.

Aunque con las reformas introducidas no se cumple el ideal de sustraer la designación de los síndicos del poder de decisión de la misma mayoría que designa a los administradores, las limitaciones de voto, por una parte, y su extensión a todas las acciones, por otra, el mantenimiento de la posibilidad de elección por clases y por voto acumulativo (art. 284), así como especialmente la introducción de la incompatibilidad de su desempeño con cualquier otra tarea para la sociedad, sus controlantes, controladas y vinculadas o con toda situación que pueda comprometer su independencia (art. 286, incisos 4 y 5), la fijación de un plazo de tres años de duración a sus funciones que le otorga una razonable continuidad a la tarea, complementada con su irrevocabilidad sin justa causa (art. 287), dotan de amplias garantías para que el órgano esté en condiciones de cumplir con

eficiencia la fiscalización a su cargo. Además sus atribuciones han sido incrementadas con reglas como vgr. las que imponen el control de la gestión social, la explicación de los procedimientos seguidos para dictaminar sobre la confiabilidad de las cuentas, la fiscalización de la legalidad de las modificaciones del capital, del aporte a cuenta de futuras emisiones o de la emisión de obligaciones o debentures, las investigaciones de oficio y el novedoso procedimiento de alerta frente a hechos que puedan comprometer la continuidad de la empresa (art. 294, incs. 1, 6, 7, 9, 10).

Con lo expuesto quedan descriptos los lineamientos generales del anteproyecto de reformas, así como algunas de las más relevantes modificaciones o innovaciones que se proponen. Una atenuación del dirigismo normativo está presente en materias troncales, tal como acontece en relación con la tipicidad o con la ingerencia judicial en la administración y funcionamiento de las sociedades. Por otra parte se ha tendido a resolver problemas interpretativos largamente controvertidos, se intenta colmar vacíos de la legislación como los relativos a las convenciones de accionistas, los aportes a cuenta de futuras emisiones y los préstamos de los socios y se ha propuesto la recepción de algunas experiencias del derecho comparado.

La iniciativa queda abierta a la opinión y al debate de los cultores del derecho y de los protagonistas de las actividades empresarias que permita alcanzar una fundada valoración de esta tarea preparatoria, para así lograr en definitiva la necesaria actualización de nuestro derecho societario. ♦

## LA SOCIETAS EUROPÆA

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (\*)

La "Societas Europæa" es un tipo de anónima utilizable a partir de octubre del 2004, por anónimas asentadas en distintos países de la Comunidad Europea para concentrarse empresarialmente aunque en algunos supuestos también cabe a sociedades de responsabilidad limitada y a entidades públicas o privadas que cumplan actividades económicas.

Su designación en latín y la consiguiente sigla SE tienen un obvio sentido unificador sin perjuicio de las variantes fonéticas según la pronunciación germánica, la itálica, la hispánica etc.

Para preparar esta comunicación me he valido de la reciente obra del profesor de Bahía Blanca Doctor Diego Arturo J. Duprat discípulo del maestro Morello que me invitó a prologarla.

Tal obra se titula "La Societas Europæa - Origen y desarrollo del estatuto de la sociedad anónima europea" y es en lo que yo conozco, el trabajo mas completo en nuestra lengua desde el libro del español Rafael Pérez Escolar aparecido en la década del 70 que estaba dedicado al comentario del Proyecto de sociedad anónima europea propuesto por la Comisión de la Comunidad al Consejo de la Comunidad.

El libro de Duprat analiza el origen y desarrollo de la cuestión y explica el estatuto de la SE aprobado por el Consejo de la Comunidad en noviem-

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 11 de setiembre de 2003.

bre del 2001 con carácter de Reglamento o sea una normativa obligatoria para los Estados miembros, Reglamento complementado por una Directiva o sea una normativa recomendada a los Estados miembros sobre la participación de los trabajadores, lo que regirá como antes se dijo a partir de octubre del 2004.

La SE es un tipo de anónima comunitario pero que no está regida por la jurisdicción comunitaria ni por normas de derecho comunitario salvo las resultantes del Reglamento.

La SE está sujeta a la jurisdicción y a la ley del Estado en que se registre ello sin perjuicio de que las legislaciones de los Estados miembros se han ido armonizando conforme a diversas Directivas concernientes v.g. a los estados contables, a las incumbencias y responsabilidades de los miembros de los órganos sociales y a determinados procesos societarios como la fusión, la transformación y el cambio de domicilio.

La sanción del Estatuto de la SE logrado tras un proceso de 30 años es un imprescindible paso mas en el propósito de la unificación europea tras los desastres de la Gran Guerra y de la Guerra Mundial.

Tal unificación se ha procurada mediante un lento aunque constante proceso.

Primero fueron las Comunidades del Carbón y del Acero y de la Energía Atómica a las que siguió el Tratado de Roma de 1957 celebrado entre 6 Estados uno de ellos la Alemania occidental separada de la oriental.

Este Tratado inició una zona de libre comercio para la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales y hoy llega a una unión aduanera con 15 Estados miembros uno de ellos la Alemania unificada, estando decidida la próxima incorporación de 10 Estados más.

A esto se suma que 12 de los 15 miembros actuales integran una Unión Monetaria, la zona del euro.

En este plan de integración es fundamental la uniformidad legislativa, uniformidad legislativa que es más fácil de lograr en el campo del tráfico mercantil por la realidad del "jus mercatorum" que en otras áreas como pueden ser las de la familia o la propiedad.

La recién incorporación de China al comercio mundial no obstante sus particulares enfoques sobre la familia y la propiedad, así lo evidencia.

Dentro del tráfico mercantil es esencial la empresa en su forma organizativa mas adecuada o sea la anónima.

Con estos enfoques la Comunidad Europea ha sancionado el Reglamento que comentamos para facilitar la unión de las fuerzas de las empresas europeas mediante operaciones de concentración y fusión entre anónimas de distintos Estados y así dicen los considerandos del Reglamento.

Es una experiencia valiosa desde el punto de vista especulativo a la luz del Derecho, la Historiografía jurídica y la Sociología jurídica pero además reviste una importancia práctica en lo referente al Mercosur.

El proceso de logro de una sociedad europea se inicia en 1949 pero su primer paso relevante lo dio con el Proyecto redactado en 1966 por el profesor holandés Sanders que abarcaba unos 200 artículos.

Sobre la base del Proyecto Sanders la Comisión de la Comunidad redactó el propio en 1970, Proyecto que alcanzó a casi 300 artículos.

Este Proyecto de 1970 mereció importantes cuestionamientos y entre ellos los que seguidamente se exponen.

La registración de una SE incumbía al Tribunal de Justicia de la Comunidad y los jueces locales debían aplicar el estatuto y en defecto del mismo las reglas o principios comunes a los Estados miembros.

Es decir que se desplazaba la jurisdicción y la ley de los Estados miembros a la jurisdicción y la ley de la Comunidad en lo referente a la constitución y funcionamiento de la SE.

A esto se sumaba que el Proyecto incluía normas comunitarias sobre derecho contable, grupal, falencial, fiscal y penal que prevalecían sobre las normas locales.

Otra objeción importante consistió en que el Proyecto seguía el régimen organizativo de la anónima alemana o sea el sistema de administración dual o de la doble fila.

Según el mismo los accionistas eligen un consejo de vigilancia y los consejeros nombran a los directores o administradores del patrimonio social.



Es decir que los accionistas no eligen a los administradores a lo que se añade que la aprobación de los estados contables de los que resulta la existencia o no de ganancias y por ende la posibilidad de la asignación de dividendos, está a cargo del consejo.

Es un sistema semejante al de la corporación norteamericana en la que los accionistas eligen a la Mesa Directiva o Board of directors que a su vez delega la administración en los ejecutivos no nombrados por los accionistas a lo que se suma que el Board aprueba los estados contables y la distribución de dividendos, temas estos que han llevado a los arbitrios del voto acumulativo y de la designación de directores independientes.

El sistema dual de administración obligatorio fue resistido.

El Proyecto del Consejo no sólo incluía el sistema dual sino la integración paritaria del consejo de vigilancia por accionistas y trabajadores o sea el régimen alemán de la cogestión.

Tal solución fue rechazada por el sindicalismo italiano para él que no conviene a los trabajadores participar de la gestión empresaria junto con los accionistas sino negociar con los accionistas las condiciones laborales ello al margen de la administración del patrimonio social.

Es interesante constatar como los grandes inversores institucionales (fondos, aseguradoras, bancos) estiman prudente invertir en anónimas pero no intervenir en la administración del patrimonio societario, ello quizás con la excepción de los bancos alemanes, lo que ha dado lugar al régimen de los directores independientes postulado por la OCDE y seguido en el país por el decreto delegado 677/01 (Adla, LXI-B, 1979).

Otra discrepancia surgió porque el Proyecto de 1970 admitía tanto las acciones nominativas como las acciones al portador, fórmula esta última objetada por el Fisco italiano.

Si bien el Código Civil de 1942 admite tanto las acciones nominativas como las acciones al portador a raíz de la guerra se impuso la nominatividad obligatoria, régimen que se mantuvo por razones recaudatorias.

También el Proyecto de 1970 incursionó en derecho contable, grupal, falencial, fiscal y penal.

Así tenía normas imperativas sobre:

- 1) Exposición contable y su fiscalización.
- 2) Grupos de sociedades, responsabilidad de la sociedad dominante, protección de los accionistas libres.
- 3) La quiebra conforme a los principios de unidad y universalidad, la extensión de la quiebra, el período de sospecha o período crítico etc.
- 4) El tratamiento fiscal de la constitución de una SE, de su funcionamiento y de la transferencia de domicilio.
- 5) Las sanciones penales respecto de estados contables falsos, informaciones tendenciosas, transmisión de acciones no integradas y comercio del voto.

Todo ello era considerado avasallador por los Estados miembros.

También se impugnó el excesivo reglamentarismo.

En consecuencia el Proyecto de 1970 con sus 284 artículos fue desechado y es un ejemplo de lo que no hay que hacer si se pretende alcanzar una legislación uniforme para consolidar un bloque.

Su reemplazante es el Reglamento del 2001 de sólo 70 artículos y mucho más flexible pues deja en pie la jurisdicción y ley de los Estados miembros.

Se ha objetado que ello llevaría a 15 estatutos de SE diferentes según la interpretación de los Tribunales de cada uno de los 15 Estados.

La observación es exacta y en nuestro país se ha dado el caso de interpretaciones divergentes respecto de la misma norma las Cámaras de la Capital y la Suprema Corte de la Pcia. de Bs. Aires.

Se ha respondido que la solución adoptada por el Reglamento era la posible.

Veámosla.

La SE es una anónima con las reglas clásicas de la personalidad distinta de las de los accionistas y la limitación de responsabilidad de los accionistas a su aporte.

La personalidad jurídica se adquiere con la registraci3n.

Mantiene la pauta fundamental del capital con lo que descarta las corrientes doctrinarias que consideran in3til al capital en cuanto garant3a para los acreedores y aliciente para los accionistas inversores pues ha sido desplazado por el flujo de fondos.

El criterio del Reglamento parece acertado tras el estallido de las tecnol3gicas.

El Reglamento no s3lo conserva la regla del capital sino la regla del capital dividido en acciones integradas parejamente con lo que tambi3n se aparta del sistema de acciones sin valor nominal que posibilita la integraci3n despareja de las acciones.

Adem3s el Reglamento impone un capital m3nimo de 120.000 euros digamos unos 140.000 d3lares.

La SE debe tener su domicilio dentro de la Comunidad en el mismo Estado miembro que su administraci3n central y adem3s el Estado donde se registre la SE podr3 requerir que la administraci3n central y el domicilio de la SE est3n en el mismo lugar.

Estas normas hacen a la jurisdicci3n y a la ley.

Es de notar que en nuestro ordenamiento sobre sociedades externas, los Tratados de Montevideo y la CIDIP respectiva reenv3an a la ley del lugar del domicilio y la LS lo hace a la ley de lugar de constituci3n.

Para resolver el controvertido t3pico de la cogesti3n, el Reglamento dispone que no podr3 registrarse una SE sin dar cumplimiento a la Directiva sobre implicaci3n o participaci3n de los trabajadores en la gesti3n de la SE.

Las SE se rigen por el Reglamento y en lo no dispuesto por el Reglamento por las disposiciones que adopten los Estados miembros aplicando las reglas comunitarias que se refieran especialmente a la SE y por las disposiciones aplicables a las sociedades an3nimas del Estado donde se registre la SE.

Como antes se dijo la finalidad del Reglamento es posibilitar la concentraci3n entre an3nimas europeas de distintos estados y para ello contempla 4 v3as a saber: la fusi3n, la constituci3n de una sociedad

holding o matriz común, la constitución de una filial común y la transformación en SE de una sociedad anónima de un Estado que tenga una filial en otro.

La fusión requiere que al menos dos de las sociedades fusionantes estén sujetas al ordenamiento jurídico de 2 Estados miembros.

Sigue los lineamientos clásicos del instituto o sea la fusión por absorción o incorporación y por constitución o consolidación, la disolución sin liquidación de las sociedades incorporadas o consolidadas, la transmisión a título universal de los patrimonios de las sociedades disueltas a la sociedad fusionaria y el canje de las acciones de las sociedades disueltas por acciones de la sociedad fusionaria todo ello con tutela de los derechos de acreedores, incluidos trabajadores y accionistas según el régimen del Estado donde se registre.

Como novedad respecto del régimen de la LS prevé un régimen de fusión abreviado al estilo norteamericano del short-merger cuando la incorporante es titular del 100% o de más del 90% de las acciones de la incorporada.

La segunda vía es la constitución de una sociedad holding o matriz común a la que pueden acceder no sólo sociedades anónimas sino también sociedades de responsabilidad limitada siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de dos Estados miembros o tengan una filial sujeta al ordenamiento de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro.

El procedimiento no regulado en nuestro derecho incluye la decisión de los órganos de administración de las sociedades intervinientes, la aprobación por las asambleas o juntas de las mismas, y el canje voluntario por sus accionistas o cuotistas de sus acciones o cuotas por acciones de la holding o matriz común, canje que perfecciona la operación si se canjean acciones o cuotas con más del 50% de los derechos de voto permanentes. Los Estados miembros pueden adoptar disposiciones destinadas a garantizar la protección de los accionistas minoritarios opuestos, de los acreedores y de los trabajadores.

La tercer vía es la constitución de una filial común de la que podrán participar las sociedades personificadas u otras entidades jurídicas públicas o privadas dedicadas a actividades económicas siempre que al menos 2 de ellas estén sujetas al ordenamiento de Estados diferentes o tengan

una filial o una sucursal sujeta al ordenamiento de otro Estado, aplicándose las reglas del derecho local.

No define si la constitución de una filial común corresponde al órgano de administración o a la asamblea lo que quedará regido por el derecho local.

La cuarta vía es la transformación de una anónima local en una SE siempre que tenga una filial en otro Estado, operación regida por el derecho local.

En cuanto a la estructura de la administración societaria el Reglamento admite tanto la monista o unicista con una administración unificada en un solo órgano de administración, como la dualista con un órgano de administración bifurcado entre la dirección a cargo de la gestión y un órgano de control para vigilar la gestión.

El Reglamento especifica que una persona jurídica puede integrar un órgano salvo disposición en contrario del Estado en que se registre.

Asimismo prescribe que el estatuto enumerará las operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control.

Respecto de la Junta una norma interesante es la que dispone que la mayoría se computa sobre los votos válidos emitidos o sea que para ello no pesan las ausencias, ni las abstenciones ni las anulaciones.

Las cuentas anuales se registrarán por las normas del Estado miembro en que tenga su domicilio social.

Los procedimientos de disolución, liquidación e insolvencia se registrarán por la ley local.

El Reglamento se complementa —como antes se dijo— con la Directiva concerniente a la participación de los trabajadores.

La Directiva abre un período de negociación que puede no llegar a un acuerdo pero que no puede desmedrar la situación preexistente.

He procurado brindar una visión sintética sobre el prudente y tenaz proceso mediante el que la Comunidad Europea logró el estatuto de la *Societas Europæa* así como sobre dicho estatuto.

Tal prudente y tenaz proceso ratifica el convencimiento de la Comunidad sobre la conveniencia de la regionalización ante la globalización.

Tal prudente y tenaz proceso muestra que para ello es necesario contar, obviamente entre otros instrumentos, con un tipo societario común uniforme en lo fundamental pero flexible en lo accesorio.

Estas enseñanzas son aplicables a nuestro Mercosur cuyo Tratado constitutivo estipula la armonización legislativa entre los Estados miembros, manda aún hoy incumplida.

Sepamos aprovechar la experiencia europea.

Sepamos ser a la vez argentinos y sudamericanos. ♦

# EL PROCESO DE DESORGANIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

POR ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD (\*)

**SUMARIO:** I. El impacto del cambio. — II. La aparición del derecho del trabajo. — III. Medios técnicos utilizados por el derecho del trabajo. — IV. El aporte del derecho del trabajo. — V. Una nueva etapa. — VI. Efectos del cambio sobre las relaciones laborales. — VII. Repensar el derecho del trabajo.

## I. El impacto del cambio

No es de extrañar que el derecho del trabajo, al igual que otras ramas jurídicas, sufra las consecuencias propias de los acontecimientos que se producen en un mundo en cambio acelerado (1). Pero en ese sector, se han dado ciertas situaciones que han agigantado las secuelas de ese efec-

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 23 de octubre de 2003.

(1) El cambio es una situación normal en la vida del hombre, la que se caracteriza por su dinamismo. Aquel puede caracterizarse como "una situación en la cual la realidad humana emerge de una etapa normal para ingresar en una fase acelerada de su existencia llena de peligros, pero también de posibilidades de renovación" (ver FERRATER, Mora, "Diccionario de Filosofía", t. 1, p. 728, Barcelona 1994). De acuerdo con ese proceso se pasa a un nuevo ámbito en el que "la desorientación, la desconfianza o la desesperanza ... la crisis, su existencia, el intento de resolverla, son simultáneos" (ídem). Lo que caracteriza al mundo actual es que ese proceso ha aumentado su ritmo, de manera tal que en lo que en épocas anteriores era un hecho a veces no fácilmente perceptible para el ojo humano, en la actualidad lo es.

Son varios los autores que han analizado la situación planteada por la descentralización productiva como causa de la desorganización o desconstrucción del sistema jurídico elaborado por el derecho del trabajo, tema del X Congreso Nacional de Trabajo y de la Seguridad Social de España, Zaragoza, Mayo 1999; Ver SIMITIS S., "Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?", en *Giornale di Diritto del lavoro e di relazione industriali*, 1997, n° 79, p. 617,

to que obraron sobre una concepción de las relaciones laborales basadas sobre una realidad socioeconómica distinta. Fue tal la intensidad del impacto en el ámbito del derecho del trabajo, que los autores hacen referencia a un proceso de desorganización, de desconstrucción de las reglas elaboradas por el mismo para regular las relaciones (2).

Ello, a nuestro juicio, requiere un análisis del desarrollo del derecho del trabajo desde sus comienzos, a fin de observar, con más precisión, el impacto que sobre esa realidad han producido las nuevas técnicas de producción, de organización y de comercialización, en especial, el fenómeno de la fragmentación del proceso productivo que ha tenido una especial repercusión sobre las formas de relación laboral diseñadas en función de una realidad socio-económica distinta.

Es evidente que la función del legislador —al que no cabe exigirle un rol propio de Julio Verne, que predice el futuro—, es establecer las reglas

---

Roma; RIVERO LAMAS, Juan, "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", en AA.VV. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, publicación de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Colección informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales nº 28, Madrid, 2000, p. 17 y sigtes.); VALDES DAL-RE, "Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo", en DT, 2000-682, Buenos Aires.

(2) Es importante destacar la necesaria relación que debe existir entre la norma que intenta regular una relación y la realidad de los elementos sobre la que aquella se configura. Existe una cierta tendencia por parte del jurista —como lo sostiene SUPIOT, Alain (Critique du droit du travail, París 1994, p. 100 y sigtes.)—, a admitir un cierto orden sistemático del derecho, que la realidad a veces se empeña en desmentir. Al respecto, BORRAJO DA CRUZ, Efrén (Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del derecho del trabajo, prólogo a la edición española de E. Santoro Pasarelli, Nociones del derecho del trabajo, p. 27, Madrid 1973) destaca que el jurista elabora o quiere elaborar un sistema conceptual, pero los datos respecto de los que busca una síntesis lógica, están en un complejo orgánico que es un sistema histórico y no lógico, por lo que el intento de construirlo científicamente a través del uso de categorías lógicas es, muchas veces imposible o de una máxima dificultad: "la excepción oculta la regla general". Según Gino Giugni, el jurista suele privilegiar lo formal para lograr una construcción unitaria de la relación de trabajo, lo que le hace perder el sentido del derecho del trabajo, en tanto lo formal suele obnubilar lo esencial (el desequilibrio en la relación) e hipertrofia relaciones en relativo equilibrio, lo que suele concretarse en relaciones sociales de intensa explotación. En el mismo sentido, Tiziano TREU (Diritto del Lavoro-Voce per il Digesto 2000, DLRT, nro. 36, p. 688, 1985), considera que suele exagerarse respecto del "refinamiento formal del concepto: lo jurídico-formal, más que a los datos socio-económicos o sea a la realidad". Por su parte, PODETTI, Humberto A. (DT, 1990-B, 2519), estima que para lograr la equidad socio-laboral, cabe acercarse a la aequitas romana (a la adaptabilidad a la realidad abierta) para hacer factible una enriquecedora vida laboral. En el mismo sentido, ver este autor: Un destino para el Derecho del Trabajo, DT, 1997-D, 1713 y Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Barbagelata, p. 395, Montevideo 1997.



necesarias para facilitar una convivencia social justa, pacífica, adecuada, dentro de un ámbito determinado, lo que debe desarrollar en función de la realidad socio-económica y cultural que le da sustento (no de las que fueron o se calcula que se darán en el futuro) (3). Por lo tanto, es lógico que las normas de los respectivos institutos jurídicos dentro de los cuales transcurren los canales que tienden a regular esa convivencia, tengan en cuenta la realidad que le da sustento a las relaciones que se anudan con motivo del hecho laboral, en virtud del cual una persona pone su capacidad de trabajo a disposición de otra que la recibe, dirige y remunera.

Es indudable que el cambio le interesa al jurista, en cuanto el mismo innova sobre la realidad, de las que la normas son una respuesta a fin de ordenar las relaciones humanas.

## II. La aparición del derecho del trabajo

El mismo, en gran parte de los países, comenzó su desarrollo en el siglo XIX, época en que se produjo un cambio fundamental (del que se venían dando signos en los anteriores) en cuanto se refiere al modo de procesar la producción de bienes y la prestación de servicios. Desde los inicios de su vida en la historia, el ser humano, sujeto a las necesidades propias de su naturaleza y contorno físico, debió realizar acciones (4) a fin de proveerse de bienes para cubrir su radical indigencia que lo obliga a comer, vestirse, abrigarse, cobijarse en una vivienda, relacionarse con los otros, combatir las enfermedades, etc.. Para ello, la naturaleza le provee los elementos básicos que, tratados de una manera especial (a veces, un simple cocinado) y combinados, tienen capacidad para satisfacer esa indigencia.

En la medida en que alcanzó a implementar mejores técnicas (es decir, capacidad para dominar al mundo, o por lo menos, para apaciguar esa situación de racionamiento a que éste nos somete), el hombre (5) ha ido

---

(3) Como lo hemos indicado en la nota anterior, cabe tener presente el error en que suele incurrir el jurista al establecer categorías formales, que con el transcurso del tiempo no siempre se adecuan a la realidad social que el derecho intenta regular.

(4) Precisamente, estas constituyen el sentido del trabajo que realizan los seres humanos para transformar la realidad circundante que los somete a un racionamiento, respecto del cual —a través de ese obrar, paulatinamente—, se liberan.

(5) Utilizamos la expresión hombre como equivalente a ser humano, por lo tanto, también incluye a la mujer. Esa circunstancia coloca al hombre como sujeto del proceso no sólo laboral, sino de la vida, y de ahí su principalidad por sobre los institutos y las cosas.

mejorando su situación, sujeta durante un largo período de la historia a una, a veces, violenta constrictión por el medio ambiente en que debe desarrollar su existencia. En forma paulatina, a través del empleo de herramientas cada vez más adecuadas (entre ellas y en una situación ya avanzada, el aprovechamiento de la fuerza de los animales que lo liberaron, en parte, del uso de la propia), logró una mayor capacidad de acción lo que, entre otras le proporcionó tiempo libre para idear la construcción de otras que, aunque muy simples, a su vez le permitieron construir otras más sofisticadas (para la época) y mejorar las técnicas de producción (a veces a través de una más adecuada selección de las semillas que plantaba, a fin de obtener una mejor cosecha).

Ese avance evidente en la tarea de dominar los efectos de ese racionalamiento, se debió, en lo fundamental, al hecho de que el ser humano está dotado de una capacidad innata para convertir los elementos que la naturaleza le brinda, en bienes capaces para satisfacer, o por lo menos en parte, apaciguar sus necesidades. De esa manera y en la medida que logró mejorar el instrumental de que se vale, tiene la posibilidad de alcanzar mejores niveles de vida y condiciones en la lucha contra la naturaleza. Ello explica los avances que significaron el paso de un modo de vida nómada, a uno sedentario, que le brindó las condiciones (a través del asentamiento en un lugar), para lograr el cultivo de la tierra y, al librarlo de otras tareas, darle tiempo para idear —por lo menos respecto de ciertos sectores— nuevas técnicas de producción. Por supuesto, esa tarea referida en especial a lo económico, era compartida por otras preocupaciones propias, a fin de develar su propia identidad como ser dotado de inteligencia, es decir, con capacidad para entender al mundo que lo rodea. Su desarrollo (6), le dio capacidad para, en forma paulatina, romper las ataduras que lo sujetaban y liberar su capacidad para ampliar su dominio, a fin de diseñar la realidad, según su propia imagen (7). Esa incorporación a su acervo de nuevas las técnicas, llegado una cierta etapa histórica, le facilitó el desarrollo de la actividad industrial que se tradujo en un aumento inusitado de la produc-

---

(6) El ser humano nace a la vida como arrollado, con grandes posibilidades, las que paulatinamente va des-arrollando o sea, convirtiéndolas de potencia en acto.

(7) Varios autores, entre ellos Hegel, así como Marx, en lo que coincide la Doctrina Social de la Iglesia, consideran que a través del trabajo el hombre —a diferencia de lo que ocurre con los animales que realizan tareas que pueden asimilarse a aquel, pero que lo hacen por instinto—, ejecuta un proceso que se realiza entre él y la naturaleza, que previamente ha sido pensado por él y en función de ello, lo ejecuta (lo pone en práctica). Sobre el tema ver CALVEZ, Jean-Ives: "Necesidad del trabajo. ¿Desaparición o redefinición de un valor?", ps. 45, 73 y sigtes. Ed., Losada, 1999.

ción y de los modos de operar, de tal manera que, no obstante mantenerse las otras formas (entre ellas, la muy importante que se realiza en el ámbito rural), ese proceso —industrial— le dio un sentido especial a todo el sistema socio-económico.

Las nuevas formas de producción —fruto de la llamada segunda revolución industrial—, dirigidas en especial a la transformación de los bienes logrados a través de la actividad agrícola-ganadera (designada como actividad primaria), a fin de hacerlos más aptos para la satisfacción de las necesidades de los seres humanos (proceso secundario), en la medida que logró producir mayor cantidad de bienes, facilitó el incremento del nivel y calidad de vida (respecto de las fases anteriores) y con ello, el número de necesidades satisfechas (muchas de ellas, no sentidas antes por los seres humanos). Ello permitió que se ampliara el sector referido a la producción de servicios que, sin tener un contenido directamente material, facilitan, en grado importante, alcanzar mejores niveles de calidad humana.

Esa circunstancia —en lo que en el caso que analizamos, más interesa— hizo que una parte de la población (8), se desplazara desde el campo a las ciudades, donde a través de numerosos —pequeños en su comienzo— establecimientos se realizaban las tareas propias del sector de transformación (manufactura).

La aparición del taller industrial (9), en el que trabajan varias personas auxiliándose con el uso de máquinas, en un principio muy rudimentarias, facilitó un mayor contacto con los compañeros que realizan la tarea en un mismo local, con los que se mantiene una mayor relación comparada con lo que antes ocurría con ellos o con sus antepasados, en el sector rural. Este se caracteriza por un cierto aislamiento de las personas involucradas en la labor, mientras que el industrial tiende a concentrarlas. Ello facilitó la cohesión social que explica gran parte del desarrollo de las acciones promovidas, como consecuencia del fenómeno sindical.

---

(8) El grueso, hasta fines de la mitad del siglo XX, en gran parte de los países, aún en los desarrollados, continuaba residiendo en el ámbito rural.

(9) El mismo es distinto del artesanal, ya que en él no se utiliza tanto la habilidad, sino la fuerza humana que se auxilia con medios instrumentales en un principio muy precarios que, con el tiempo se mejoran. La labor en ese taller, suele ser muy simple: accionar una máquina.

El desarrollo vertiginoso de la industria, absorbió gran cantidad de personas a fin de lograr una mayor producción que lograba colocarse en un mercado cada vez más ávido de las mismas, en la medida que mejoraba su estándar de vida. La producción agrícola ganadera, dejó de ser la única y dio paso a la de carácter industrial, cuya finalidad es la transformación de los productos primarios, a fin de hacerlos más aptos para satisfacer las cada día mayores exigencias de apetencia de la población (que mejora su estándar de vida). Obviamente, el nuevo proceso agregó un nuevo valor al primitivo producto, por lo que no sólo incrementó el luego designado PBI, sino también le ayudó a lograr una nueva composición del mismo (10). Esa acumulación hizo que se provocara un gran incremento del número de personas empleadas en el sector industrial (11), entre ellos mujeres y niños, cuya tarea tendía a incrementar el ingreso familiar de sus respectivos hogares.

En el desarrollo de esa situación, influyó otro factor de enorme importancia, aunque no siempre debidamente valorado: la concepción de vida prevalente bajo la cual se desarrollan las relaciones humanas. De acuerdo con un criterio muy acendrado, desarrollado en especial a partir de la revolución francesa a fines de siglo XVIII que reaccionó contra evidentes excesos que ocurrieron en la anterior etapa histórica, se consideró que el modo más adecuado para regular las relaciones entre las personas, era dejar librada la misma a la decisión de las partes, evitando toda injerencia extraña (12), que se consideraba dañina. Por lo tanto, el negocio jurídico, entre ellos el laboral, quedó exclusivamente librado a lo que las partes pactaban en el ejercicio de su libertad.

El fundamento ético del contrato se basó en que el mismo era la consecuencia de la libre expresión de la voluntad de las partes que lo concertaban, sin que importara que a través del mismo se diera una cierta paridad en los cambios, fruto de la que existe respecto de la capacidad de los interlocutores para negociar y poder imponer ciertas condiciones al otro. Es evidente que en la relación obrero-patronal esta paridad —supuesto elemental para que el negocio jurídico se asiente sobre bases humanas y

---

(10) Se incrementa la proporción de los salarios dentro del total. Aquel, tiene su fundamento en la participación de los trabajadores en el producto final.

(11) Aunque no siempre superara al número de personas que lo hacían en otros sectores, en especial, en el ámbito rural.

(12) Como ejemplo, puede citarse la famosa ley Le Chapellier.

no sea el simple resultado del ejercicio de la prepotencia del más fuerte que inexorablemente lleva a la injusticia— no suele darse, ni por asomo.

Esa concepción, no tenía en cuenta algunos presupuestos que surgen evidentes de la simple observación de la manera de actuar en la vida social de gran parte de los miembros de la comunidad. La misma, por lo común, no se inspira en el reconocimiento del derecho del otro —como una manera para evitar el avallasamiento de sus legítimos intereses— sino, al contrario, por una cierta tendencia —en la medida de lo posible—, a desconocerlos, a fin de lograr una mejor posición negocial (13). Ello, en el ámbito de las relaciones laborales, se tradujo en que el trabajador se viera obligado a someterse a largas jornadas a fin de lograr un ingreso muchas veces insuficiente para asegurar su mantenimiento y el de su grupo familiar, dentro de ciertos parámetros compatibles con su carácter de ser humano.

Al desconocimiento de ese derecho fundamental, por lo común, se agregó un muy bajo nivel de las condiciones ambientales en que se desarrollaba la tarea, tanto la que se realizaba en el local del empleador, como la que se efectuaba en el domicilio del trabajador, situación ésta que se había incrementado con motivo del desarrollo del trabajo a domicilio. Bajos salarios (14), largas jornadas de trabajo (15), deficientes condiciones de trabajo, se tradujeron en un aumento del pauperismo, enfermedades, accidentes y enfermedades de trabajo, lo que llevó a que en la práctica se desconociera el sentido de la dignidad de la persona humana. El aporte de ésta a la producción de bienes y a la prestación de servicios, elementos éstos que en definitiva hacen al bienestar de todos los miembros de la comunidad, fue considerado como un factor más de la producción, como una mercancía. Esa concepción de vida prevalente desconoció el carácter del trabajo humano, que corresponde a la acción que realiza cada miembro de la comunidad, traducido en horas de trabajo —es decir de vida humana—, que hace cada persona —sujeto, protagonista de la historia—, y se lo asimiló al papel de un simple objeto, ligado exclusivamente a las reglas del mercado.

---

(13) Esa situación, que algunos designan como "lesión antropológica", tiene una explicación en la teología judeocristiana. La misma es una consecuencia del desbalance que produjo el pecado original, es decir, la rebeldía del ser humano ante Dios.

(14) Que obligaban a los demás miembros del grupo familiar (mujeres y niños), a tener que salir a trabajar para incrementar el ingreso de la misma.

(15) Aun en tareas riesgosas, penosas, como son las que se realizaban en las minas.

Esa situación ha sido caracterizada por algunos autores como que "la industria, en sus comienzos, produjo cosas, consumiendo hombres" (16), y una aún mucho más descriptiva de lo que ocurría, formulada por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo Anno* (en 1931), según la cual se daba la dolorosa paradoja de que mientras la materia prima entraba a la fábrica en forma impura y salía perfeccionada (purificada, mejorada), el ser humano que trabajaba en ella, lo hacía con un alto nivel de deterioro no sólo en su aspecto físico (cansancio, enfermedades) (17), sino en especial, en lo moral, ya que era reducido al rol de una cosa, no de un sujeto, una persona (18).

Esa situación que era caldo de cultivo de una grave crisis social (se hizo referencia a la misma como la "cuestión social"), provocó la reacción de muchas personas. Algunas de ellas, aún manteniendo su fidelidad al concepto individualista que inspiraba los fundamentos del régimen jurídico, reconocieron que, respecto de un amplio sector de los trabajadores (el constituido por mujeres y menores), no se cumplían los requisitos esenciales del contrato que el Código Civil exigía, ya que una de las partes que lo celebraba, carecía de la plena capacidad de decisión. Eran incapaces para convenir las condiciones del trato laboral, por lo que el negocio celebrado, constitutivo de la relación jurídica, era nulo. Ello requería por lo menos, respecto de ese sector de la población trabajadora, la intervención de un tercero -tutor, persona física o el Estado- a fin de sanear la incapacidad en que se encontraban aquellos para pactar directamente las condiciones del negocio jurídico. Esa incapacidad se debía cubrir, por lo menos, a través de una norma mínima que estableciera los presupuestos básicos de la relación laboral.

El resultado de esa observación que parte de una comprobación formulada desde las propias raíces de la concepción jurídica prevalente del derecho aplicable a las relaciones humanas, paulatinamente se extendió respecto de los trabajadores mayores varones. En el caso, el fundamento, no siempre expresado en forma explícita por esa corriente, era que se daban anomalías que justificaban la alteración de las reglas de juego concebidas en función de situaciones normales, que distaban de ser las que se daban en ese momento.

---

(16) Ver PERROUX François, "La industrialización del siglo XX", p. 142, Eudeba, Bs. As., 1964.

(17) Encíclica "Quadragesimo Anno" n° 135.

(18) Como lo hemos destacado, el mismo es el protagonista de la historia, por lo tanto, cabe asignarle la principalidad en la vida, por sobre los institutos y las cosas.

En ese clima, se insinuó un "nuevo derecho" (19), que intentó regular la relación laboral, ateniéndose a otras pautas básicas, como a fines del siglo XX ocurrió con el llamado "derecho del consumidor". Éste se basó en los mismos principios del de trabajo, a fin de regular una relación —en este caso, meramente de intercambio—, que se da entre dos partes con una evidente desigualdad en su capacidad de diálogo, por lo que librada la relación a las fuerzas de los interlocutores, en razón de la tendencia de la parte más fuerte, lleva a un desconocimiento de los derechos de la otra. Como lo recordamos, en el caso de la relación laboral, no sólo se trata de un mero intercambio, sino que el trabajador aporta parte de su propia vida —la capacidad para dominar la naturaleza o, por lo menos, para reducir el racionamiento a que ella nos somete—, condición indispensable para realizar el proceso de producción de bienes y de preparación de servicios.

Con el tiempo, el propio derecho civil, atemperó su primitiva rigidez respecto a no prestar atención a la situación planteada en virtud de la referida desigualdad de la capacidad de diálogo entre los interlocutores, así como la atención que merece la paridad de los cambios. Entre otros, admitió ciertas figuras como la de la lesión, la imprevisión, con lo que se amplió el ámbito de las figuras correctivas que, en un primer momento, estaban reducidas a las "de la moral y a las buenas costumbres". Una prueba de ello lo es el reconocimiento del derecho de los consumidores, así como ciertos criterios admitidos en el de daños, a través de los cuales no se limita a una consideración meramente formal de la realidad dentro de la que se da la relación humana, para adentrarse al análisis de lo que subyace en la misma.

### III. Medios técnicos utilizados por el derecho del trabajo

A fin de concretar un cierto equilibrio entre las partes, esta nueva rama del derecho, adoptó otro tipo de herramientas que se añadieron a las clásicas, respecto de las que en algunos tramos de la negociación las substituyó. En primer lugar, limitó los alcances del principio de la autonomía de la voluntad, colocando pisos mínimos, así como techos máximos, dentro de

---

(19) Ese fue el título de una obra de Alfredo L. Palacios publicada a principios del siglo XX (1920), en el que destaca las características fundamentales de la nueva disciplina jurídica. En la misma década de los XX, Hugo Sinzheimer (*La esencia del Derecho del Trabajo*, reproducido, en *Crisis económica y derecho del trabajo*. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo, IELSS, Madrid, 1984), lo calificó como "El derecho emergente de nuestros tiempos".

los que debía desarrollarse el negocio jurídico laboral. El principio básico de la libertad de contratación que, entre otros, se expresa en la configuración del contenido del negocio, quedó limitado, según nuestro criterio, a una franja determinada, fuera de la cual las partes mantienen su libertad de contratación, sólo sujeta a las reglas que fulminan los vicios de consentimiento (20). Esa pérdida, en especial por parte del empleador, de un espacio de la autonomía, en la actualidad tiende a ser recuperado a través de la tendencia que hace hincapié en el proceso de individualización de la relación.

A tal fin, el derecho del trabajo dispuso que el negocio jurídico laboral debía sujetarse a los mínimos y máximos a que hemos hecho referencia, así como que ciertas cláusulas predisuestas, *ope legis* se incorporaban al contrato y desplazaban a las que las partes habían concertado en violación del orden público laboral (21). Por otra parte, en forma expresa, estableció criterios que hacen inaplicables ciertas reglas básicas del derecho civil, tal como, entre otras muchas, que el pago efectuado limita sus efectos cancelatorios a lo realmente abonado, por lo que se considera como a cuenta de lo adeudado. Como clara expresión del *ius cogens*, estableció que los derechos que consagra a favor del trabajador son irrenunciables, condición necesaria para que todo el andamiaje jurídico que establece en favor del trabajador, como piso mínimo —que eleva a la categoría de orden público laboral—, no pueda ser dejado sin efecto. No obstante que el trabajador goza de la protección de la ley (arg. art. 14 bis, Constitución Nacional) y de la acción sindical, dado que en la relación individual no se halla en una situación de paridad de fuerzas con su empleador —que, por lo común tiene más recursos que él para negociar (22)—, de no estar esa cláusula limitativa, cualquier trabajador podría renunciar a mantener ese derecho (mínimo), por lo que todo el instrumental jurídico que le confiere la ley para asegurar sus derechos, carecería en absoluto de sentido.

Las herramientas utilizadas por el derecho del trabajo, en lo fundamental, se basaron en la ya indicada limitación de la autonomía de la libertad, así como en la de las facultades jerárquicas del empleador, el tratamiento

---

(20) Esa posición no es compartida por parte de la doctrina, que sostiene que no sólo son inderogables las disposiciones contenidas directamente en la ley, sino también aquellas otras que son fruto de la negociación que realizan las partes.

(21) Ver entre otros, artículos 12, 13, 14 de la LCT.

(22) No siempre se halla apremiado por necesidades de cumplimiento perentorio, como ocurre con el trabajador respecto de su ingreso que tiene carácter alimentario.



privilegiado del poder de negociación colectiva del grupo trabajador a través de la acción sindical, el contralor del cumplimiento de la relación entre las partes a cargo del organismo administrativo laboral (23), y la cooperación en el plano internacional, en especial gracias a la obra desarrollada por la OIT (24). Sobre esa base y teniendo en cuenta las posibilidades que permite la realidad socio-económica de cada país (25), lentamente se fue diseñando un régimen legal, por lo común, receptado a través de códigos o leyes de contrato de trabajo.

Como es lógico, definió el tipo de relación de trabajo que operaría como criterio que determina la inclusión de la misma dentro del régimen legal de protección creado al efecto. Caracterizó al mismo como de "trabajo dependiente", o por cuenta ajena, que se opone al que se brinda en forma "autónoma o por cuenta propia" (que obviamente, queda excluido). De acuerdo con ello, el contrato de trabajo que constituye la puerta de entrada y núcleo de ésta disciplina, se configura cuando una parte pone su capacidad laboral a disposición de otra que la recibe, dirige y utiliza para la producción de bienes y prestación de servicios que él organiza, normalmente para terceros, y la remunera. Ese concepto, hasta la fecha, pese a ciertas críticas que se han formulado en el sentido de ampliarlo, constituye el elemento delimitador de la disciplina (26).

---

(23) La posibilidad de intervención de ese ámbito, constituyó en su época una innovación, ya que no existía un contralor del cumplimiento de la norma por parte de un organismo administrativo. Con posterioridad, esa situación se extendió al campo del derecho comercial, primeramente en el sector bancario, luego de títulos y valores y en la actualidad con referencia al de consumo.

(24) En algunos países, esa acción se amplía en función del llamado derecho comunitario, de lo que es un ejemplo la Unión Europea.

(25) No se trata de dar soluciones utópicas, inalcanzables, sino posibles. Respecto de la tendencia del jurista a basarse en aspectos de carácter formal, prescindiendo a veces de la realidad socio-económica, ver autores citados en (nota 2).

(26) Ver MONTROYA MELGAR Alfredo: "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo", *Revista Española de Derecho de Trabajo -Civitas*, septiembre 1998, Madrid; Fera Mario-Navarro Marcelo Julio, *Consideraciones acerca del objeto del derecho del trabajo. ¿La dependencia, la actividad o el salario humano?*, DT, 1999-B, 1280; GOLDIN, Adrián, "El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas", *Revista de Relaciones Laborales*, 1996, ps. 340 y sigtes.; *Las fronteras de la dependencia*, DT, 2001-B, 2039; PEDRAZZOLI Marcelo: "Las nuevas formas de empleo y el concepto de subordinación o dependencia", DT, 1989-B, 1481; SIMON, Julio César, "Trabajo autónomo o dependiente. ¿Una disyuntiva inapelable?", DT, 2000-A, 973; MADALONI, Osvaldo, "El concepto de dependencia laboral frente a los contratos comerciales", *TySS*, 1996-334.

En razón del ejercicio de la prudencia que le exige su tarea (27), el legislador a fin de diseñar el reparto mínimo de "potencias e impotencias" (deberes y obligaciones) entre las partes de la relación, tuvo en cuenta la estructura productiva que se efectuaba en esa época desde fines del siglo XIX y, en especial, en las primeras décadas del XX, que corresponden a los albores del desarrollo del régimen industrial que impuso su sello, a tal punto que la propia civilización adoptó ese calificativo. Ése se llevaba a cabo a través de grandes empresas (28), en algunos casos auténticos elefantes, que realizaban la totalidad del ciclo productivo y aún el de comercialización de los productos elaborados (29). El modelo operativo era el de una producción integral llevada a cabo a través de grandes empresas, según el modelo que se dio en llamar taylorista-fordista que se caracterizó, en cuanto a su secuencia en lo laboral, por el mantenimiento de un empleo subordinado, estable, con un solo empleador y a tiempo completo.

Una de las críticas que puede formularse al derecho del trabajo de ésta primera etapa, que algunos llaman clásico, es que a los fines de su conformación, tuvo en cuenta lo que al respecto ocurría en la gran empresa industrial, que tomó como cartabón. En base a ella proyectó sus herramientas, no prestando quizá la consideración debida a las tareas que se realizan en pequeñas empresas y, en especial en otros aspectos de la actividad económica en ese momento conocidas: sector primario, y, en especial, el terciario correspondiente a servicios. En el afán para tutelar los intereses de la mujer y el hombre que trabajan, desarrolló una legislación que tenía como modelo las tareas que se realizan en aquel ámbito.

Es evidente que el derecho del trabajo en este tramo histórico de su desarrollo, se ha modelado prestando especial atención a lo colectivo (30), a la uniformidad, dejando en cierta manera de lado lo individual, que

---

(27) Observar la realidad socio-económica que la norma debe regular, no la que puede producirse en el futuro.

(28) Ese, por otra parte, era el criterio prevalente en la doctrina económica, ver DRUCKER Peter F., "Hacia la nueva organización", la AA.VV., La organización del futuro, p. 17 y siges., Fundación Drucker, Granica, Bs. As., 1998.

(29) Ver VALDES DAL-RE, op. cit. en nota 2.

(30) Ver JAVILLER, Jean Claude, "Lo individual y lo colectivo: La dinámica de las relaciones profesionales", *TySS*, 97-756. Esa tendencia a lo colectivo, llevó a algunos juristas a privilegiar el sentido formal sobre el de la realidad, ver autores citados en nota 2. En la actualidad, se hace hincapié en los "Recursos humanos" que, en cierta manera significa prestar atención a lo individual.

había sido considerado como centro a partir de la revolución francesa y que se expresó en la ya citada ley Le Chapellier. Esta había intentado abolir la tiranía de los grupos, el derecho de las clases y de las corporaciones, a fin de reconquistar la libertad de trabajo. Ese cambio de rumbo que inicia el derecho del trabajo, entre otros, se expresó en la adopción de una norma única aplicable a las relaciones de trabajo (31), sin atender a veces a las, diversas características que la realidad presenta, lo que en el lenguaje actual se suele expresar a través de la "gestión de personal", que destaca más el carácter individual que se da dentro de la relación laboral.

Una de las importantes herramientas que utilizó el derecho del trabajo como medio para vigorizar el poder de negociación colectiva de los trabajadores, fue el sindicato, instrumento, fruto de la cohesión socio-cultural, de la que nació un criterio de solidaridad que se desarrolló a fin de disminuir los efectos de la explotación económica y de la exclusión social, a cuyo efecto destacó el valor de lo colectivo. Ello llevó a que la normativa tendiera a adoptar una cierta uniformidad, no obstante que debía ser aplicada respecto de situaciones que admitían apreciables deferencias (32). No siempre advirtió que la relación de trabajo a veces no se da en las condiciones que había tomado como modelo: grandes empresas industriales con producción en serie, organizadas en forma centralizada y jerárquica, en la que todos los que trabajan en ella, lo hacen a un mismo tiempo, en un mismo lugar, a las órdenes directa de la dirección de la empresa, a ciclo completo y con empleo estable (33).

Ello llevó, de lo que es un ejemplo la LCT, a que se estableciera un tipo de contrato de trabajo prevalente, por tiempo indeterminado (34), como

---

(31) A tal efecto, delineó un contrato tipo por tiempo indefinido, aplicable a todas relaciones laborales que debían ajustarse a él. Una de las primeras tendencias de cambio expresadas a través del concepto de flexibilización, se refirió a los contratos atípicos, según los cuales se admiten relaciones por tiempo determinado.

(32) Ver RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, en AA.VV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", prólogo, ps. 14 y sigtes., Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, serie Relaciones Laborales, N° 28, año 2000.

(33) Ver RODRIGUEZ, PIÑERO, op. cit. en nota anterior; RIVERO LAMAS, Juan, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", en AA.VV. Descentralización productiva y las nuevas formas de trabajo, op. cit. en nota 32; VALDES DAL-RE, Fernando, "Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo", en DT, 2002-682.

(34) Como excepción y en la medida que existan causas objetivas, sólo se admite la posibilidad de concertar contratos por tiempo determinado, en tanto éste se determine en forma expresa y por escrito (arts. 90, 93, 99 y concordantes LCT).

si fuera un contrato con un solo empleador y para toda la vida, lo que condecía con el tipo de producción económica de la primera parte del siglo XX. Las distintas leyes que regularon la relación laboral, se plasmaron en función de ese esquema y se consolidaron en especial, en el período de los llamados "treinta años gloriosos" que en algunos países (35), marcaron un gran desarrollo económico y de bienestar social.

El proceso productivo en esa época, como lo hemos destacado, se caracterizó por la prevalencia de la gran empresa, cuya estructura integrada en forma vertical, incluía un ciclo productivo completo; las pequeñas empresas mantenían una precaria independencia y, por lo común, desarrollaban su actividad en zonas cercana a aquellas.

#### IV. El aporte del derecho del trabajo

A fin de precisar el rol que desempeñó éste, en especial en el primer tramo de su desarrollo, hay que formular la pregunta respecto de cual fue el que realizó esa disciplina jurídica en la historia del desarrollo de la cultura. Estimamos que junto con otras importantes corrientes del pensamiento, aquel logró imponer el concepto de que el trabajo no es una mercancía. Es importante destacar el sentido de esa afirmación, la que lleva implícito el concepto de que se trata de una acción humana, cuya finalidad es obrar sobre la naturaleza (36) a fin de lograr un hábitat más adecuado, más confortable y humano. Por lo tanto, cuando hacemos referencia al trabajo, en realidad lo estamos haciendo al ser humano (mujer, hombre) que lo realiza y, a través del mismo co-construye (continúa la Creación que ha quedado inacabada) el mundo.

Si bien esa acción constituye un factor de la producción de bienes y preparación de servicios que se ponen a disposición de los demás miembros de la comunidad (y, a veces, del que la ejecuta), lleva impresa en sí la imagen del ser humano que la realiza. En consecuencia, aunque la misma debe valerse de otros medios para alcanzar su objetivo, en modo alguno puede asimilarse a éstos que son cosas, no personas. Por lo tanto, se justifica el régimen de privilegio que corresponde asignarle a la prestación laboral que se brinda en "relación de dependencia", en cuanto se refiere a

---

(35) En especial, los que ahora constituyen el G7.

(36) Ver al respecto, el criterio sostenido por los autores a que hemos hecho referencia en nota 7.

su exterioridad: retribución, condiciones en que debe desarrollarse, etc. Es evidente que, en cuanto la Constitución Nacional (art. 14 bis) establece que: "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...", hace una expresa referencia a la persona que lo realiza.

Como ocurre con toda rama del derecho, existen principios que constituyen como las columnas, los soportes, el andamiaje, en el que se asienta la estructura jurídica, de la que surgen las reglas que tienden a establecer los modelos adecuados de relaciones humanas, en función de los cuales se construye una convivencia pacífica.

Dado las características fundamentales de la de relación laboral, a través de la cual una persona —sujeto, protagonista de la vida, no un objeto, no una cosa— pone su capacidad de acción —un aspecto de su vida, pero no la totalidad de ella— para co-construir el mundo, a disposición de otra que lo recibe y dirige (por lo que debe retribuirlo), es indudable que esa rama jurídica tienda a dispensar protección a la parte más débil de la relación, es decir, al hiposuficiente (37), en cuanto se refiere a su capacidad de diálogo, a fin de concertar las condiciones del trato y evitar los abusos del más fuerte, a fin de asegurarle el goce de los derechos fundamentales.

Ante el desbalance que normalmente se plantea en función del distinto nivel en que se hallan los interlocutores de la relación de trabajo, en cuanto se refiere a su capacidad de diálogo, ésta rama jurídica intenta establecer determinadas condiciones a fin de lograr una cierta paridad de fuerzas, por lo menos, en cuanto respecta a ciertos aspectos de esa relación. De ese principio protectorio que a nuestro juicio, constituye el núcleo fundamental del derecho del trabajo, derivan el de irrenunciabilidad, así también como otros que también lo son respecto de otras ramas jurídicas: primacía de la realidad, buena fe, justicia (en el caso, se destaca su faz social), equidad, no discriminación, etc.. De acuerdo con aquel, el legislador se propuso proporcionar al trabajador (es decir, a la persona que trabaja), una cierta seguridad que se adiciona a las reglas que establecen los derechos mínimos.

A tal fin, cabe destacar el propósito que la relación tenga una cierta vocación de continuidad, es decir que no sea precaria, lo que le confiere al trabajador una cierta tranquilidad en cuanto se refiere a la estabilidad de su situación: tener un empleo que le provee un ingreso seguro. Ello, por

---

(37) El uso de esa expresión que gráfica la situación, se le atribuye al Prof. Brasileño A.F. Cesarino Junior.

otra parte, corresponde a una lógica y sentida aspiración humana. Por ese motivo, se penaliza la rescisión injustificada del vínculo por parte del empleador, es decir, no motivada por una actitud del trabajador que ha violado el pacto de confianza que constituye el supuesto básico de la relación, lo que no consiente la prosecución de la misma, art. 242 de la LCT (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175). En virtud del principio de buena fe, cualquiera de las partes no puede rescindir el vínculo jurídico, sin haber realizado un preaviso (arts. 231 y sigtes. LCT; art. 6°, ley 25.013 (Adla, LVIII-D, 3888), aplicable a las relaciones constituidas con posterioridad al 3 de octubre de 1998). El no hacerlo, genera la obligación del pago de una indemnización que, como en el caso del despido injustificado, está tarifada en función de los parámetros que fija la ley (arts. 245 LCT, 7° ley 25.013), lo que constituye una característica propia del derecho del trabajo. De esta manera, se evita que el interesado deba acreditar el daño que el hecho le ha causado, a cuyo efecto la ley presume la existencia del mismo, así como su dimensión.

Una de las preocupaciones del derecho del trabajo fue asegurarle al trabajador un ingreso (salario) adecuado para hacer frente a sus necesidades personales y familiares. En una primera etapa, dicha determinación se realizó por vía de la ley, y en una segunda, el ingreso y las demás condiciones de trabajo, fueron fijados por el convenio colectivo de trabajo. De acuerdo con ello, se produjo un cierto fraccionamiento del criterio muy caro al derecho del trabajo, de establecer una cierta uniformidad. El ámbito de aplicación de aquellos, está en función de la norma convencional, lo que depende de la representación de las partes, en la que influyen la estructura de la organización sindical y, por supuesto, de la del grupo empresarial, la que a partir de la década del los 80 del siglo pasado, está en función del proceso de descentralización productiva. De acuerdo con ello, las referidas condiciones se ajustan de acuerdo con las posibilidades del sector. No hay que olvidar que el derecho no crea riqueza, sino que establece un orden de repartos, con lo que establece ciertas condiciones para que aquella se produzca.

La negociación a nivel colectivo que suplantó a la regulación de carácter estatal, constituye una fuente de regulación a la que el derecho del trabajo, sin duda, ha de tonificar en el futuro. Al respecto, estableció una jerarquía entre las diversas fuentes normativas, en la que la ley ocupa la cúspide, y se complementa, en orden descendente de importancia, con la referida negociación colectiva y el contrato individual. Este último debe sujetarse, en cuanto se refiere al ámbito de su actuación, al que le fijan las otras dos que, dentro de su propio orden, determinan el llamado orden público laboral (por lo tanto, no modificable por las partes de la relación indivi-

dual). Por su parte, la negociación colectiva queda sujeta a lo que determina la ley, la que sólo se puede alterar (como ocurre con el contrato individual respecto de las otras fuentes), en cuanto mejora la situación del trabajador.

Ese orden de prelación sufrió una modificación durante la nueva etapa del derecho del trabajo (a la que nos referimos en el capítulo V), a través del instituto de la disponibilidad colectiva. Según ésta, las partes que concertan un acuerdo a ese nivel, pueden modificar el texto de la ley, ya no en beneficio del trabajador, respecto de aquellas materias que la misma previó. De esa manera, se posibilita que a través de dicho mecanismo de negociación realizado a ese nivel, las partes se efectúen "recíprocas concesiones" (donant donant) que pueden llegar a modificar el propio texto de la ley (38) que confiere derechos a favor de los trabajadores, en razón de mejoras obtenidas por éstos. De acuerdo con la práctica en ciertos países que admiten este instituto, es frecuente —entre otros— negociar una rebaja de salario o de otra ventaja que establece la norma legal, a cambio de que los empleadores se obliguen, respecto de un período determinado, a no reducir la plantilla del personal o a incrementarla, lo que en una época en que aumentan los índices del desempleo, adquiere especial importancia para los trabajadores.

Recogiendo la experiencia de los primeros tiempos, el derecho del trabajo mantuvo un criterio rígido en cuanto se refiere al goce de los derechos que la ley consagra a favor del trabajador, los que son irrenunciables. Esa práctica a la que nos hemos referido, de la disponibilidad colectiva que en cierta manera implica una dejación de derechos —obviamente a cambio de otras ventajas que los trabajadores, a través de su representación colectiva, dada las circunstancias, valoran más provechosas—, corresponde a una modalidad no admitida por la concepción clásica, según la cual en el derecho del trabajo "nunca se vuelve atrás". Esta expresión tuvo pleno sentido respecto de una época en la que esa rama jurídica se caracterizó por conquistar nuevos derechos (quizás en realidad, muchas veces, éstas constituían una reivindicación de algunos que les correspon-

---

(38) La primera norma que introdujo ese régimen en nuestra legislación, fue el artículo 25 de la ley 24.013 (Adla, LI-D, 3873) que modificó el texto del artículo 198 LCT. Con posterioridad, la ley 24.467 (arts. 101 y 102) admitió modificaciones con respecto a los contratos de trabajo que rigen respecto de la pequeña empresa. Luego la ley 25.250 (Adla, LX-C, 2832), al modificar el artículo 92 bis de la LCT, estableció la posibilidad de ampliar el período de prueba a seis meses en el ámbito común y a doce, cuando se trata de trabajadores calificados que se desempeñan el sector de la pequeña empresa.

dían de acuerdo con la naturaleza de las cosas, y que les habían sido desconocidos), práctica que se alteró con motivo de la crisis. Al producirse ésta, ya en función de la legislación protectoria y de la negociación colectiva vigente, se había logrado en gran parte de los países desarrollados y en vías de desarrollo, una cierta equiparación de las fuerzas que actúan respecto de la distribución de las llamadas "potencias e impotencias". A partir de la tonificación de la acción sindical (fruto de la consolidación de las respectivas organizaciones), se había logrado una cierta paridad en el diálogo mantenido a ese nivel.

Es indudable que el derecho del trabajo, de acuerdo con sus principios y propias herramientas ideadas a fin de cumplir con su objetivo, estructuró un cuerpo jurídico con el objeto de suplir la natural deficiencia del trabajador individual en cuanto se refiere a su capacidad de negociación frente al empleador. En razón de ello, adoptó un criterio que, en sus inicios, se justificó dada la desproporción de fuerzas que intentaba nivelar, según el cual se privilegiaban los aspectos colectivos (que el anterior régimen socio-político vigente había prohibido considerar), que llevaron a la adopción de un criterio de uniformidad frente a una realidad que evoluciona. Si bien esta circunstancia en los comienzos de la aparición de aquel (a fines del siglo XIX y principios del XX) se dió con cierta lentitud, a partir de la primera mitad de éste último, se tornó acelerada.

Lo que en ciertos tramos de su desarrollo pudo aceptarse en razón del modelo tomado al efecto (gran empresa industrial) —que no siempre correspondía con la totalidad de la realidad laboral, también constituida por la pequeña y mediana empresa, tareas rurales y de servicios—, la necesidad de producir una transformación en las pautas culturales prevalentes (lo que a veces requiere cierta presión), perdió su sentido cuando la realidad que regula el derecho del trabajo se modificó, como consecuencia del fenómeno de cambio que ayudó a desencadenar el proceso de descentralización productiva.

Como juicio que puede formularse al desarrollo del derecho del trabajo, cabe reconocer que trajo aparejado importantes modificaciones del ordenamiento legal. Éste tendió a favorecer que las relaciones laborales se desarrollaran en un clima de mayor justicia, en cuanto se refiere al reconocimiento en la práctica de los hechos, de los derechos básicos de la persona humana y se limitaron ciertos abusos que, con frecuencia, se dan cuando los protagonistas del trato en el plano individual, tienen desigual capacidad para defender sus intereses. No puede negarse que esa rama



jurídica en el tramo de su desarrollo que algunos califican como clásico (anterior a la crisis), ha cumplido una función de primera magnitud en cuanto se refiere a establecer —a través de un nuevo orden— condiciones para que el trato se diera dentro de un ámbito de mayor justicia. En tanto el sector de las relaciones que regula, tiende a modificarse, es evidente que aquel debería adecuar —en la medida que pretenda establecer criterios de justicia en los cambios— sus técnicas a la nueva realidad, sin abandonar su finalidad tuitiva.

Quizá una crítica que pueda formularsele, es el de que, en su intento por reivindicar el rol de la persona que trabaja como sujeto que es, no un objeto, su acción quizá no ha sido tan profunda para establecer las bases de su auténtico crecimiento. Desplegó el andamiaje de una estructura de protección, una especie de paraguas que impidió que ciertos hechos externos la perjudiquen, la lesionen, pero quizá no logró desarrollar mecanismos para favorecer su crecimiento humano.

Sin duda, ese propósito es difícil que lo logre por sí, ya que ello no es tarea propia de la ley; la función de ésta es regular las condiciones externas y aquí se trata de un crecimiento interno del ser humano. La necesaria acción de promoción que en lo fundamental debe realizarse a través de la formación de medios que promuevan el crecimiento íntegro de la persona, ha de efectuarse a través de otros mecanismos, en especial de carácter cultural y de una estructura social que le facilite su desarrollo a cada una de ellas. El ordenamiento jurídico puede favorecer la instalación y el crecimiento de una organización social, respecto de la que puede influir a través de la creación de las condiciones por lo menos jurídicas, que la misma requiere. Esta cuestión supone, en primer lugar, favorecer el crecimiento de cada miembro de la comunidad —entre ellos los trabajadores— como persona, lo que trae aparejado una de carácter cultural que le permita ubicarse frente a la realidad que le presenta el mundo y sus instituciones socio-económicas, y lograr un mejoramiento de su capacidad de actuar a través de una amplia formación humana y de su propio ámbito profesional. De esa manera, puede lograr un mayor nivel de capacitación que se traduce en uno de empleabilidad, frente a una situación en constante cambio (y ahora acelerado) que, a un ritmo antes no conocido, convierte en obsoletos conocimientos y habilidades antes adquiridos.

En realidad, el derecho del trabajo tendría que adicionar a su función de protección (que no debe abandonar), la de crear y facilitar el fomento de la creación de condiciones que posibiliten el crecimiento del hombre. Esta

tarea que es propia del derecho en general, no puede ser olvidada por el de trabajo, en cuanto se refiere a la persona cuya actividad principal está ligada con la prestación de su capacidad laboral que hace a favor de otra o de determinadas instituciones (empresas, cooperativas, comunidades locales, regionales, etc.).

### V. Una nueva etapa

La situación a lo que nos referimos en los capítulos II o IV, fue quebrada por un proceso respecto del que la llamada crisis del petróleo operó como emergente. Esta se inició en los primeros años de la década de los 70 del siglo pasado, la que afectó a la casi totalidad de los países industriales desarrollados. El desusado incremento del precio de uno de los principales insumos que utilizaban y que la mayor parte de ellos importaba, trastocó los planes de producción, lo que a corto plazo, provocó graves consecuencias que, entre otras, se reflejaron en una disminución de la actividad industrial (uno de los importantes motores de la expansión económica), y en el incremento del paro, lo que trajo aparejado graves problemas de orden social respecto de las comunidades que, en ese aspecto, se habían desarrollado en base a una política de pleno empleo (39).

Para paliar esa situación, se adoptaron una serie de medidas, entre ellas, la de incrementar la competitividad a fin de que a través de la exportación, se solucionaran los graves problemas de la crisis interna. Esa estrategia adoptada en forma simultánea por varios países que se hallaban en similar situación, se anuló así misma, con lo que, a corto plazo, no dio resultado. No obstante ello, en un lapso relativamente breve, mucho menos del esperado, se calmaron aspectos importantes del problema económico, mientras que otros, entre ellos el del desempleo, mantuvieron su virulencia.

Algunas modificaciones introducidas al influjo de la experiencia recogida en otros países, entre ellos Japón y otros de Oriente que despertaban a un gran crecimiento industrial, se plasmó en la introducción de nuevos procesos productivos. Estos no se realizaron en la línea de la actividad desplegada en los países líder el desarrollo industrial de fines de siglo XIX

---

(39) Los índices de desempleo en el período anterior, se habían estabilizado alrededor de un 4% del total de los trabajadores, situación que correspondía a una economía en crecimiento, afectada por un proceso de cambio que podríamos calificar de moderado, que no es precisamente el que se desarrolló a partir de la década de los 70 y 80 del siglo pasado.

y principios del XX. El esquema que éstos habían seguido, en cuanto se refiere a la organización, tendía a establecer un régimen de producción integral con una "fábrica grande" que seguía el modelo de la producción en serie de productos homogéneos (40). Se incubó así, lo que se dio en llamar el "fin del fordismo" (41), que marcó los inicios de una transformación del proceso que había asociado producción y productividad, así como consumo y competencia. Se inició nueva realidad empresarial que se fundamentó en una tarea que se complementa en una organización en red, con procesos de subcontratación que tienen como núcleo central a una gran empresa que constituye una estructura de telaraña de alianzas estratégicas con los subcontratados, en vez de una fábrica que lo hace todo (42). Se promovió así un tipo de economía en redes.

La doctrina laboral tardó en apreciar el nuevo fenómeno que tuvo sus comienzos a fines de la década de los 70 y en los 80 del siglo pasado. En un comienzo, consideró que correspondía a un proceso de crisis del régimen anterior, por lo tanto, transitorio, sin apreciar su real dimensión propia de un cambio de época (43).

Como consecuencia de ello se configura una red de empresas que, en forma paulatina substituye la anterior organización productiva (que va desapareciendo), con la que sin embargo convive durante un tiempo en un cierto proceso de mestizaje (los cambios llevan su tiempo). El fenómeno de descentralización productiva trajo aparejado grandes cambios, en tanto la organización del proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios no se realiza en una fábrica, sino a través de una red de proveedores y suministradores externos que realizan diversas fases del ciclo que se externalizaron (el llamado outsourcing), en especial aquellos que desde el punto de vista estratégico tienen menor importancia. Esos

---

(40) Ver VALDES DAL-RE, E. op. cit. en nota 33, que refiere la opinión de PIORE, M. y SABEL Ch.: "The second industrial divide", (Basic books), N. York, 1984; MONZON, Máximo Daniel - MAUTILLA, Enrique S., "Impacto tecnológico y derecho del trabajo. El caso industrial", en DT, 1987-B, 997.

(41) Ver CORIAT, B, "L' atelier et le robot", Christian Bourgois Ed., París, 1990; NEFFA, Julio C., "Los paradigmas productivos taylorista y fordista y su crisis. Una contribución a su estudio desde la teoría de la regulación", p. 31 y sigtes., Lumen, Bs. As., 1998.

(42) Ver CASTELLS M.: "La era de la información. Economía, sociedad y cultura", vol. 1. La sociedad red, p. 160, 4ª reimpresión, Alianza Ed., Madrid, 1999.

(43) Ver VALDES DAL-RE, op. cit. en nota 33, p. 684.

cambios de tecnología interactuaron con la difusión de los que, a su vez, se produjeron respecto de la información (44).

Cabe destacar que si bien se operó un cambio importante en el uso de la tecnología, en especial por la influencia de la informática, ello no justifica admitir un tecnocentrismo. El cambio siempre se produce en una "realidad social ubicada y contextualizada en un nicho de fuerzas sociales y territoriales, con su historia y su memoria". Las tecnologías forzosamente se incorporan a un tejido institucional con sus numerosas variables de carácter social, político, económico, geográfico, que cristalizan "en soluciones sociales concretas imposibles de reducir a un factor único" (45).

Dentro del proceso de cambio acelerado característico del mundo moderno, se produce dentro de la organización, un importante desarrollo del sector servicios a la producción, algunos de los cuales, en especial los dedicados a la faz comercial y técnica de almacenamiento, mantenimiento, limpieza, vigilancia, relaciones públicas, asistencia informática, asesoramiento técnico, se externalizan (46).

Las redes de subcontratación se sitúan en torno de grandes empresas respecto de las que las de carácter mediano, guardan una cierta subordinación (en cuanto disminuye su libertad de acción, en tanto toda su producción es para aquellas), las que a su vez, suelen subcontratar con otras pequeñas cuyo desarrollo se debe a distintas causas, entre ellas, de organización (47).

Como una consecuencia de esa estrategia descentralizada, se desarrollan medianas y, en especial, pequeñas empresas (Pymes), a las que en virtud de la tecnología que emplean, les es posible producir series cortas y, en razón de su gran flexibilidad, pueden adecuarse con facilidad y en

---

(44) Se produce así el fenómeno de la descentralización productiva, que plantea cambios fundamentales que repercuten en la relación laboral. Ver RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33 p. 19 y sigtes.; CRUZ VILLALON, Jesús, "Descentralización productiva y sistema de relaciones de trabajo", RTSS, 1994, N° 13, Madrid; CASANI FERNANDEZ DE NAVARETTE F., "La problemática del outsourcing", en AA.VV., Económicas, 1996 N° 72, p. 87, Madrid; VALDÉS DAL-RE, op. cit. en nota 33, p. 686; OJEDA, Raúl, "El impacto de la alta tecnología y la informática en las relaciones de trabajo. La importancia de la formación", en TySS, 1999-787.

(45) Ver RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, p. 30; ALONSO, L. E.: "Trabajo y Ciudadanía (Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial)", p. 151, Trotta, Madrid, 1999.

(46) Ver RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, p. 31; ACCORNERO A., "Il mondo della produzione", Mulino, Bologna, 1994, p. 301.

(47) Ver RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en número 33, p. 31.

forma rápida a los cambios del mercado y a las fluctuaciones producidas, así como ajustar con cierta facilidad sus dotaciones de personal, lo que provoca el grave fenómeno de la precariedad del empleo (48). Cabe precisar que esa mayor adaptabilidad no se basa sólo en la innovación, sino también y de manera destacada, en la reducción de los costes, como consecuencia de la presión ejercida sobre los gastos en estructura y personal. Una circunstancia que las distingue respecto de las pequeñas y medianas empresas del período anterior, es que, a diferencia de éstas que solían funcionar cerca de las grandes, ahora, con frecuencia, suelen hacerlo en zonas lejanas, aún en otros países.

Se produce así un nuevo paradigma de empresa (la nueva empresa), fruto de la descentralización productiva que organiza el proceso de elaboración de bienes y prestación de servicios, mediante el recurso a la contratación de proveedores y suministradores para la ejecución de ciertas fases o actividades (49) que antes realizaba. Un sistema jerarquizado, lineal, es reemplazado por uno en el que varias organizaciones interactúan (50). Ese proceso se caracteriza por: a) la fragmentación, segmentación, del ciclo productivo y b) externalización de ciertas fases del mismo que no se consideran estratégicas. Ello lleva aparejado una nueva división del trabajo, ahora entre diversas organizaciones empresariales (no ya intraempresarial, con una estratificación jerárquica de los trabajadores en categorías monovalentes) que cuentan con su propia especialización. Por otra parte, esa descentralización requiere vínculos de cooperación, coordinación y cierta dependencia a la que nos hemos referido (51). Este proceso se generaliza y se expande; de la periferia de la economía se desplazó al epicentro como un fenómeno multidireccional. Su finalidad, según lo destaca Castells (52), es "hacer frente a la incertidumbre causada por las rápi-

---

(48) *Idem*, ps. 31, 32; Von POTOBSKY, Gerardo, "Pequeñas y medianas empresas y derecho del trabajo", DT, 1992-B, 1535.

(49) Ver CRUZ VILLALLON, Jesús, "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", RTSS, 1994, p. 7 y sigtes.; RIVERO LAMAS, Juan, *op. cit.* en nota 33, p. 22 y sigtes.; VALDES DAL-RE, *op. cit.* en nota 33, p. 688; SANCHEZ FIERRO, Julio, "El fenómeno de la descentralización productiva", TySS, 96 -201; Monereo Pérez José Luis, "Descentralización productiva y empresa en crisis", en AA.VV. *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*, ya citada en nota N° 32, p. 95 y sigtes.

(50) Ver SANCHEZ FIERRO, *op. cit.* en nota 49, TySS, 96-201.

(51) Ver VALDES DAL-RE, *op. cit.* en nota 33, p. 686.

(52) Ver CASTELLS M., "La era de la información. Economía, sociedad y cultura", *op. cit.* en nota 42, p. 181.

das mutaciones en el entorno económico, institucional y tecnológico de las empresas, para lo que era preciso introducir más flexibilidad en la producción, gestión y comercialización”.

Como la vieja organización y gestión consecuente que limitaba su capacidad productiva, la empresa no siempre fue capaz de desenvolverse y progresar ante una situación económica diferente, en virtud de lo cual sufrió la caída de las tasas de productividad. A fin de evitar ese deterioro, fraccionó su ciclo productivo y puso énfasis en las llamadas “competencias nucleares” (“core competences”) que a través de un proceso de subcontratación, posibilitan un modelo de producción escueta. Este fenómeno que ya era conocido, adquiere una nueva modalidad operativa ante la adopción de nuevas tecnologías, lo que hizo posible la reducción de “mano de obra” (53) y desplazar funciones (por lo general no estratégicas) a otras empresas que pueden realizarlos a menor costo (54).

La adopción de este esquema de trabajo, se representa por una red y no por una empresa concreta o grupo de empresas. Ese proyecto de empresa en red, no sólo es una estrategia introducida en razón de la tecnología de la información, ya que también se aplica a la identificación de los negocios, a las cadenas de productos, a las tareas de organización y a la configuración de la organización productiva en distintos ámbitos territoriales. La utilización de nuevas tecnologías hace posible el funcionamiento de un “modelo flexible y adaptable” dentro de empresas que incluso superan las fronteras nacionales (55).

Al tiempo que la empresa centro incrementa su dimensión externa (como consecuencia de la expansión a través de sus filiales), en lo organizacional se adelgaza, con el fin de lograr un nuevo óptimo que la lleva a una reducción de su tamaño hasta el límite de sus competencias básicas (56). La

---

(53) Empleamos la expresión bastante difundida en Economía Laboral, para hacer referencia al aporte de los trabajadores. Consideramos que esa expresión corresponde a un proceso antiguo que en la actualidad va modificándose, en tanto no sólo el trabajador aporta su fuerza física, sino su capacidad, su inteligencia para interpretar las instrucciones que se le imparten a los fines del cumplimiento de su tarea. Sin duda, no es un autómatas, un robot, se trata de una persona que actúa con su inteligencia y voluntad, más que con sus músculos.

(54) Ver RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, p. 22.

(55) Ver RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, p. 22 y sigtes.

(56) Ver CASANI, F., LUQUE, M. A., RODRIGUEZ, J. y SORIA, P.: “El outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, RL, 1998, t. 2º, p. 1181 y sigtes.; RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, p. 23.

nueva organización del proceso productivo se basa en una técnica de gestión que consiste en subcontratar con proveedores externos ciertas fases del proceso no estimadas básicas, que antes realizaba la propia empresa (57). Las dos ideas centrales del proceso, a lo que ya nos hemos referido: a) división el trabajo y b) descentralización productiva externa, se concretan en descentralizar funciones y atribuir a las propias unidades de gestión, un mayor grado de iniciativa y capacidad de autoorganización (58).

El proceso de outsourcing es un tipo de decisión general, que se traduce en una opción entre: a) fabricar o prestar el servicio directamente al cliente y b) el tamaño que debe tener la empresa para cumplir sus competencias básicas (59). El mismo que proyecta sus consecuencias a nivel jurídico y económico en diversos frentes, tiene su base en la libertad de empresa (60), que no sólo se limita a la constitución del ente, sino también al modo de su gestión, a decidir como cumple sus objetivos y adoptar su estructura a fin de lograr mayor productividad y competitividad. Su correlato jurídico, no suele corresponder a la realidad que le dio sustento al derecho del trabajo clásico, distinta a ésta nueva forma de coordinación interempresarial; aquella se basaba, en especial, en un proceso constante, en serie según el modelo taylorista-fordista, con un empleo subordinado, estable y a tiempo completo, con lo que este otro cambia el rol del sujeto empleador que, a veces, no es el responsable único de la gestión empresarial (61).

---

(57) Ver RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, p. 23. Cabe al efecto distinguir entre la descentralización productiva en su aspecto interno y externo. Esta última, consiste en encargar funciones a través de una cierta cooperación inter-empresaria, que la empresa podría realizar (ver PEREZ DE LOS COBOS, Orihuel, F.: Nuevas tecnologías y relación de trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia 1990, p. 19). Por su parte, la interna opera a través de la descentralización de funciones y atribución a las propias unidades de gestión, de un mayor grado de iniciativa y capacidad de auto-organización.

(58) Idem.

(59) Ver VALDES DAL-RE, F, op. cit. en nota 33, p. 687 y sigtes.

(60) La misma está consagrada en nuestra Constitución, en el art. 14. Ver VÁZQUEZ VIALARD A., "Libertad de empresa en la Constitución Nacional", DT, 1993-B, 1793.

(61) En doctrina, se distingue entre la descentralización operativa y estratégica. La primera se refiere a la externalización de tareas que antes realizaba la empresa centro, a terceros (en tanto considera que son de poca importancia para su gestión). La estratégica, implica una intensificación de la relación de cooperación con el proveedor, a través de formas de filialización o vinculaciones de carácter accionario, Ver MARTIN FLORES, L.: "Outsourcing y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistema de organización de trabajo", REDT, N° 71, 1995, p. 401 y sigtes.; FERNANDEZ DOMINGUEZ, J. J. - MARTINES BARROSO, M.R y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "El derecho del trabajo tras las últimas reformas 'flexibilizadoras' de la relación laboral", CGPI, 1998; RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, ps. 24, 27; VALDES DAL-RE F, op. cit. en nota 33, ps. 688, 689 y sigtes.

Sin duda, la descentralización es una estrategia de flexibilidad para ajustar el volumen de empleo necesario según las variaciones de la producción, con lo que se reducen los costos salariales (algunos de carácter fijo, se transformaron en variables) y se enfrentan los niveles de incertidumbre, muy superiores a los que se habían presentado con anterioridad (62). Además, ese proceso produce un efecto centrífugo (adelgaza a la nueva empresa que funciona en el epicentro) y otro centrípeto, en cuanto aparecen nuevas empresas medianas y pequeñas que se articulan a partir de una matriz con unidades productivas separadas (63). El aspecto horizontal de la descentralización, da lugar dentro de la red, a la formación de empresas que mantienen relaciones de cooperación: la estructura descentralizada presta servicios comunes que rebasan la capacidad de las unidades individuales (referidas al crédito, control de calidad, formación, investigación). Gracias a ese proceso, se reduce el tamaño de la empresa núcleo a lo que se considera adecuado; las otras, medianas y pequeñas que están a su alrededor, suelen contar con una alta tecnología y capacidad para generar empleo y crecer (64).

De la fragmentación, segmentación, del ciclo productivo que se expresa a través la externalización, exteriorización de ciertas fases, funciones o actividades del mismo, surgen algunas consecuencias; la primera de ellas de carácter económico, es la división del trabajo entre las organizaciones empresarias. La otra de impronta jurídica, consiste en el tipo de relaciones interempresarias que exige la descentralización, a través de una forma cooperativa, ya de coordinación o de dependencia. El fenómeno es multidireccional: alcanza a todo tipo de bienes y a la prestación respecto de servicios. Antes se realizaba en ciertos países (el fenómeno no es nuevo) en algunas actividades económicas de ciclo productivo no constante (como la construcción) (65). Hoy se aplica a todas las actividades económicas y la división de trabajo, fruto de la exteriorización, sobrepasa la organización empresaria y tiene su expresión aún en las empresas de tipo maquilado-

---

(62) Ver RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, p. 27.

(63) Como lo hemos indicado en nota 61, esa trama puede expresarse a través de un proceso de descentralización operativo o estratégico.

(64) Ver SIMITIS, S.: "Il Diritto del Lavoro ha ancora un futuro?", en *Giornale Di. Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 76, año 1997, p. 609 y sigtes. (632); ALONSO OLEA, Manuel, "Empleo y paro", Europa, 2000, Universidad de San Pablo, Madrid 1998, p. 11; RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, ps. 28, 29.

(65) Ver VALDES DAL-RE, F. op. cit. en nota 33, ps. 686/687.



ras. La exteriorización no sólo se aplica respecto de las actividades referidas a la producción de bienes y prestación de servicios, sino también en la gestión y comercialización, y aún en funciones empresarias básicas, estratégicas, como son la dirección (66).

La descentralización productiva es un fenómeno poliédrico, no encorsetable en patrones uniformes, sean organizativos o de naturaleza jurídica (67). Enriquece las viejas categorías jurídicas contractuales, con nuevos pactos y estipulaciones: arrendamiento de servicios, de depósito, de transporte, de gestión de intereses ajenos (contratos de comisión y de agencia), y a veces, recurre a contratos coaligados: arrendamiento de servicios y compraventa, o a tipos contractuales complejos (68). Además, se crean nuevos tipos de contratos: franquicia, factoring, merchandising, facilities management, logística, mantenimiento o suministro informático, etc.. La utilización de algunos de estos contratos, favorece la aparición de la llamada empresa hueca o sin trabajadores, especializada en la intermediación, la producción, comercialización, a partir de una marca o de una imagen comercial de prestigio. La producción tiende a hacerse frugal, aliviada, magra y a utilizar "menos de todo" en comparación con la producción en masa: menos esfuerzos humanos en la fábrica, menos superficie ocupada e inversión en herramientas, menos ingenieros para desarrollar un nuevo producto en menos tiempo, menos stocks en los locales, muchos menos defectos, una mayor y creciente variedad de productos (69).

Las técnicas de contratación y subcontratación que tuvo en cuenta el derecho del trabajo clásico, constituyen hoy una figura superada (respondían a una lógica anterior). Esta última utilizó viejos senderos (hasta hace poco ajenos a la descentralización), y entró en otros que puso a su servicio (la vieja transmisión de empresas, hoy caracterizada como filialización, el

---

(66) *Idem* p. 687.

(67) *Idem* p. 687.

(68) *Idem* p. 688.

(69) *Idem*, ps. 687/8; NEFFA, Julio César, *op. cit.* en nota 41, p. 195 y sigtes. Al respecto, resultan gráficas las expresiones formuladas por el Prof. Italiano ROMAGNOLI: *Globalización y Derecho del Trabajo*, RDS, 1999, N° 5, p. 10, con referencia a lo que ocurrió en Italia en la que "a caballo de los años 60 y 70, el derecho del trabajo italiano entró en la fábrica para hacerla más democrática ... pero las fábricas se han vaciado. De improviso y bastante de prisa". (el referido autor hace referencia al avance experimentado en los países de Europa, con motivo del impulso sindical en las referidas décadas, consecuencia del verano caliente de 1968 y del fenómeno de la descentralización productiva).

trabajo autónomo) y la creación del teletrabajo (70). Ese proceso de descentralización, se canaliza a través de ciertas instituciones laborales básicas del derecho del trabajo (71).

Las nuevas formas de organización de la empresa, han desorganizado al derecho al trabajo aunque no sólo en cuanto se refiere a su ordenamiento laboral. La empresa red es la manifestación organizativa de un nuevo orden económico social, propio del "nuevo espíritu del capitalismo" que se halla "en plena expansión y profundamente regenerado" (72). El proceso de outsourcing ha producido la desconstrucción de los tipos sociales (empleador, trabajador), creados por el ordenamiento del trabajo como prototipos normativos de los sujetos de la relación laboral (73). Cambió el paradigma del empresario y como consecuencia, el de la organización de medios de la que es titular: la empresa. También la del trabajador, no sólo en su condición de parte obligatoria de una relación, sino también como miembro de un grupo que agrega intereses comunes. Ese proceso alteró "las reglas hasta ahora fijadas para el ejercicio de la acción colectiva", por lo que se da un quiebre de la validez de las nociones del trabajador y empresario, con las que se habían tejido las normas del derecho del trabajo (74).

Como todo sistema normativo, el laboral está formado por un universo de instituciones que actúan como engranajes de un conjunto que tiende a lograr una cierta unidad. En cuanto respecta al cambio de la figura del empresario, puede afirmarse que de la existencia de un sujeto único, se ha pasado a una pluralidad de poderes y responsabilidades de ese orden. De

(70) Ver ESCUDERO RODRIGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, ya citado en nota 32, p. 761; MARTÍN FLORES, "Outsourcing y teletrabajo", REDT, 1995, N° 71, p. 401 y sigtes.; VALDES DAL-RE, op. cit., en nota 33, p. 688; DI MARTINO, Vittorio - WIRTH, L., "Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida", en Revista Internacional del Trabajo, p. 469, vol 109, 1990; FERNANDEZ ROCHA, "Distintas formas de trabajar. Teletrabajo", en TySS, 2000-781.

(71) Ver SIMITIS S., op. cit. en nota 64.

(72) Ver VALDES DAL-RE, Fernando, op. cit. en nota 33, p. 689, que hace referencia a la opinión de Boltanski y Chiapello expresada en: "Le nouvel esprit du capitalisme". En cuanto se refiere a la relación laboral, normalmente de tipo bipolar, ese proceso induce a que tenga características de tripolaridad, propia de una de carácter triangular; Ver CRUZ VILLALON, Jesús, "Outsourcing y relaciones laborales", en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, ya cit., p. 255 y sigtes.

(73) VALDES DAL-RE, op. cit., p. 689.

(74) Ver RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 33, p. 20.

acuerdo con el criterio tradicional, la persona que hace suyo el fruto del trabajo realizado por "cuenta ajena", "dependiente" (que remunera), ejercía en forma personal, no compartida, los poderes de dirección (tanto los llamados fuertes, como los débiles) y los instrumentales anexos, entre ellos los de carácter disciplinario y de control. Esa titularidad no compartida, tenía una lógica: el empresario era el único centro de imputación de responsabilidad, su rol era indivisible (75). Esa situación fue la que consagró el ordenamiento jurídico clásico. La ruptura de esa regla a través del desplazamiento o transferencia de ese rol a otro sujeto distinto del empleador, era prohibida por el derecho del trabajo clásico que lo calificaba como un conjunto de maquinaciones o engaños jurídicos (fraude laboral), enderezados a defraudar los derechos de los trabajadores. Ante la posibilidad de que ello ocurriera, se produjo una reacción contundente por parte de las legislaciones a fin de deshacer el mecanismo de interposición y restaurar el efecto jurídico que deriva de la bilateralidad del vínculo contractual (76). De ello, entre otras, son una clara muestra los artículos 14, 29, 29 bis, 30, LCT, en cuanto consideran (más allá de las formas jurídicas adoptadas) como empleador al que recibe la prestación laboral y extienden, en forma solidaria, la responsabilidad de éste a los demás que aparecen como intermediarios.

Dentro del período del derecho clásico a partir de la década de los 50 del siglo pasado, a fin de garantizar el cobro de los créditos laborales, ante determinadas manifestaciones de una cierta descentralización productiva, se trasladó la imputación de responsabilidad más allá del empleador (empresario) (77), a fin de localizar, a través de un encadenamiento de eventuales responsables, uno último que fuera solvente (78).

Como consecuencia de ello, la ley reprimió el prestamismo laboral (79), y estableció medidas de tutela en favor de los trabajadores al servicio de empresas auxiliares, instaurando la responsabilidad solidaria respecto de

---

(75) Ver VALDES DAL-RE, op. cit. en nota 33, p. 690.

(76) Idem, p. 690, que hace referencia a autores que han analizado el tema respecto de la legislación de los países de Europa.

(77) En nuestro ámbito, ello lo establece, entre otros, el art. 30 de la LCT.

(78) Ver RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La regulación protectora del trabajo en contratas", RPS., 1972, N° 93 ps. 7, 8, Madrid; VALDES DAL-RE, op. cit. en nota 33, p. 690.

(79) Ver art. 29 de la LCT.

obligaciones salariales y de seguridad social que el comitente comparte con el contratista y subcontratista (80).

Es evidente que el proceso de descentralización productiva, colocó en una situación de obsolescencia a ciertas normas de protección enunciadas en las respectivas legislaciones, por lo que les anuló su "eficacia jurídica y efectividad social" (81). Lo que en su oportunidad, se consideró que era un elemento patológico, por lo que merecía ser motivo de sanciones especiales, se convirtió en fisiológico.

Con referencia al derecho del trabajo español, ciertos autores indican como un error la referencia que el art. 42 ET —al establecer los recaudos para extender los efectos de la responsabilidad laboral del contratista o subcontratista al comitente— hace a la "propia actividad" (82), ya que deja fuera de tutela a trabajadores muy vulnerables que prestan servicios de limpieza, seguridad, vigilancia (83) y trabajan en empresas que, por lo común, cuentan con poco capital, ya que el instrumental con el que brindan su prestación, no siempre es valioso (84).

El proceso de descentralización interna, representado entre otros por el trabajo que suministran las empresas de trabajo temporal, pone en crisis tanto en el terreno dogmático como normativo, al estatuto clásico de la figura del empresario (es decir del empleador). Esa relación se aparta de la radical unidad de la relación propia del contrato del trabajo y quiebra la noción de éste, celebrado entre un trabajador y un empleador como fuente de derechos y obligaciones (85). Las referidas empresas que formalmente desempeñan el rol de empleador, no ejercen la integridad de los poderes que surgen del mismo, ni soportan "en régimen de monopolio",

---

(80) Art. 30 de la LCT, modificado por ley 25.013.

(81) Ver VALDES DAL-RE, op. cit., en nota 33, p. 691.

(82) El art. 30 de la LCT plantea un problema similar, en cuanto hace referencia a "la actividad normal y específica propia del establecimiento...".

(83) Se trata de tareas que se realizan dentro del propio establecimiento y que mantienen una determinada inherencia con la actividad que se realiza en éste.

(84) Ver CRUZ VILLALON, Jesús, "Outsourcing y relaciones laborales", en AA.VV. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, ya citada en nota 33, p. 304 y sigtes.; VALDES DAL-RE, op. cit., en nota 33, p. 691.

(85) Ver VALDÉS DAL-RE, op. cit. en nota 33, ps. 691/92.

las responsabilidades laborales. En definitiva puede hablarse de un régimen de corresponsabilidad.

La descentralización productiva, en tanto ha multiplicado los centros de imputación de cargas y responsabilidades y diversificado los poderes de organización, sin duda ha desorganizado la clásica figura del empresario, que ya no controla el entero ciclo productivo y la fuerza de trabajo necesaria para producir el bien o prestar el servicio. Es indudable que la figura del empleador se difuma al perder la transparencia que requiere la seguridad jurídica; se disuelve en una telaraña en la que acrece la fuerza de las empresas situadas en el epicentro, sobre el mercado de trabajo globalizado (86).

También ese proceso afecta la figura clásica del trabajador. El derecho del trabajo se desarrolló a través de un presupuesto: la uniformidad del estatuto del trabajador al servicio de un empresario, que lo hace con otros con lo que tiene intereses comunes, de donde surge una cierta solidaridad, fruto de trabajar en un mismo espacio físico.

La fábrica constituía el centro de la producción de bienes respecto de la que el empresario adoptaba la decisión sobre el qué y el cómo producir, con vistas a optimizar su inversión, a cuyo efecto controlaba el proceso del trabajo y coordinaba las prestaciones laborales. Aquella, por lo tanto, era el caldo de cultivo en el que afloraban y se consolidaban las prácticas de uniformidad de las condiciones de trabajo.

Con el cambio que produjo el proceso de descentralización productiva, de la uniformidad normativa se pasó a la diversidad, no sólo alimentada por nuevos incentivos (de carácter legislativos, jurisprudenciales y de gestión de "mano de obra") que, en cuanto tienden a revivir una forma de relación personalizada (no absorbida por lo colectivo), en cierta manera procuran recuperar para el contrato de trabajo los espacios de autonomía históricamente perdidos. Se intenta así, volver a un régimen de individualización que pone a disposición del empleador (empresario, management), mayores márgenes de elasticidad y libertad del trabajo (87).

---

(86) *Idem*, p. 692; RIVERO LAMAS, Juan, *op. cit.* en nota 33.

(87) Ver VALDES DAL-RE, *op. cit.*, p. 692, que hace referencia al trabajo de María Emilia CASAS BAAMONDE, "La individualización de las relaciones laborales", en RL, 1994, p. 126 y sigtes., Madrid.

En cierta manera, diversidad es sinónimo de diferenciación, de segmentación; el nuevo proceso estratifica a todos los trabajadores de la empresa red, en función de la calidad de su empleo. Esta ya no se mide en razón de criterios tradicionales: habilidades profesionales, experiencia o resultados económicos de la empresa. Lo que en esta etapa define al estatuto jurídico del trabajador, son otros parámetros: valor agregado al producto final, posición del trabajador en la empresa red. Con frecuencia ocurre que, a mayor lejanía del epicentro, se degradan las condiciones de trabajo (88). Esto provoca una grave situación que ha llevado a R. Castel (89) a hacer referencia a una situación de "invalidación social" (no sólo de "exclusión social"), ya que ni siquiera los trabajadores son "explotados", pues pasan a una categoría de "supernumerarios sociales" que, con frecuencia, adquieren la convicción de que no poseen competencias que puedan transformarse en "valores sociales", es decir, condiciones de empleabilidad. Ello los somete a una situación de precariedad no solo salarial, de desempleo, a tasas de siniestralidad laboral, de aumento de trabajo a tiempo parcial, lo que suele ser una consecuencia de la universalización de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación (90).

El protagonismo de las estrategias descentralizadores que rompen el paradigma clásico de la empresa, se vincula con los avances tecnológicos, aunque cabe destacar que en esa transformación también actúan otros factores, por lo que constituye un reduccionismo tomar sólo ese aspecto en relación a un proceso mucho más complejo. Indudablemente, la transformación organizativa no es sólo una consecuencia mecánica de los cambios tecnológicos, ya que también suelen producirse en forma independiente de éstos, como respuesta "a la necesidad de afrontar un entorno operativo en evolución constante" (91).

La posibilidad de que dentro de su propio ámbito, la empresa escueta (mezquina) ahorre "mano de obra", es factible en razón del empleo masivo de trabajo subcontratado (92). Esto último facilita un régimen de precarie-

---

(88) Ver VALDES DAL-RE, op. cit., p. 692.

(89) Ver CASTEL R., "Les metamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat", ps. 28, 29 Galimard, París 1999.

(90) Ver CRUZ VILLALÓN Jesús, "Outsourcing y relaciones laborales", en AA.VV., Descentralización productiva..., op. cit. en nota 32, p. 257.

(91) Ver CASTELLS, M., "La era de la información", ya citada en nota 42, p. 197; RIVERO LAMAS, Juan, "La descentralización productiva", ya citada, p. 30.

(92) Ver CASTELLS, M., op. cit., p. 192.

dad laboral que se traduce en temporalidad (93), trabajo a tiempo parcial y aún bajos salarios, fenómenos todos ellos que responden al proceso de descentralización productiva. La reducción de costes salariales, es una (no la única) causa de la racionalización productiva que ha anidado en algunas de las opciones de política laboral adoptadas (en los últimos años por los poderes públicos), así como en interpretaciones jurisprudenciales (94).

Como consecuencia de esa situación, en ocasiones, la descentralización productiva se ha traducido en degradación y deterioro de las condiciones de empleo, no sólo en términos salariales, sino también en cuanto se refiere a su calidad y grado de protección social (95). Ello es consecuencia de la estrategia adoptada por las empresas periféricas (que actúan como colaboradoras y auxiliares y, por lo común, sujetas al cumplimiento de convenios colectivos de trabajo distintos de los que rigen respecto de las empresas comitentes) de recurrir a la contratación temporal que cierta jurisprudencia admite como práctica lícita, al vincular la temporalidad de los trabajos al negocio mercantil (96).

A nuestro juicio, la dualización del mercado de trabajo, con sectores diferenciados regidos por diversos convenios de trabajo que fijan distintas condiciones, entre ellas la salarial, constituye uno de los problemas básicos que plantea la descentralización productiva en cuanto se refiere a la fragmentación de la normativa aplicable, frente al fenómeno de la uniformidad que caracterizó al período clásico del derecho del trabajo.

Es indudable que el proceso de descentralización productiva, transformó el tejido social al facilitar la multiplicación de la cadena de empresas, en especial las de carácter auxiliar, como consecuencia de la externaliza-

---

(93) Que plantea serios problemas de orden social y económico, ver SALA, Franco Tomás, "La reforma laboral", en AA.VV. "La legislación social en los albores del siglo XXI", Gobierno del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, p. 17 y sigtes.

(94) Ver VALDES DAL-RE, Fernando, *op. cit.*, p. 694, que hace referencia a abundante doctrina de los autores españoles sobre el tema. Respecto de la interpretación del art. 30 de la LCT, ver VÁZQUEZ VIALARD Antonio, La Corte Suprema precisa el sentido del art. 30 de la LCT, TySS. 93-417; La extensión de la responsabilidad laboral a un tercero (art. 30, LCT), en AA.VV. El derecho laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos típicos (coordinadores: Antonio Luis R. Vázquez Vialard -Mario S. Fera), p. 27.

(95) Ver CRUZ VILLALON, Jesús, "Outsourcing y relaciones laborales", *op. cit.*, en nota 90, p. 264 y sigtes.

(96) Respecto al debate planteado en la doctrina española sobre el tema, ver VALDES DAL-RE, F. *op. cit.*, p. 694, cita 51.

ción de funciones no estratégicas (que antes realizaban) por parte de las empresas centro (ex fábricas); ello hizo aumentar el número de las de pequeñas dimensiones, sujetas a un más alto índice de falencias. En la mayor parte de los países desarrollados o en vías de ese proceso, en los últimos 25 años se ha reducido el personal de las grandes empresas, mientras que el de las Pyme experimentó un crecimiento, motivo por el cual se han creado nuevos empleos, en especial en el sector servicios, aunque con frecuencia de menor calidad del que tenían los que aquellas prescindieron (97).

Algunos autores han destacado que el proceso de descentralización productiva, si bien ha puesto en crisis algunos aspectos de la gran empresa, en especial los que se refieren a la misma como organización de integración vertical y jerárquica (que el derecho del trabajo tuvo como modelo), en cambio, robusteció su faz como mecanismo de concentración del capital que diversifica y disloca geográficamente su actividad (98).

Por su parte, la pequeña empresa que crece a su alrededor, a veces sólo está constituida por un número reducido de personal en relación de dependencia, mientras que en otras, sólo lo integra el empresario-trabajador que lo hace en forma autónoma.

Con frecuencia, el proceso de descentralización productiva ha sido acompañado por el redimensionamiento de la empresa (99). Se redujo el número de trabajadores a través de bajas incentivadas (entre otras, prejubilaciones), pero no siempre el de empleados en la comunidad global. Se produjo un fenómeno de sustitución a doble vía: la subcontratación por una parte, y la conversión de antiguos asalariados en autónomos (100). No sólo las grandes fábricas se vaciaron, sino también se dislocaron en lo

---

(97) Ver CASTELLS M., "La era de la información", op. cit., en nota 42, ps. 231, 249 y sigtes.; BOITANKI-CHIAPELLO, "Le nouvel Esprit", p. 297, citada por VALDES DAL-RE, op. cit., p. 695, cita 54.

(98) Ver VALDES DAL-RE, E, op. cit., p. 695.

(99) Ver CRUZ VILLALON, Jesús, "Descentralización productiva y sistemas de relaciones laborales", op. cit. en nota 49, p. 17.

(100) Ver DEL REY GUANTER-GALA DURAN, "Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia", en RL, 2000, n° 78, p. 65 y sigtes. Ese factor, así como la disminución de personal en la gran empresa, deterioran la acción colectiva, en cuanto debilita la cohesión social que se canaliza a través de las asociaciones profesionales de trabajadores.



geográfico y desmembrado en el plano organizativo. El hecho que la gran empresa se haya convertido en más escueta, así como el crecimiento del trabajo autónomo y el realizado a través de pequeñas empresas y cooperativas, deterioró la acción colectiva. Esta se fundamenta en la cohesión social fomentada por la gran fábrica en la que trabajan juntos gran número de personas; por lo tanto, al adelgazarse ésta, comenzó un proceso de erosión de ese espíritu (que se tonifica con el desarrollo de modalidades operativas que tienden a desaparecer) (101).

El derecho del trabajo, en su formación clásica, había excluido al trabajador autónomo. Su centro lo fue el dependiente, por lo que aquel fue desplazado de su ámbito propio. Por ese motivo, la mayoría de los autores descartaron la posibilidad de hacer referencia al contrato de actividad (que amplía el espectro de las relaciones comprendidas dentro de su ámbito), que entre nosotros propició el profesor Mario L. Deveali (102). El proceso de descentralización operativa incrementó el número de trabajadores autónomos o por lo menos, no dependientes, situación que a veces fue fomentada por acciones y criterios normativos (103).

No sólo se incrementó el número de los trabajadores que lo hacen en esas condiciones, sino que también cambió, en un doble sentido, el perfil del autónomo. Éste antes solía hacerlo en actividades propias de la industria artesana, en el pequeño comercio, en el transporte de reducidas dimensiones, en los oficios tradicionales, en las profesiones liberales, que eran los nichos en los que se alojaba ese tipo de tareas. Por otra parte, esa modalidad solía serlo respecto de toda la vida laboral de sus titulares. Ahora se presenta otra faz, en cuanto el trabajador que lo hace en esas condiciones, suele alternar períodos de trabajo dependiente con el autónomo (104).

## VI. Efectos del cambio sobre las relaciones laborales

Esas transformaciones en el sistema productivo, han provocado consecuencias en ese ámbito que no son epidérmicas. La idea de un contrato estable, por lo menos por un largo período hasta que el trabajador alcance

---

(101) Ver SIMITIS, op. cit. en nota 64, p. 615 y sigtes.

(102) Ver concepto del Derecho del Trabajo, en tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario L. Deveali, segunda edición Fedye, Buenos Aries, 1971.

(103) Ver VALDES DAL-RE, F, op. cit. p. 696.

(104) Idem p. 696.

la edad para obtener la jubilación (arg. art. 252 LCT), respecto de muchas situaciones, dejó de tener concreción práctica (105). Las nuevas formas de organización productiva, hicieron que las Pymes sean los grandes centros de absorción de trabajo humano; por lo tanto, ellas son las grandes creadoras de empleo. Como las mismas funcionan ligadas a empresas centro que les encomiendan tareas en función de las necesidades impuestas por las exigencias del mercado, ese tipo de relación, que se expresa a través de contratos comerciales, suele tener carácter temporal, que aquellas intentan transferir a las relaciones que mantienen con su personal.

Cierta jurisprudencia, por lo menos en ciertos países europeos, entre ellos España (106), ante nuevas situaciones planteadas, frente a la aplicación de normas diseñadas en función de una realidad distinta, admite la limitación temporal de la relación laboral que mantienen dichas empresas, en función de los contratos comerciales que han suscrito con las empresas comitentes, en virtud de los cuales le dan ocupación a sus trabajadores. Sin duda, esa situación desde la óptica del derecho de trabajo en su versión clásica, no es aceptable, pero existen razones de orden socio-económico ligados a la supervivencia de dichas empresas que actualmente son las grandes proveedoras de empleo, que en cierta manera, por lo menos, lo explican, si no alcanzan a justificar. Según una clásica expresión atribuida a un político español (que la formuló a comienzos de la década de los ochenta del siglo pasado) "es mejor tener un empleo precario, que no tenerlo" (no se trata de lo óptimo, pero sí admisible ante una situación de desempleo).

Esa circunstancia ha elevado los índices de la tasa de contratación temporal que, en la comunidad europea en la década de los noventa, alcanzaba a un 12% del total, mientras que en algunos países, entre ellos España,

---

(105) Ver OJEDA AVILES, A., "El fin de un principio" (la estabilidad en el empleo), en AA.VV., Estudios del derecho del trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón Chacón, p. 467 y sigtes., Tecnos, Madrid 1980; Romagnoli, U, El derecho, el trabajo y la historia, p. 170, CES, Madrid 1997 (que entre otros, sostiene que el trabajo estable y a jornada completa, dejó "de ser la estrella polar del Derecho del Trabajo"); CASTELLO, Alejandro, "De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el derecho laboral; una nueva tendencia de fines del siglo XX", en Derecho Laboral (Montevideo), T. XLI, n° 190 (Abril/Junio 1998), p. 293 y sigtes.

(En cuanto a la incidencia del fenómeno de la descentralización, en el ámbito de la negociación colectiva, Ver Izquierdo Roberto, Las transformaciones productivas y la negociación colectiva, TySS, 2003-567).

(106) Ver VALDES DAL-RE op. cit. en nota 33, que en nota 49 hace referencia a estudios realizados respecto del tema.

alcanzaba el 35 %. Algún autor (107), sostiene que esa diferencia tiene su razón de ser en el hecho que en algunos de ellos: Alemania e Inglaterra, el contrato de duración indefinida sólo se aplica en las empresas con seis o más trabajadores, o una vez que el trabajador ha alcanzado una antigüedad de dos años en el empleo (lo que sin duda, significa una limitación al criterio de la estabilidad laboral). Se explica así, que en países en que la referida tasa de temporalidad no es elevada, ello no significa que ha desaparecido el empleo precario, lo que ha llevado a una cierta cultura de la "temporalidad en el empleo", que se traduce en una alta tasa de rotación del personal.

Esa inestabilidad en la relación laboral trae aparejado graves consecuencias que el derecho del trabajo clásico trató de evitar, para lo que, consagró un criterio de estabilidad cuya factibilidad permitía la situación socio-económica. Aquella le plantea al trabajador sujeto a esa situación, una grave incertidumbre en cuanto se refiere a su futuro, en especial en una comunidad que soporta altos índices de desocupación (por lo menos, respecto de las conocidas en la década de los sesenta del siglo anterior que, al parecer no será fácil mantener en el futuro). A ello se agrega que desde el punto de vista económico, en tanto no se cuenta con un empleo estable, el trabajador no tiene muchas posibilidades de obtener créditos de carácter bancario u otros, que le permitan adquirir bienes: casa, electrodomésticos, automóvil, y servicios: salud, instrucción (básica y especializada) etc., con lo que disminuye su capacidad de compra. Esto tiene una secuencia de carácter macroeconómica, en cuanto disminuye la demanda interna que, aún en los países desarrollados —en que el comercio exterior se ha incrementado—, tiene una destacada importancia.

Esa situación de incertidumbre, suele generar además problemas de orden moral y familiar, y provoca la necesidad de desplazarse geográficamente para desempeñar un empleo en otra ciudad, lo que no siempre se adecua a las características de los miembros de los distintos países (108). Dado que el trabajo precario no resulta conveniente desde el punto de vista social, se intenta combatirlo a través de medidas que tienden, por una parte, a encarecerlo económicamente y por otra, a abaratar el costo del trabajo permanente. Al respecto, en algunos casos se establece una nueva ingeniería, a través de la cual y en especial en relación al trabajo a

---

(107) Ver SALA, Franco Tomás, "La reforma laboral", en AA.VV. "La Legislación social en los albores del siglo XXI", Coordinador Joaquín García Murcia, publicación de la Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo, Gobierno del Principado de Asturias, España, p. 15 y sigtes., año 2002.

(108) Si bien esa modalidad suele ser común en EE.UU., no lo es en nuestro país.

tiempo parcial, se intenta sujetarlo a otros parámetros (entre ellos el de carácter anual), a fin de disminuir el efecto de la alta rotación que impone la precariedad (109).

En cuanto se refiere a las empresas, es evidente que el alto índice de rotación de su personal, les significa un aumento del costo económico, en razón de que incrementa el de inserción de un nuevo trabajador que al poco tiempo dejará de serlo, así como el de la capacitación (que el cambio de la tecnología impone como una necesidad), que por esa razón resulta más cara o que, en consecuencia, no se hace, con las secuelas propias no favorables para el desarrollo de la empresa.

El hecho, por otra parte, tiene también repercusión sobre la vida sindical, ya que es más difícil la afiliación a la misma respecto de sectores de reducida dimensión. Como lo indicamos, la fábrica incrementa el espíritu de conciencia social, presupuesto indispensable de la acción sindical.

Si bien la relación con la empresa (ya sea grande, mediana o pequeña) se mantiene a través de una relación de carácter laboral, el número de éstas disminuye en virtud de la sustitución del empleo por el trabajo autónomo (que se incrementa), y por las nuevas figuras contractuales adoptadas, en especial aquellas en virtud de las que se establecen tratos con cooperativas, en las que las relaciones entre sus miembros y el ente no son de carácter laboral (110). En tanto, las nuevas empresas Pyme suelen tener menor capacidad económica y de productividad, en cuanto el fruto de su tarea no tiene esa característica (las que lo eran, fueron retenidas por la gran empresa). Como consecuencia, los salarios que abonan (que constituyen uno de los modos a través de los cuales se reparte el beneficio obtenido por el grupo) son menores, lo que a veces se explica en razón de que la tarea que requieren es de menor calidad profesional. De esa manera, la uniformidad que fue un objetivo del derecho del trabajo clásico, es difícil mantener y se transforma en una diversidad no sólo salarial, sino también de condiciones de trabajo y expectativas para mejorar la situación.

Como lo hemos destacado, se ha producido una transformación respecto de la imagen del empleador, en especial en relación a las Pymes, ya que no es él quién decide que, como y cuando se contrata y se produce; en

---

(109) Ver SALA, Franco, op. cit., nota 107, p. 21.

(110) El problema no consiste en que los mismos no tienen carácter de empleados en relación de dependencia, ya que son socios, sino en virtud de los fraudes que bajo esa figura se llevan a cabo.

cierta manera, suele compartir esa función con las empresas comitentes que le han encargado la tarea. Esa debilidad de la parte fuerte de la relación laboral, por otra parte, incrementa ciertos tipos de despidos, ya sea por razones de orden económico, técnico, organizativo, de productividad. Comparada la situación respecto de décadas anteriores, en especial en los países desarrollados, el hecho es consecuencia de haberse incrementado el ritmo de aceleración de los cambios, lo que impone constantes modificaciones en las relaciones socio-económicas.

Frente a ese nuevo cuadro en el que deben desenvolverse las relaciones laborales, no siempre resulta posible (analizada la situación desde el punto de vista macrosocial), utilizar las técnicas elaboradas por el derecho del trabajo clásico que fueron diseñadas a fin de dar soluciones a otra realidad y especialmente, para evitar el fraude laboral (prestamismo, desdoblamiento de empresas etc.), ya que el fenómeno de la tercerización es fruto de la libertad de empresa, y no de un fraude con el fin de transferir artificialmente la responsabilidad a un tercero (111). Es indudable que si la norma no varía, pero sí la realidad sobre la que ésta actúa, su aplicación trae aparejada graves consecuencias y, en modo alguno, cumple con su función: regular relaciones a fin de facilitar la convivencia en paz. Esto requiere determinados supuestos, entre ellos y el no menos importante, facilitar el desarrollo de empresas viables en sentido económico, que creen y mantengan empleo, el que en la actualidad, se ha convertido en un "bien escaso" (112).

Uno de los temas que se plantean con motivo de la descentralización del proceso productivo, es el que se refiere a la extensión de responsabilidad laboral del empleador al comitente, en virtud de lo que establece el art. 30 de la LCT. Al respecto, la C.S.J.N. en un tema en el que se planteaban distintos criterios judiciales para juzgar ciertos efectos provocados por el uso de nuevas modalidades productivas y de prestación de servicios, a fin de establecer un quietus que asegurara un cierto nivel de seguridad jurídica, fijó algunos de carácter básico (113).

---

(111) Sin perjuicio de que, en tanto se acredite que a través de esa figura se ha cometido un fraude, éste se juzgue como tal.

(112) Según la gráfica expresión utilizada por el Prof. Español Manuel Alonso Olea.

(113) Ver autos "Rodríguez Juan Ramón c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro", 15 de abril de 1993, Fallos 316: 713; "Antonio Rómulo Luna c. Agencia Marítima Rigel S.A. y otros", 2 de julio 1993, Fallos 316 1609; "Tolentino Gauna y otros c. Agencia Marítima Rigel S.A. y Nidera Argentina S.A. y otros", 14 de marzo de 1995, Fallos: 318: 366; "Julio Daniel Benítez y otros c. Empresa Compañía Argentina de Petróleo S.A. y otra", 16 de marzo de 1999, Fallos: 322: 440; "Segundo Rosas Escudero y otros c. Nueve A S.A. y otro", 14 de Septiembre 2000, Fallos: 323: 2552.

Al respecto, consideró que el que adoptaba podía: "contribuir al desarrollo del derecho sobre la materia, en la que están involucradas modalidades de la contratación comercial que posiblemente tendrán considerable trascendencia sobre la economía del país. La cuestión a decidir reviste, por tanto significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional ... (considerando 7º); "que las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos en principio a la relación sustancial que motivó la reclamación de autos, requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el art. 30 de la L.C.T. Esta exigencia de un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero, tiene su fundamento en la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma -o de su interpretación- que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla general consagrada por los arts. 1.195 y 1.713 del Código Civil y 56 de la ley 19.550 (Adla, XXXII-B, 1760), vinculados, en este aspecto, con la intangibilidad del patrimonio establecido en el art. 17 de la Constitución Nacional" (considerando 8º).

En virtud de ello, estimó "que no corresponde la aplicación del art. 30 de la L.C.T. toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. Este efecto se logra en la práctica comercial por contratos de concesión, distribución, franquicia y otros que permiten a los fabricantes o, en su caso a los concedentes de una franquicia comercial, vincularse exclusivamente con una empresa determinada sin contraer riesgo crediticio alguno por las actividades de ésta última, que actúa en nombre propio y a su riesgo. Esta finalidad económica de la referida contratación comercial se frustraría si el derecho aplicable responsabilizara sin más a los concedentes por las deudas laborales de las concesionarias, con perjuicio para la economía nacional por las indudables repercusiones que ello tendría en las inversiones, en contratos de este tipo. Esta Corte no puede omitir la consideración de éstas circunstancias pues como reiteradamente ha juzgado no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y de su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 302: 1284). Este entendimiento resulta válido por cuanto deja plenamente vigente la debida y severa tutela de los derechos del trabajador en los supuestos en que aquella contratación sea tan sólo la apariencia para evadir la responsabilidad laboral (arts. 14 y 31 de la L.C.T.)".

Al efecto, precisó: "que el art. 30 de la L.C.T. contempla supuestos distintos de los que son materia de recurso. La norma comprende las hipótesis en que un empresario encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento. Son supuestos en los que se contrata prestaciones que completan o complementan la actividad del propio establecimiento, esto es, "la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones" (art. 6º, L.C.T.). En los contratos de concesión, distribución y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos del art. 30 de la L.C.T". (considerando 10º).

De acuerdo con los elementos de juicio que obraban en la causa, consideró que en el caso no mediaba "la contratación o subcontratación prevista en el art. 30 de la L.C.T., pues los trabajos y servicios ... no corresponden a la actividad normal y específica ... cual es la fabricación de los concentrados. No obsta a ello la lata formulación del objeto social, que ordinariamente tiene por fin asegurar la capacidad y el ámbito de actuación eventual de la persona jurídica, pues el art. 30 citado precedentemente no se refiere al objeto ni a la capacidad societaria sino a la actividad real propia del establecimiento. Las figuras delegativas previstas por aquella norma, en lo pertinente, contratación y subcontratación, son inherentes a la dinámica del giro empresarial y, por ello no cabe examinar su configuración con respecto al objeto social" (considerando 11) (114).

Cabe advertir que el nuevo proceso de producción que se concreta a través de la descentralización, como lo hemos analizado, ha roto el criterio de uniformidad que caracterizaba al derecho de trabajo clásico, en cuanto al proliferar las empresas (que desarrollan su actividad a diverso nivel: núcleo, auxiliares y, dentro de éstas, medianas y pequeñas), las relaciones de las mismas con su personal se rigen de acuerdo con distintos convenios colectivos de trabajo. El ámbito de aplicación de éstos se determina en función de la representatividad (ya de una actividad sectorial o de una empresa) de las partes que lo suscribieron. Por lo tanto, aunque se trate de tareas similares, la relación está sujeta a distintas normas convencionales colectivas.

---

(114) Ver nuestros trabajos: "La Corte Suprema precisa el sentido del art. 30 de la L.C.T.", en *IySS*, 1993-417; "La extensión de la responsabilidad laboral del empleador a un tercero", en *AA.VV.*, "El Derecho Laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos típicos". Coordinadores: Vázquez Vialard y Mario S. Pera, Editorial La Ley, 2003, p. 21 y sigtes.

Además, en cierta manera, también ha transformado el rol que le requiere cumplir al trabajador. Su tarea se ha complicado respecto de la que se le asignaba antes, y le requiere un mayor grado de preparación técnica y de cultura, lo que supone que la persona que lo realiza, cuente con un mayor bagaje (que adquiere a través de una instrucción ya de carácter formal o informal) para resolver los problemas que le exige el cumplimiento de su tarea que cada vez se hace más polivalente. Esa circunstancia antes no tan requerida, transforma el tipo de la relación con sus compañeros, con su empleador y con el grupo sindical.

Estimamos que la transformación que se opera como consecuencia del proceso de descentralización productiva, plantea no sólo graves cuestiones de orden económico (que deben analizarse a fin de asegurar su solución y encauzarlos), sino también socio-cultural-moral que requieren la adopción de medidas concretas de esa índole, fin de encarrilar con sentido humano, una situación que puede llevar a enturbiar las condiciones de una convivencia social en justicia y paz, lo que supone el respeto del otro que no debe ser considerado como un enemigo, sino como un hermano (con quién es posible que nos separen diferencias de apreciación) que, en razón de nuestra común naturaleza sociable, comparte con nosotros el camino.

El proceso de descentralización productiva y otros factores de orden socio-económico que han operado en conjunto, han provocado un fuerte impacto sobre la estructura tradicional de la relación de trabajo. Entre las consecuencias que se siguieron de ello, tal como lo hemos analizado, cabe anotar que contribuyó a desdibujar la imagen del empleador que, ahora, en gran cantidad de situaciones, de una manera mucho más condicionada que antes, comparte su rol (de decidir el modo y como operar) con otros que le han encargado la realización de ciertas tareas.

La circunstancia que lo que antes se elaboraba en una fábrica, ahora lo sea a través de muchas empresas vinculadas en red a un núcleo central, ha facilitado el aumento del número de las mismas, las cuales se suelen regir en sus relaciones con el personal, no por un mismo convenio colectivo de trabajo (sin perjuicio que a veces se hallan en otros países), con lo que se ha quebrado el principio de la uniformidad de la norma aplicable, criterio característico del derecho del trabajo clásico.

Frente a la nueva realidad, pierde consistencia que las relaciones laborales que responden a diversas formas de ejecución, puedan modelarse en virtud de un contrato tipo, por lo que en la práctica, se hace referencia a los de índole atípicos. Algunos de éstos, innovan respecto de la característica



que tenía aquel que privilegiaba la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Ello ha introducido una nota de precariedad en la relación laboral, no como una situación de excepción, sino como una nota bastante común. El tema respecto de la extensión de la responsabilidad laboral del empleador a terceras empresas vinculadas con aquella en virtud de una cierta delegación de funciones que, en especial, se desarrolló a mediados del siglo pasado, ha sufrido un duro impacto. La nueva modalidad de vinculación a través de contratos comerciales, deslinda el ámbito de actuación de cada una de ellas. Parte de la doctrina judicial (a la que hemos hecho referencia) y ciertas legislaciones, han puesto coto a esa extensión, por lo que la responsabilidad del empleador no se transmite a terceros.

En razón del desarrollo tecnológico, se crean nuevos tipos de ocupación, al tiempo que otros se convierten en obsoletos a un ritmo antes no conocido, lo que requiere una constante actualización de las habilidades productivas que aquellos requieren. Ello exige por parte de los trabajadores, en especial los vinculados con las actividades más dinámicas, la necesidad de estar en constante proceso de actualización y perfeccionamiento de sus habilidades.

Esas nuevas formas de vinculación comercial, han hecho que muchas de ellas se realicen con trabajadores autónomos que se desempeñan como si fueran empresas, por lo que no se anuda con ellos una relación laboral, así también como con grupos cooperativos, cuyos integrantes entre sí y con aquella, están vinculados por formas asociativas, no laborales.

De acuerdo con ello, el esquema de la relación laboral diseñada por el derecho del trabajo clásico (en función de una realidad operativa determinada), no se adecua a los cambios que se han producido y se producen, lo que requiere introducir en aquella modificaciones que no alteren el sentido tuitivo de la disciplina jurídico laboral, que constituye la malla básica sobre las que se teje el contrato de trabajo.

## VII. Repensar el derecho del trabajo

a) Es evidente que los parámetros fijados por la visión clásica del mismo, diseñados sobre la base de una determinada realidad socio-laboral que se modificó a partir de los 80 del siglo XX, no siempre resultan adecuados para regular relaciones que se dan en un nuevo contexto, lo que ha producido su desorganización o desconstrucción. Como lo hemos indicado, los conceptos básicos a que hace referencia la relación de trabajo, en especial la de empleador (por lo menos, respecto de muchos de ellos), no

mantiene el carácter que tenía en la etapa anterior. En ésta, ejercía en forma personal la titularidad de los elementos que conforman el llamado "poder de dirección" que, en el nuevo tramo respecto de gran cantidad de situaciones —vinculadas, en especial con las medianas y pequeñas empresas que, por exigencia legal deben regir sus relaciones laborales en virtud de normas específicas (art. 101, ley 24.467)— no se dan. En cierta manera, esa función ha dejado de ser indivisible y suele compartirse con el titular de la empresa comitente.

En cuanto respecta a los trabajadores, en razón del fraccionamiento de su estatuto, aunque realicen una tarea similar, no siempre están comprendidos dentro de un mismo régimen, ya que el convenio colectivo de trabajo que lo determina, se aplica en función de las partes que lo han suscripto. Por lo tanto, puede darse que las respectivas relaciones queden comprendidas en diversos regímenes normativos (convenios colectivos), según que éstos involucren a una empresa centro o a una auxiliar, y dentro de ésta, a una mediana o pequeña.

A nuestro juicio, cabe formular una primera observación respecto de la cuestión. Ella se refiere a la necesidad de repensar las técnicas adoptadas por esa rama jurídica (sin que ello signifique alterar el carácter tuitivo del derecho de los trabajadores al que las mismas deben apuntar), si las mismas deben ser mantenidas ¿quizá incrementadas?, o adaptarlas a una nueva realidad, lo que implica su adecuación, a fin de preservar su finalidad en un contexto socio-económico-cultural distinto de aquel que se hallaba vigente cuando fueron pensadas.

b) Ante esa situación, en doctrina se han planteado, por lo menos, dos posiciones antagónicas. Una de ellas, sostiene la plena vigencia de los instrumentos creados por el derecho del trabajo clásico, posición que no parece viable ante el cambio de las circunstancias. El firme propósito de garantizar los intereses del trabajador, puede convertirse en un boomerang, en cuanto para que el mismo goce de un determinado estatus (salario, condiciones de trabajo, continuidad de la relación), más allá de la conveniencia de mantenerlo, se requiere que la situación económica y los nuevos medios de producción y organización lo permitan. En primer lugar, para que se puedan ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico establece a su favor, se requiere que exista la posibilidad de que haya empleo, lo que depende de muchas circunstancias que el ámbito jurídico debe reconocer y fomentar para que aquel se de dentro de un espacio de justicia y realidad.

Sin duda, ese criterio doctrinario no tiene en cuenta que no debe existir una fractura entre realidad económica y jurídica (115). Cuando ello ocurre, se produce un desajuste como consecuencia de que aquella primera ha variado, mientras que la norma que intenta regularla, no lo ha hecho, lo que es pernicioso para una pacífica convivencia.

Al respecto, es oportuno recordar —como lo hemos manifestado— que el derecho no crea riquezas; su función es distribuir éstas con justicia, asignando potencias e impotencias, es decir, créditos y obligaciones entre los miembros de una comunidad respecto de los bienes y servicios disponibles. Existe una tendencia por parte de algunos “ius-laboralistas”, a enfocar el análisis de la relación de trabajo, teniendo en cuenta sólo, o en forma preponderante, la situación del trabajador, en especial respecto de la protección de sus intereses y la preservación de sus derechos, cuando en realidad parecería que lo lógico fuera contemplar esa situación dentro de su conjunto y no en forma aislada. Concretamente, no se trata de crear simplemente derechos, sino también analizar si el deudor de los mismos está en condiciones de satisfacerlos. De no darse esa posibilidad, se produce una inflación de aquellos (incumplibles), lo que no enriquece al ordenamiento jurídico, al contrario, lo perturba, en tanto se crean una serie de ilusiones.

La condición básica que requiere la regulación jurídica (en el caso, la que establece el derecho del trabajo) es que sea realista. No es la primera vez que se plantea la cuestión, más aún, parece que ello es una constante desde el principio del desarrollo de ésta disciplina jurídica que, en la práctica, debe adecuarse al margen y limitación que impone la situación económica (116). De lo contrario, el derecho se anquilosa y sólo establece condiciones formales, fruto de un sistema conceptual que muchas veces se aparta del complejo orgánico que es un sistema histórico, real y no sólo lógico (117). No se trata sólo del reparto de bienes, sino del modo de hacerlo ante un cambio de las circunstancias vigentes respecto de cuando se diseñó el modelo que se quiere mantener a toda costa.

---

(115) Ver MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Un derecho “místico”: los persistentes dilemas jurídicos de los grupos de sociedades”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, citado en nota 32, p. 670.

(116) Ver HUECK y NIPPERDEY, “Compendio del Derecho del Trabajo”, p. 46 y sigtes., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

(117) Ver BORRAJO DA CRUZ, Efrén, GIUGNI, Gino, TREU, Tiziano, citados en nota nº 2.

La otra solución que se propone, opuesta a la anterior, intenta que a través de la llamada individualización de las relaciones, las partes fijen las condiciones del trato. Consideramos que esa posibilidad (más allá de algunas adecuaciones en función de la misma) no es factible, pues en la relación individual se mantiene la desproporción en la capacidad de diálogo de los interlocutores, condición que requiere la concertación a fin de preservar una cierta paridad en los cambios.

Algunas de las concepciones incluidas dentro de ésta corriente, intentan de alguna manera, volver a que la norma que regula la relación laboral, sea la que surge de la autonomía de la voluntad, con lo que se tiende a deshacer los efectos del derecho del trabajo y volver al Código Civil (118).

c) Estimamos que respecto del derecho de trabajo clásico, cabe distinguir dos aspectos. En primer lugar, su concepción como elemento de protección, tuitivo, a favor del hiposuficiente, es decir, del miembro de la relación que por sí no tiene capacidad para defender sus intereses frente a la otra parte. Por ello, es conveniente limitar el campo de la negociación sólo a un sector de la misma, una vez asegurada la plena vigencia de ciertos derechos básicos y fundamentales (119). A partir de allí, las partes pueden pactar las condiciones del trato. El otro aspecto, se refiere a las herramientas utilizadas a fin de lograr una cierta paridad en los cambios, lo que se logra cuando la negociación se realiza a nivel colectivo y en virtud de los instrumentos diseñados para garantizar esos derechos.

A nuestro juicio, respecto del primer tema, no existe duda alguna que el derecho del trabajo debe conservar su carácter tuitivo de los intereses del trabajador, lo que en modo alguno significa mantener el dispositivo utilizado en el pasado para lograrlo. Con respecto a este último, creemos que se requiere su "aggiornamento" en función del cambio de las circunstancias que se han dado, entre otros, como consecuencia de la descentralización productiva, así como de las nuevas formas de operar y del mismo cambio cultural experimentado por los trabajadores.

---

(118) Aunque éste no sea el mismo del siglo XIX y principios del XX, en cuanto ha admitido algunas figuras tales como la lesión, la imprevisión, etc.

(119) La OIT, con gran esfuerzo, hasta ahora, sólo ha logrado declarar como tales a: la supresión del trabajo forzoso, ídem del infantil, libertad sindical, derecho de sindicación y de negociación colectiva, no discriminación, igualdad de trabajo entre mujeres y hombres, ver Rev. Internacional del Trabajo, vol. 115, p. 254, año 1996.

Un ejemplo de ello, entre otros, lo constituye la pretensión de mantener la vigencia de los convenios colectivos de trabajo negociados en 1975 (de acuerdo con la realidad anterior), que sin duda alguna no se adecuan a las nuevas condiciones. En el ínterin, se han producido cambios importantes que han hecho que muchas empresas y, en especial las cámaras que las representaban, hayan desaparecido. Por otra parte, los mecanismos de producción han variado; de uno de carácter integral, se ha pasado a otro descentralizado, por lo que muchas de las categorías antes reguladas no existen más. Además, se incrementaron las actividades de servicios ("servicios a la producción") que normalmente son más propensas a la descentralización, las que no siempre se han tenido en cuenta.

El objetivo fundamental del derecho del trabajo, asegurar la protección de los intereses del trabajador, debe adecuarse a una nueva realidad, distinta de la existente en el momento de su aparición o de su consolidación en el mundo jurídico, en especial, en cuanto se refiere a las técnicas que se requieren para alcanzar aquella finalidad.

d) El propósito de alcanzar una mayor justicia en la relación laboral, creemos que supera el ámbito de lo jurídico, ya que en aquel intervienen otros factores de orden cultural, económico, que deben tenerse en cuenta. Aunque la norma legal (que fija un programa a fin de regular las relaciones) fuera perfecta desde su propia estructura, no basta, en tanto la misma debe ser aplicada, en primer lugar, por las partes vinculadas por aquella; su cumplimiento efectivo depende de la firme voluntad de ambas de ajustarse al ordenamiento diseñado. Respecto del grave problema de la precariedad del trabajo, hemos hecho referencia, como un factor importante, a que ese concepto se ha adentrado en la cultura, en especial, de los empleadores.

Transformar lo que, en definitiva es una visión de la realidad, supera el ámbito de lo que puede hacer la ley; para que ésta sea efectiva, se requiere que haya una clara conciencia por parte de los miembros de la relación, de que la misma (en cuanto es razonable) es un camino que lleva al bien común, o sea, a la creación de condiciones externas que facilitan (no entorpecen) el desarrollo de la persona, objetivo último del derecho (no de intereses sectoriales o peor aún, individuales). Para que ese ideal se encarne en la realidad de la vida, no sólo en la literatura jurídica, se requiere que exista una firme disposición de cumplir con lo que preceptúa la norma. Ello no se alcanza sólo con su sanción, ya que ella se refiere a aspectos exteriores, mientras que también se requiere la firme voluntad de su cum-

plimiento, lo que hace a lo interior de la persona que, en definitiva, es lo que fija su conducta.

Cabe destacar la importancia decisiva que tiene el elemento cultural en cuanto se refiere a la reforma y aplicación del ordenamiento jurídico y, en especial, el laboral.

e) En la actualidad, en cuanto se refiere al problema del empleo, se ha tomado mayor conciencia de ciertos aspectos que el tema plantea, entre ellos algunos de carácter económico. La relación laboral requiere un presupuesto básico: que exista una necesidad humana (a veces no satisfecha) que alguien intenta cubrir, para lo que pide la colaboración de otras personas con quienes suele vincularse a través de una relación de empleo dependiente. Por lo tanto, para que haya contrato de trabajo (que regula los respectivos derechos), se requiere que haya puestos de trabajo ya creados o a crearse, los que constituyen el presupuesto de la relación. La existencia de los mismos, depende del dinamismo de la economía.

Además, en el marco de los factores que intervienen en ese proceso, hay algunos no jurídicos, que tienen singular importancia respecto de la existencia de empleos. En función del desarrollo tecnológico (no siempre apreciado en su real dimensión por los "ius laboristas"), se produce un hecho de singular trascendencia: el desplazamiento del trabajo humano por máquinas o procedimientos que realizan funciones que antes realizaban personas. Ello ha hecho que muchas de estas hayan perdido su ocupación, que ni ellas ni otros colegas, recuperarán, pues se han perdido definitivamente. Al respecto, se ha hecho referencia al "fin del trabajo" (120) que algunos consideran ineluctable, como consecuencia del referido proceso. Al respecto, no tenemos una visión tan pesimista sobre el futuro en esta materia (lo que suele tener una amplia recepción), ya que dentro del proceso dinámico de la vida, es normal que desaparezcan empleos y, por otra parte, aparezcan otros. La cuestión no es nueva en la historia, se dio con anterioridad con motivo del proceso de mecanización del sector rural y luego por el de la automatización, con la diferencia que muchas veces, el personal expulsado

---

(120) Ver RIFKIN, Jeremías, "El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era", Bs. As.- Barcelona, 1996. Respecto de las expectativas del trabajo en el futuro, ver CALVEZ, Jean-Ives, "La necesidad del trabajo ¿Desaparición o redefinición de un valor?", p. 115 y sigtes., Ed. Losada, 1999; BOISSONNAT Jean, "Lucha contra el desempleo y reconstrucción del trabajo en Francia", Rev. Internacional de trabajo, vol. 115, nº 2, 1996; Ver "Le travail dans vingt ans", París, 1995, informe del Commissariat Général de Planificación.

de un ámbito era absorbido por el desarrollo de la industria que, en cuanto al empleo de trabajo humano, estaba en su apogeo. Esa situación no se da en la actualidad, ya que en ese sector —por lo menos en el ámbito hasta ahora conocido— desaparecen empleos y lo mismo ocurre —aunque con menor intensidad— en ciertos servicios que junto con aquel, absorbieron a los trabajadores que fueron desplazados del ámbito rural.

En la medida que la economía mantenga un determinado nivel de dinamismo y de crecimiento, al tiempo que por una parte desaparezcan empleos, aparecerán otros, pero distintos de aquellos, los que requieren otras habilidades y competencias por parte de quienes los han de desempeñar. Ello requiere una recalificación profesional por parte de los trabajadores desplazados y, en especial, una adecuada capacitación de los jóvenes que en el futuro han de incorporarse al mercado de trabajo, los que deben adquirir competencias antes no conocidas. Sin duda, ese proceso hará que se absorba trabajo en el sector educativo.

f) Al tiempo que determinadas habilidades profesionales se convierten en obsoletas, debe prepararse personal para adquirir las que requieren los nuevos empleos, lo que exige un cambio en la formación cultural y profesional, tarea propia del sistema educativo, tanto en su faz formal como informal. Ello, a su vez, exige la preparación de personal especializado para realizar esa tarea.

Ante la pérdida de empleos tradicionales en determinados sectores, es factible que a corto plazo cunda una sensación de pesimismo, en especial respecto de la actividad industrial. Ello se debe a que fue ésta la que antes absorbió el desplazamiento de los trabajadores de la actividad rural, y se considera que es la que requiere la mayor cantidad de trabajo humano (lo que nunca fue cierto) (121) y es la principal fuente del PBI. Ese criterio que responde a una concepción antigua, no tiene en cuenta el auge de los servicios (entre ellos, los dedicados a la producción) que, en la práctica, son los que crean mayor cantidad de empleos, aunque estos suelen ser menos en cantidad que los que desaparecen y no de la misma calidad.

La grave situación de desempleo que azota a gran parte de los países, suele ser una consecuencia del desarrollo tecnológico que convierte en obsoletas capacidades adquiridas, lo que les plantea una pérdida de su

---

(121) En las épocas de mayor esplendor, el trabajo industrial no superó la cifra de 35% del total de la población ocupada.

empleabilidad a quienes sufren ese impacto, los que deben ser recalificados a fin de que puedan desempeñarse en otro sector. Mientras se da esa desgraciada situación, cabe comprobar que en muchos países, aún desarrollados y en vías de desarrollo, existen muchísimas necesidades humanas (gran parte de ellas referidas a aspectos básicos de la vida) que no se hallan satisfechas. Precisamente, la finalidad del trabajo, es producir bienes, preparar servicios a fin de cubrir las necesidades del hombre, lo que marca un determinado nivel de calidad de vida. Si este objetivo no se logra, lógicamente, se produce un grave déficit de carácter social y humano. Para alcanzarlo, se requiere un importante aporte de trabajo de esa índole, en especial en el sector servicios (terciario) y en el llamado cuaternario (entre otros, investigación).

Lo cierto es que puede hacerse referencia a la creación de nuevas profesiones, algunas de ellas vinculadas con el crecimiento de la tecnología y el envejecimiento de la población, en su mayor parte vinculadas con prestaciones referidas al área de servicios, en especial, vinculados a las del ocio, turismo, educación, tercera edad, informática y medio ambiente (122), muchas de las cuales tienden a asegurarle una cierta calidad de vida a las personas de mayor edad: teleasistencia, residencias geriátricas, centros de día, profesionales que ayuden a mejorar la calidad de vida. A ello, se agregan especialistas en nutrición, no sólo en servicios de salud, sino también en catering, comedores colectivos, alimentos preparados, precocinados, etc. Aún hoy, en los países desarrollados y en vías de desarrollo, una parte importante de la población tiene necesidades insatisfechas, algunas de ellas de carácter básico, lo que supone que para cubrir ese bache humano, habrán de crearse muchos empleos, para lo que es necesario preparar trabajadores que adicioneen servicios con alto valor humano agregado a la comunidad, supuesto indispensable para lograr un mayor bienestar social.

g) Las acciones que deben desarrollar las nuevas políticas sociales (dentro de cuyo ámbito se incluye el derecho) a fin de crear mejores condiciones de vida, requieren un tratamiento que excede el marco jurídico. En la mesa en la que se diseñen y proyecten las mismas a fin de su ejecución, deben intervenir una serie de profesionales vinculados con distintas áreas del saber científico (tanto del sector de las ciencias duras, como blandas),

---

(122) Ver Alberto Nicolás BERNAT, "La Descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo", en AA.VV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", op. cit. en nota 32, p. 227 y sigtes.



los que desde su respectiva visión, deben aportar elementos de juicio para lograr una mejor convivencia humana, no sólo medida en cuanto respecta a la provisión de bienes e instrumentos materiales, sino en calidad de vida.

En esa mesa, el "ius-laboralista" debe formular un aporte que es factible que no lo realicen los otros técnicos, aún los especializados en otras ramas jurídicas: que las relaciones que se anudan con motivo de la producción de bienes y preparación de servicios (elemental en toda comunidad), deben estar regidas por el criterio de justicia, en cuanto se refiere a la participación en los frutos de la acción emprendida en conjunto (a veces en pequeños sectores, empresa o desde el global), así como en su elaboración. Se trata de que todos los miembros de la comunidad, tengan una participación, en algunos casos ejercida en forma indirecta (a través de su representante) en la conducción del servicio (no siempre de carácter productivo), en tanto son personas con responsabilidad psicológica e iniciativa (123) que no pueden ser reducidas al rol de máquinas o robots y deben participar en forma equilibrada y equitativa en la distribución del fruto elaborado en común, aunque con distinta participación.

En definitiva, se trata de que cada miembro que integra una comunidad productiva o de prestación de servicios, tenga plena conciencia (condición indispensable) y obre en consecuencia, de que todos navegamos en la vida en un mismo barco. Este nos ayuda a lograr el objetivo de llegar a puerto y posibilita, a través de la creación de condiciones externas, que se facilite el pleno desarrollo de cada uno de los miembros de la comunidad. Es indudable que ello requiere un clima de cooperación, más que uno de confrontación, que nos hace sentir como enemigos, no como hermanos que, en virtud de nuestra común naturaleza humana y vocación social, caminamos junto con el otro.

h) Frente a ese desajuste entre realidad y norma jurídica ante los nuevos cambios producidos, nos parece oportuno sugerir algunos criterios básicos a fin de facilitar el "aggiornamento" del derecho del trabajo y, en especial de las herramientas de que se vale, a un nuevo contexto, a fin de que pueda seguir cumpliendo su función: establecer parámetros inspirados en la justicia, para regular un tipo de relación conflictiva —como otras, aunque quizá con más intensidad—, a fin de que la misma sirva como un

---

(123) El hecho lo destaca Juan XXIII, en la encíclica "Mater et Magistra", nº 83.

elemento que facilite la creación de condiciones externas que facilitan el pleno desarrollo "de todo el hombre y de todos los hombres".

En primer lugar, cabe reiterar su fin protectorio, tuitivo, de los intereses de los trabajadores, la parte más débil de la relación laboral. Cabe tener presente que esa rama del derecho, en sus orígenes, tuvo como finalidad lograr un cierto nivel de paridad en los cambios, como una condición indispensable a fin de asegurar el pleno ejercicio de los derechos de los hiposuficientes, que no los concede el contrato, sino la propia naturaleza de las cosas. A tal fin, en forma paulatina, adoptó una serie de herramientas, algunas de ellas para aplicar a las relaciones individuales y otras, para las de carácter colectivo.

En la actualidad, corresponde ratificar la finalidad tuitiva que debe ejercer ante otras circunstancias y, frente al cambio de éstas, revisar la utilidad del empleo de ciertas herramientas utilizadas. A fin de lograr un cierto balance entre las partes con distinta capacidad de diálogo, recurrió el empleo de la ley que impidió la aplicación de la regla de la autonomía de la voluntad respecto de un sector del negocio jurídico laboral. Con referencia a éste, rigen mínimos (y en su caso máximos legales) que desplazan la voluntad de las partes.

De acuerdo con uno de sus objetivos, tonificó la capacidad de negociación del sector de los trabajadores, a cuyo efecto estableció la posibilidad de concertar convenios colectivos de trabajo, a fin de determinar la norma mínima de aplicación a las relaciones individuales, la que no podía modificar la de carácter legal "in peius" para los trabajadores.

Estimamos que la gran herramienta del derecho del trabajo para el futuro, es intensificar el uso de ese modo de concertación colectiva, aunque ajustado a una nueva realidad. A través del tiempo, se admitió una cierta modificación de la primitiva estructura de las diversas fuentes normativas: ley, convenio colectivo de trabajo, acuerdo individual, según la cual estos dos últimos sólo podían mejorar (nunca disminuir) los derechos conferidos a los trabajadores por la de nivel superior.

Dentro de ese nuevo tipo de negociación, cabe promover la práctica de la llamada disponibilidad colectiva (a la que ya nos hemos referido), en virtud de la cual, los representantes legales de los trabajadores y de los empleadores, pueden modificar la ley en las materias que ésta admite (aún "in peius" para el trabajador), a fin de adecuarlas a la realidad. De esa

manera, se facilita la llamada "negociación de concesiones", en que una de las partes le concede beneficios a la otra, a cambio de algunas ventajas que obtiene. De esa manera, entre otras muchas, se modifican las pautas referidas al modo de computar el tiempo de trabajo según otros módulos, a cambio del compromiso de no alterar la plantilla de trabajadores durante un período determinado. De esa manera, se ajustan (flexibilizan) las obligaciones de las partes a nuevas exigencias impuestas por la realidad, sin que ello altere en forma global, los derechos básicos de los trabajadores.

No obstante la conveniencia de tonificar esa vía de negociación, en razón del interés público, no cabe descartar que, en ciertas situaciones, la autoridad laboral a través de una ley establezca modificaciones al régimen vigente. En determinadas oportunidades y por distintos motivos, las partes que ejercen la representación de los intereses colectivos no se ponen de acuerdo respecto de ciertas cuestiones que, más allá del legítimo interés de las mismas, también afectan a la comunidad global. Estimamos que en situaciones de esa índole, el poder público debe ejercer —aunque en el caso lo realice en forma subsidiaria— su rol de gestor del bien común (del que no puede renunciar). Se han dado situaciones de este tipo, en que gobiernos de países democráticos han recurrido a esa vía, a fin de dar solución a conflictos que afectaban intereses de la comunidad, cuya solución no se lograba por las vías normales y adecuadas. Antes de producirse una situación de emergencia, cabe recurrir a la utilización de un remedio que sólo es apto en casos extraordinarios.

i) A través de esa nueva forma de negociación colectiva, puede enmendarse la circunstancia en cierta manera imputable al derecho del trabajo clásico, en el sentido que desarrolló un eficaz paraguas protector de los intereses del trabajador, pero en cambio, no logró tanto en cuanto se refiere a su crecimiento personal, así como a una mayor participación funcional en la actividad empresarial. Ese objetivo —tal como lo hemos recordado, difícil de obtener a través de la ley—, es más fácil alcanzarlo por vía de la negociación colectiva. Por la vía del diálogo, es factible lograr que los trabajadores se involucren en la gestión empresarial y aporten a la misma su creatividad y la experiencia que han logrado a través de la ejecución de la tarea.

Los mecanismos más hábiles al efecto, son la creación de un ámbito de esa índole en el que ambas partes tomen conciencia de que se hallan empeñados en una tarea común que les exige esfuerzos y les impone una equitativa distribución de las mejoras obtenidas. Una de ellas, puede ser-

lo a través de la aceptación de un salario flexible que, por encima de mínimos asegurados, establezca que el mismo oscile en función de ciertas variables: éxitos obtenidos, economías logradas en el uso de insumos, descubrimientos de nuevos procesos productivos, haber conquistado otros mercados, etc.. Dicha modalidad puede dar solución a ciertos problemas, en especial despidos en los casos de crisis de la empresa. En esas circunstancias, en cuanto se ha establecido una remuneración sujeta a esas características, se reduce la nómina salarial, por lo que el peso de la misma disminuye y permite que el esfuerzo que razonablemente debe realizarse, se redistribuya de una manera tal que pueda lograrse que, trabajadores que de otra manera serían prescindidos, continúen en la empresa.

Esa, por otra parte, es una vía apta para lograr una mayor integración del personal a la organización empresaria, no sólo en aspectos vinculados con la gestión del negocio (lo que asume vital importancia), sino también respecto de las de carácter funcional. Como lo hemos destacado, los trabajadores no son máquinas, robots, sino personas que en el ejercicio de su tarea, comprometen su responsabilidad psicológica e iniciativa personal. La misma no puede ser dañada o menoscabada, con motivo del ejercicio de la relación laboral (124).

En cuanto se refiere al ámbito más adecuado de la negociación colectiva, se suele considerar como más conveniente a la de empresa (125), aunque la misma sólo tiene sentido respecto de aquellas que tienen una cierta dimensión que les permite a los trabajadores contar no sólo con una representación válida de sus intereses, sino también con medios eficaces (126) para ejercer esa representación. Aunque el convenio colectivo de actividad, no suele ser adecuado cuando comprende una zona de aplicación en la que se dan características distintas, cada una de las cuales re-

---

(124) Ver ídem.

(125) En nuestro país, desde hace más de 10 años, la mayor parte de los convenios concertados han sido de este tipo, mientras que es menor el número de los de actividad que antes preponderaban.

(126) En el sentido de tener conocimiento de la situación del mercado, lo que requiere contar con elementos de información, fruto de investigaciones que no siempre es fácil, por su costo, realizar a ese nivel (aunque puedan obtenerse a través de servicios brindados por los organismos a que están adheridos). En la Argentina, de acuerdo con la estructura sindical que establece la ley 23.551 (Adla, XLVIII-B, 1408) (art. 31, a), a esos fines, sólo puede ejercer la representación del sector trabajador, el sindicato (de actividad o de empresa) que goza de personería gremial); sólo en ausencia de éste, puede asumir dicha representación uno que no cuenta con ese reconocimiento.

quiere un ordenamiento específico, cabe admitir, en especial respecto de las Pyme (127), que aquel lo sea para una actividad respecto de un territorio geográfico en el que se de cierta homogeneidad. De esa manera, puede lograrse que la norma convencional colectiva se adecue a la realidad respecto de la zona en que rige.

j) Un tema que integra la agenda del debate propio de ésta etapa del derecho del trabajo, es el de rediseñar o quizá, precisar sus fronteras. De acuerdo con su finalidad expansiva propia de sus inicios, determinó una matriz (la relación de dependencia) a fin de dispensarle una necesaria protección al sector laboral (hiposuficiente). De acuerdo con ello, por lo menos en nuestro país (no en otros), esa tutela comprende a todos los trabajadores con prescindencia de la categoría que revisten. Por lo tanto, incluye a altos ejecutivos, gerentes, miembros del directorio de sociedades anónimas, etc., en tanto desempeñan funciones en relación de dependencia, así como a algunos que, en razón de las características de las tareas que desempeñan, se hallan en el linde entre una de esa índole o autónoma, por lo que en razón del principio de duda que recepta el art. 9° de la LCT (128), suelen ser incorporados en la primera categoría.

Al respecto, cabe tener presente que el derecho del trabajo se desarrolló a fin de dar protección a hiposuficientes, es decir a personas que por sí solas no tenían los medios para defender sus intereses, por lo que se les asignó una especial protección que los colocaba al amparo de abusos que pudieran lesionar sus intereses. En la actualidad, éste también suele cubrir a personas que por sí, tienen suficiente capacidad, asegurados ciertos mínimos, para defender sus intereses. Al efecto, cabe mencionar a los ya indicados y otras figuras contractuales, tales como artistas de primer nivel (que formalmente podrían quedar incluidos dentro de una relación de dependencia), jugadores de fútbol, etc. (129). Frente a la evolución que ha

---

(127) De acuerdo con la ley 24.467 —Adla, LV-C, 2927—, art. 90, los acuerdos para tener vigencia en ese ámbito, deben tener cláusulas específicas.

(128) Consideramos que ese criterio aplicable respecto de la duda relativa a la interpretación de la norma, no exime al juez de desentrañar previamente cual es el sentido que le atribuyó el autor.

(129) Como un caso paradigmático puede hacerse referencia a la situación planteada en la causa *Caniggia, Claudio Paul c. Club Atlético Boca Juniors*, que menciona el trabajo de ABREU, Gustavo Albano: *Autonomía de la voluntad del futbolista profesional e interpretación del contrato a propósito del caso "Caniggia c. Club Atlético Boca Juniors"* (diario *La Ley* del 17/9/2003, p. 8 y sigtes. — *LA LEY*, 2003-F, 30), del que surge que el jugador

experimentado el grupo de trabajadores, es evidente que muchos de éstos no requieren la protección dispensada a trabajadores hiposuficientes.

k) La definición de remuneración que en cuanto a su carácter amplio, respondió a una medida necesaria a fin de garantizar los derechos de los trabajadores y evitar fraudes, quizá en este momento requiera una corrección. La norma define a la misma como: "... la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo" (art. 103, LCT). Dentro de ella, no sólo se perciben sumas de dinero (ya en forma directa o indirecta, propinas), pues también el ejercicio de la tarea le significa al trabajador un incremento de su acervo cultural y profesional, así como adquiere experiencia, tiene acceso a ciertos medios de información, en especial muy útil para los altos empleados, lo que tiene un valor importante traducible en dinero. En tanto aquel percibe esa contraprestación en razón de que ha puesto la capacidad de trabajo a disposición del empleador, la misma adquiere el carácter de salario y puede valorarse en dinero. Se trata de una "oportunidad de obtener beneficios o ganancias" (art. 105, LCT), en cuanto, como lo hemos puesto de relieve, incrementa el acervo cultural y técnico del empleado, lo que tiene un gran valor para su curriculum profesional, y le permite acceder al conocimiento de investigaciones de carácter científico que se realizan a nivel internacional.

Al respecto, cabría revisar el concepto de salario y quizás reducir su sentido al importe que se percibe en efectivo hasta un cierto nivel (no es lo mismo uno que corresponde a dos o tres veces el mínimo vital, que lo sea

---

percibía U\$S 35.000 "por partido jugado del fixture", con un ingreso en octubre de 1997 de \$223.553 (con paridad 1 a 1 peso dólar). Además, había negociado un contrato de publicidad con una empresa, en virtud del cual percibía una "importante suma pactada cada vez que participara en el primer equipo".

Como se indica en ese trabajo (ver CONFALONIERI, Juan Angel: "¿Los jugadores de fútbol se registran?", en ED, 176-1076), según la práctica, se elabora un doble juego del contrato concertado, uno de los cuales se registra en la Asociación del Fútbol Argentino (A.F.A.), que contiene una determinada asignación y otro designado "contrato privado" o "complementario", en el que figuran los datos reales. Con ello, se "viola la ley (Nº 20.160 —Adla, XXXIII-A, 298—, Estatuto del Futbolista Profesional y Convenio Colectivo de Trabajo 430/75), defraudando al sistema de seguridad social, ingresando menos dinero con la respectiva obra social, al sistema jubilatorio, al de asignaciones familiares, al Fisco Nacional y al sindicato" (idem). En cuanto ese ejemplar no está registrado en la A.F.A., ésta no lo reconoce.

Es evidente que situaciones de ese tipo, no corresponden a una relación en la que interviene un hiposuficiente que merece la protección del derecho del trabajo. Al efecto, le basta la que le dispensa la legislación civil.

diez o cien veces). Ese criterio ya ha sido adoptado entre nosotros en el régimen jubilatorio y en la Ley de Riesgos de Trabajo (130), en cuanto limita los derechos y obviamente aportes que deben hacerse al sistema, a un determinado nivel monetario. En el caso, no se trata de cercenar derechos, sino ajustar los mismos a un nivel de prudencia.

Así como algunas legislaciones limitan el derecho a la estabilidad de la relación por tiempo indeterminado, al momento en que el trabajador adquiere cierta antigüedad en el empleo, o forma parte de una empresa que supera un número determinado de trabajadores (131), de la misma manera con cierta mayor razón, puede ajustarse el concepto de salario a un determinado y prudente tope. Hasta alcanzar ese límite, goza de los derechos propios que le confiere la legislación laboral y, en lo que lo supera, los que surgen de la de carácter general (Código Civil).

Esta situación puede llevar a ciertos desajustes que pueden traducirse aún en perjuicio de los citados trabajadores. Según una práctica que comienza a utilizarse en el país, a cierto personal que se desempeña en categorías elevadas, a través del sistema del stock option, se les facilita la compra de acciones o se les entregan las mismas con motivo del ejercicio de la tarea, de tal manera que el importe de éstas, según las normas de la LCT, tienen carácter salarial, por lo que gozan de la respectiva protección, con lo que se encarece su costo para el empleador más allá del valor de las acciones (132). Ello puede contribuir a un cierto impedimento para la concesión de ese beneficio que resulta importante, no sólo desde el punto de vista del trabajador, sino general, en cuanto asocia a éste a la empresa, a través de una cierta figura similar a la de la sociedad. Estimamos correspondería excluir a esa modalidad del carácter salarial, ya que el personal que la percibe no necesita protección con el grado de intensidad que requieren los trabajadores que por sí, no tienen capacidad de negociación (133).

---

(130) Ver artículo 9°, ley 24.421 y art. 23, ley 24.557 (Adla, LIII-D, 4135; LV-E, 5865).

(131) Ver SALA FRANCO, Tomás, op. cit. en nota 107; POTOBSKY, Geraldo op. cit. en nota 48.

(132) Ver ARIAS, Juan Manuel, "Planes de opciones de compra de acciones (stock option)", en DT, 2002-B, 1743.

(133) En virtud de una situación similar, a través de la ley 24.700 (Adla, LVI-D, 4657), el legislador introdujo una modificación en los arts. 103 bis y 105 de la LCT, que excluyó el carácter salarial respecto de determinados beneficios que percibe el trabajador en virtud de la relación contractual, entre otros, los llamados: servicios de comedor de la empresa,

l) Si bien resulta prudente limitar a un tope razonable el goce de ciertos derechos laborales creados para proteger a hiposuficientes, en la situación actual en tanto la puerta de entrada al derecho del trabajo requiere que exista una relación de dependencia, muchas personas quedan excluidas de esa tutela (autónomos, miembros de cooperativas, etc.). No siempre los mismos gozan de un estatus socio-económico que les permita asegurar la paridad de los cambios que surgen de la relación, por lo que parece lógico que se les dispense una cierta tutela que supere el nivel que les confiere el Código Civil. El art. 14 bis de la Constitución Nacional asegura el goce de derechos al trabajo —en realidad, a la persona que lo ejecuta— con prescindencia de que el mismo se realice o no en relación de dependencia.

Por lo tanto, entendemos que cabría dentro o fuera del derecho del trabajo (en cuyo caso, el ámbito de éste no debería limitarse a la relación de trabajo dependiente, sino comprender también a la de actividad), incorporar a esas personas a un régimen de protección (134), en especial con respecto a una equitativa correspondencia entre los aportes efectuados por ambas partes, —lo que goza de la protección del art. 14 bis de la Constitución Nacional a que nos hemos referido—, y al acceso, a los beneficios de la Seguridad Social que, en su gran mayoría se reducen a los trabajadores dependientes (135). Al respecto, cabe hacer referencia a las categorías de parasubordinado y de "cómo si fueran dependientes", vigentes en el derecho italiano y alemán respectivamente. En los últimos años, la OIT ha desarrollado el concepto de trabajo decente que comprende, entre otras, condiciones dignas de labor y cierto grado de protección social.

---

vales alimentarios, reintegro de gastos de medicamentos, consulta médica y odontológica del trabajador y su familia, provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador, otorgamiento o pago de cursos o seminarios de capacitación o especialización, gastos de sepelio de familiares, dación de casa habitación de propiedad del empleador ubicada en barrios o complejos circundantes al lugar de trabajo o locación, cuando es dificultoso el acceso a la vivienda.

(134) Consideramos que el cambio de las circunstancias justifica, por una parte, la limitación del ámbito de comprensión personal de los trabajadores dentro del ámbito del derecho del trabajo, y por la otra, la extensión de la protección social que le corresponde a nuevas categorías de personas que trabajan, aunque no lo hagan en relación de dependencia.

(135) Nuestro régimen legal (art. 2º, ley 24.241), obliga a los trabajadores autónomos a inscribirse en el régimen específico de seguridad social. En la práctica, es muy bajo el número de personas alcanzadas por la norma que cumplen con la referida disposición.



Una nueva visión del derecho del trabajo compatible con la realidad actual, diversa a la de su aparición, no sólo debe reflejarse en el diseño de la norma, sino también en su interpretación por parte de los magistrados. Con frecuencia, estos persisten en una concepción amplia de la norma laboral, no obstante el cambio de las circunstancias que dieron motivo a su creación, lo que requiere una especial interpretación de la misma (136). En modo alguno se le puede asignar el ámbito de aplicación que tuvo en su momento y que en este otro, ha variado en razón del cambio de las condiciones en que se realiza la prestación. Se trata de una situación similar a la que en el derecho constitucional, se conoce como interpretación dinámica de la norma histórica. ◆

---

(136) Ver, entre otros, fallos de la C. N. A. T., salas III y VIII, autos "Groba María A. v. Instituto Independencia SRL s. despido", TySS, 1999-995 y "Martínez Osvaldo R. c. Celulosa Jujuy s. despido", TySS, 1999-395, en virtud de los cuales se consideraron fraudulentas determinadas negociaciones entre trabajador y su empleador, por considerar que aquel individualmente no obtenía un beneficio a cambio de la aparente renuncia respecto de una situación anterior que no se mantendría hacia el futuro (salario, horario). Estimamos que, en el caso, dicho convenio no importaba una renuncia por parte del trabajador, sino la concertación de un nuevo trato (modificación de las cláusulas anteriores), con vigencia hacia el futuro, lo que es lícito en cuanto el nuevo arreglo no viole las disposiciones de orden público laboral. Estimamos que en esos casos no había habido una renuncia que se refiere a derechos que se han incorporado al patrimonio de la persona. Los que se hallan *in fieri* (sujetos al cumplimiento de ciertas circunstancias), en modo alguno, a nuestro juicio, pueden constituir una renuncia. En el caso, lo que corresponde es referirse al cambio de las condiciones futuras que han de regir las relaciones jurídicas.

---

# PODERES INHERENTES DEL PODER JUDICIAL (CASO NASCO DE LA SUPREMA CORTE DE LOS EE.UU.)

POR JORGE A. AJA ESPIL (1)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Removal Power (Facultades propias del órgano ejecutivo para remover a funcionarios). — III. Poderes no delegados (enmienda X). — IV. La Sweeping clause (cláusula elástica). — V. Doctrina judicial de los poderes implícitos. — VI. Resulting Powers (poderes inherentes). — VII. Fallos de nuestra Corte Suprema. — VIII. Doctrina argentina contemporánea. — IX. Derecho Civil Constitucional. — X. La distinción en el Código Civil Argentino. — XI. Caso "Chambers c. Nasco Inc." (Certiorari).

## I. Introducción

Un reciente fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos me ha llevado a renovar la cuestión constitucional sobre la competencia de los tres poderes y sus atribuciones o facultades inherentes o implícitas.

Me permito recordar algunos conceptos extrayéndolos de mi libro "Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes" (2).

---

(1) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 27 de noviembre de 2003.

(2) AJA ESPIL, Jorge A., "Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes", TEA, 1987.

El interrogante que se plantea dentro de la teoría constitucional es si los poderes implícitos son los medios adecuados para poner en ejercicio las atribuciones expresas asignadas al gobierno federal, entendido éste como compresivo de los tres poderes, o se refieren también al "residuo de poder" que la ley fundamental no ha atribuido expresamente a ninguno de los tres poderes.

Es en Estados Unidos donde se plantea inicialmente la cuestión de las competencias inherentes y las competencias implícitas. Tanto en la Constitución Norteamericana como la Argentina se ha organizado un gobierno de poderes limitados, enumerando las facultades de cada uno de los órganos gubernativos.

Toda facultad conferida expresamente a uno de los tres poderes conlleva una facultad implícita que es el modo idóneo de hacer efectiva aquélla. Pero también hay un residuo de poder que no se ha atribuido expresamente a ninguno de los tres poderes y de los cuales en alguna oportunidad hay que echar mano.

De aquí resulta la distinción entre lo *implícito* que resulta de las cláusulas expresas de la Constitución, de lo *inherente* que resulta del sistema propio de un conjunto de cláusulas constitucionales que organizan el gobierno federal y tripartito.

Nos vamos a circunscribir al Poder Judicial y al control de la constitución federal de las leyes. La gravedad de poner el control en el ámbito del Poder Judicial no escapó a los congresistas de Filadelfia, que prefirieron se le diera cabida en la "Judiciary Act" de 1789. El instituto del control implica que la Constitución acuerda al Poder Judicial la facultad de interferir entre ella y el Poder Legislativo (3).

## II. Removal Power (Facultades propias del órgano Ejecutivo para remover a funcionarios)

En la cuestión que nos ocupa hay una diversidad de términos (implícitos, inherentes, resultantes) cada uno de los cuales encierra un

---

(3) AJA ESPIL, Jorge A., "Origen y Desarrollo del Control Jurisdiccional en los Estados Unidos de Norteamérica", Revista Jurídica de Buenos Aires, 1958/2.

concepto propio, lo que por cierto crea una gran disparidad doctrinaria.

La primera oportunidad en que se plantea en el Congreso Federal de los Estados Unidos —abril de 1789— la cuestión de los poderes inherentes o implícitos es al debatir las facultades propias del Poder Ejecutivo para remover funcionarios de la administración, o sea los "removal powers".

Madison presenta un proyecto de Ley en el que propicia la creación del Departamento (Ministerio) de Asuntos Exteriores y en el que se disponía que el titular del mismo podía ser removido del cargo por el presidente. Para el arquitecto de la Constitución norteamericana, James Madison, la facultad de revocación era inherente al Poder Ejecutivo por su obligación de velar "para que las leyes sean fielmente ejecutadas". En cambio, para Roger Sherman, de Connecticut, era facultad conjunta del Presidente y Senado como secuela implícita de la facultad de nombrar. Volveré sobre el tema.

La conclusión del debate fue que el Poder Ejecutivo dispone de poderes resultantes, propios del órgano, y puede ejercerlos mientras no se lo prohíba expresamente. Se instalaba así la distinción con los poderes implícitos.

Pasaron 140 años antes que la Corte tratara la cuestión. Hasta entonces eran "political questions" ajenas a la competencia del Tribunal, o sea aquellas en que los jueces se abstienen del ejercicio de su control, reconociendo la competencia excluyente de los órganos políticos (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo). En el caso "Myers versus U.S." (año 1926) el Chief Justice Taft sentó la teoría de que el poder de remoción (removal power) era poder inherente del Ejecutivo. El Congreso no puede participar en el proceso de dimisión, ya que el control administrativo del ejecutivo incluye "the power of appointment and removal". El Congreso no puede restringir tal facultad sujeta a calificaciones expresas de la Constitución. Trata el punto Edward Corwin en su "Removal Power of the President", quien recuerda que ello arranca con la prerrogativa de la Corona Británica de nombrar y remover funcionarios (4).

---

(4) AJA ESPIL, Jorge A., "En los Orígenes de la Tratadística Constitucional", Abeledo Perrot, 1968.

### III. Poderes no delegados (Enmienda X).

La cuestión se suscita también cuando el artículo II de la Constitución Norteamericana —más conocido como el de los poderes no delegados— es modificado por la Enmienda X, lo que ocurre en Agosto de 1789.

#### *Art. II*

Cada Estado retiene su soberanía, libertad e independencia y cualquier poder, jurisdicción o derecho que no haya sido *expresamente* delegado por esta Confederación al Congreso de los Estados Unidos.

#### *Enmienda X*

Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución ni prohibidos por ésta a los Estados están reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.

(El proyecto decía: "Los poderes no delegados *expresamente*").

La primera moción de incorporar "expressly" en la X Enmienda fue hecha en la Cámara de Representantes, y la misma fue rechazada. Los que insistían en su inclusión buscaban excluir los poderes implícitos en el orden nacional. Quiero destacar aquí que el art. 121 (anterior 104) de nuestra Constitución Nacional tiene una redacción que obvia el problema.

En los debates que tuvieron lugar en el Congreso, en 1791, sobre el alcance de la redacción de la X Enmienda se presentaron tres tendencias: a) la de James Madison: "Nunca ha existido un gobierno que no haya necesitado ejercer "powers by implications". Es necesario admitir poderes por implicancia, a menos que la Constitución se reduzca a una enumeración de casos". También propuso sustituir el vocablo "retener" por el de "reservar". b) la de Roger Sherman: "Debe suponerse en toda corporación la posesión de poderes incidentales que hacen a su capacidad, ya que no existe sabiduría humana que pueda prever toda contingencia"; para él la facultad de remoción era otorgada al Poder Ejecutivo y al Senado conjuntamente, como una secuela implícita de su nombramiento. c) la de George Tucker: opuesta a las dos, "Sólo hay una diferencia: lo que está dicho claramente y lo que es ambiguo". Sostenía que cualquier poder expresamente otorgado podía ser claramente comprendido dentro de cualquier definición precisa de poderes generales; sostenía que era facultad propia del Congreso que al crear las leyes nuevas y apropiadas, debe conferir la facultad de remoción al órgano del gobierno que entienda le corresponde.

No está de más insistir en que la no inclusión del vocablo "expresamente" en la Enmienda X de la Constitución Norteamericana, fue lo que permitió elaborar toda una doctrina sobre los poderes federales implícitos. Idéntico proceso ocurrió con nuestra Constitución Nacional cuando los constituyentes de Santa Fe redactaron el art. 104 (hoy 121, C.N. 1994), eliminando el vocablo "expresamente" que contenía el art. 99 del proyecto de Alberdi ("Las provincias conservan todo el poder que no deleguen expresamente a la Constitución").

#### IV. La Sweeping Clause (Cláusula elástica)

A fines del año 1790 y comienzos de 1791, al discutirse en el Congreso Federal su facultad para crear el Banco de los Estados Unidos surge la primera interpretación legislativa sobre la cuestión del alcance de los poderes implícitos del Congreso.

Allí se discutió la llamada "sweeping clause", o sea la cláusula "elástica" de la Constitución contenida en el artículo I, sección VIII, cláusula 18, similar aunque no igual a nuestro antiguo artículo 67 inciso 28, hoy artículo 75 inciso 32 de la Constitución de 1994.

##### *Art. I Sec. VIII Cláusula 18*

"... Dictar todas las leyes que fueran necesarias y apropiadas (necessary and proper) para poner en ejecución los poderes antecedentes y todos los otros poderes investidos por esta Constitución *en el gobierno de los Estados Unidos o en alguno de sus departamentos o funcionarios*".

##### *Artículo 75, inciso 32 Const. 1994*

(ex Art. 67 inc. 28)

"...Para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros *conferidos por la presente constitución al gobierno de la nación argentina*."

Curiosamente, Madison, que desde El Federalista (1788) había sostenido la "sweeping clause" y que en las primeras sesiones del Congreso había defendido la tesis de que el artículo II de la Constitución implicaba la concesión al Ejecutivo de la facultad de remover a funcionarios, aunque no estuviera específicamente enunciada, difiere ahora en el caso del Banco Nacional. Según Madison, el punto consistía en saber si el poder de crear un Banco Nacional se hallaba entre los "poderes expresos" del Congreso, de no ser así la conclusión era irrefutable: la Constitución no lo autorizaba.

Fue Madison quien impulsó en el Congreso la reforma del artículo I, sección VIII cláusula 18. El alcance de los vocablos "necesarios y apropiados" motivó una intensa controversia sobre el alcance de la cláusula 18 del artículo I. Joseph Story (5) expresa que "la Constitución limita al Congreso a emplear los medios "necesarios" (absolutamente necesarios) sin lo cual los poderes expresos pasarían a ser ilusorios...". Contra esta interpretación rigurosa ha prevalecido la calificación de "apropiados" o "convenientes" que permitió al Congreso valerse de los medios "implícitos" o "poderes derivados".

Joaquín V. González tras señalar la supresión del vocablo "necesarias" sostiene que la cláusula de la Constitución argentina es más limitada y restringida que la de Estados Unidos, ya que los poderes implícitos otorgados por el entonces artículo 67, inciso 28 de la Constitución argentina al Congreso, no avanzan sobre los poderes del Ejecutivo o Judicial (Obras completas tomo V página 113).

#### V. Doctrina judicial de los poderes implícitos

En 1819 el Chief Justice Marshall en el caso *Mc. Culloch versus V. Maryland* desarrolló la doctrina de los *poderes implícitos*, dándole con ello una flexibilidad a la Constitución, que ha hecho viable su bicentennial existencia. Reconociendo que entre los poderes enumerados no se hallaba el de establecer un banco, enfatiza que tampoco hay en la constitución una frase que excluyera los poderes implícitos desde que la Enmienda X omitió la palabra "expresamente".

Joseph Story en sus "Comentarios" (1891)(6) señala: 1) Es imposible encerrar a un gobierno en los poderes expresos y es necesario admitir ciertos poderes implícitos. Por ello se eliminó la palabra "expresamente" del art. II. Las Corporaciones poseen todos los poderes implícitos que resultan dentro de su esfera aun cuando no hayan sido enunciados. 2) Menciona también otra especie de poderes implícitos que han sido llamados con gran precisión "resulting powers" y que resultan del conjunto de poderes del Gobierno Nacional; inseparable de la esencia misma del órgano.

Story, llegado al Superior Tribunal en 1811, impulsó la interpretación elástica de la Constitución.

---

(5) STORY, Joseph, "Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos" (Traducción de N. Calvo).

(6) STORY, Joseph, "Commentaries on the Constitution of the U.S.", Ed. Boston 1891.

## VI. Resulting Powers (poderes inherentes)

William W. Crosskey, profesor de la Universidad de Chicago (7) vincula la teoría de los poderes implícitos con la interpretación de vocablos complejos y en el desarrollo de conceptos multívocos.

Identifica los "resulting powers" con los poderes inherentes, propios de la soberanía y que escapan al ámbito de los poderes implícitos. Es la línea que seguía Hamilton para quien los "resulting powers" no derivan de poderes expresamente enumerados sino "from the whole mass of the powers of the government" o sea de la totalidad de los poderes con que el Gobierno Federal ha sido investido.

Son pues atribuciones *propias y originarias* de cada uno de los órganos que crea la Constitución. La Suprema Corte aborda el tema de los poderes resultantes en el caso Knox vs. Lee, en donde habla de "poderes resultantes surgidos de la suma de poderes del gobierno".

## VII. Fallos de nuestra Corte Suprema

Alinearemos sólo tres decisiones de la Corte Suprema argentina, separadas en el tiempo, pero que ilustran bien la evolución jurisprudencial de la cuestión que tratamos.

A) En el caso Lino de la Torre (1877), la Corte con la firma de Gorostiaga, Barros Pazos y Domínguez discutió la facultad de los órganos legislativos de adoptar medidas represivas contra los que afectan, en alguna forma, su funcionamiento.

En el fallo sostuvo que, *si como sucede en los Estados Unidos, no tenemos disposición constitucional ni ley que confiera el poder cuestionado, es ya doctrina fuera de discusión la de los poderes implícitos necesarios para los que han sido expresamente conferidos.*

El nudo de la cuestión radica en que tanto la facultad disciplinaria como la de investigación de cualquiera de las Cámaras, no tiene apoyo en el artículo 67 inciso 28 (hoy artículo 75 inciso 32), por cuanto ellas no están, ni directa ni indirectamente, entre los poderes antecedentes del referido

---

(7) CROSSKEY, William W., "Politics and the Constitution in the History of the U.S".



artículo 67. Parece razonable aceptar, como lo sostiene Bielsa, que no se trataría ni de un poder expreso ni de un poder implícito. Sostiene Joaquín V. González, que hay una regla según la cual *concedida por la Constitución una facultad o un poder, se consideran concedidas todas las demás necesarias para darle efectividad*. En rigor de verdad, toda la argumentación al respecto se apoya en las funciones propias del Congreso, en la facultad *inherente* a la función legislativa.

B) Contemporáneamente, en el caso "Bianchi y Cía. contra Nación Argentina (1960)", la Corte integrada por Villegas Basavilbaso, Araoz Lama-drid, Julio Oyhanarte, P. Aberastury, Colombres y Imaz hace una interpretación extensiva de los *poderes implícitos* que alcanzan a lo que nosotros caracterizamos como "resulting powers" o poderes inherentes de un órgano del Estado.

Se lee en el fallo que "En cuanto hace a su actual composición, el Tribunal *ejerciendo facultades implícitas que son inherentes a todo poder estatal* (Se aleja del 67 inc. 28 y la ubica en las facultades propias del Poder Judicial) y que lo habilitan para juzgar la validez constitucional de los títulos de sus miembros en oportunidad de los juramentos a que se refiere el art. 98 de la Constitución Nacional".

C) Cabe mencionar, finalmente, la decisión de nuestra Corte Suprema con la adhesión de Fayt, en el caso de la "Acordada N° 47/86" declarando la inconstitucionalidad de la ley 23.362 (Adla, XLVI-D, 3990) (modifica la jerarquía funcional y presupuestaria de los funcionarios de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal). Para el Tribunal, esta ley "aparece como ajustada al ejercicio de la potestad que le asigna al Congreso, art. 67 inc. 17 (hoy art. 75 inc. 20) de la Constitución Nacional, que lo faculta expresa y formalmente a crear empleos y fijar sus atribuciones". Sin embargo, el Tribunal invocando "una interpretación contextual y teleológica, criterio siempre seguido por esta Corte", señala que "la atribución de dictar el propio reglamento interior y económico que tiene la Corte Suprema, art. 99 (hoy art. 113) de la Constitución Nacional, que permanece incólume para establecer la normatividad general".

El fallo transcribe la opinión de Joaquín V. González (Manual de la Constitución Argentina, 1897, p. 632) "en cuanto la Corte Suprema es la representación más alta del Poder Judicial y tiene *facultades o privilegios inherentes* a todo poder público".

### VIII. Doctrina argentina contemporánea

Alberto B. Bianchi tiene un excelente estudio sobre los poderes implícitos del gobierno (8), en el que incluye una copiosa y seleccionada jurisprudencia norteamericana. Los casos judiciales que atentan a la "necessary and proper clause", han sido minuciosamente enumerados y analizados. También se estudian los poderes resultantes "definidos por el juez Story en sus "Comentarios" y recogidos en el caso *Knox c. Lee*" (1871). Recuerda, asimismo, que Willoughby Westel Woodbury, en su "Constitutional Law" (1910), distingue entre poderes implícitos, poderes inherentes y poderes resultantes.

Pese a la autoridad de estas citas, Bianchi recoge la desconfianza que Oyhanarte predicaba hacia "la manía clasificatoria", al distinguir entre poderes delegados, poderes conservados y poderes reservados(9). Curiosamente el propio Oyhanarte formula una distinción entre "Constitución en abstracto" y "Constitución en concreto" que le permite echar mano a un método actualizado del texto constitucional "que pone a los principios y preceptos en relación directa con las circunstancias actuales de la vida argentina"(10). Más aún, en sus disidencias como juez de la Corte Suprema, se advierte que están latentes ciertas distinciones dentro de lo que él califica como poderes implícitos. Su idea central es que las normas genéricas sólo determinan un "contorno o marco" que permiten —vía interpretación— soluciones distintas.

Así en su disidencia en el caso *Kot Samuel* (Fallos 241-291), del año 1958, al señalar la diferencia con la doctrina volcada en el "caso *Siri*" sostiene Oyhanarte que mientras en este último el amparo es un "medio defensivo implícito en la *Ley Fundamental*" para la tutela de "garantías constitucionales", lo que se pretende en el caso "*Kot*" es una acción sumarísima creada por los jueces al margen de toda norma legal autoritativa".

Finalmente, en el caso "*Agustín Caldo*" (Fallos 245-258) Oyhanarte se acerca más aún a nuestra distinción, cuando expresa "habida cuenta de que no se haya reglada, en la acción de amparo no debe verse sino una de

---

(8) BIANCHI, Alberto B., "El Derecho", 25 de agosto de 2000.

(9) OYHANARTE, Julio, "Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina", Paidós, 1969.

(10) OYHANARTE, Julio, "El Derecho y la Política de Crecimiento Agropecuario", JA, 1966-IV-249.

las garantías implícitas que nacen de la forma republicana de gobierno (art. 33 de la Constitución Nacional). Esta afirmación demuestra que el amparo emerge no de una deducción *implícita* de una cláusula de la Constitución, sino del sistema republicano, o sea que es *inherente* a este dogma político.

El juez Carlos S. Fayt, en un artículo periodístico (Diario La Nación, 29 de agosto, 1995), sostiene que "con las palabras 'poder implícito' se expresa la idea de facultades que, sin estar enumeradas en la Constitución, se encuentran incluidas como propias de los órganos encargados del cumplimiento de las funciones estatales. Estas facultades están imbricadas a las explícitas, para la plena y efectiva realización de los fines que deben cumplir los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial". Son facultades —concluye— destinadas a la preservación de sus funciones como poder del Estado.

Nuestro colega el doctor Bidegain roza el tema al referirse al "per saltum", cuando dice "de modo pretoriano, sin tener base explícita constitucional o legal, la Corte ha admitido pronunciarse a pedido de parte obviando el cumplimiento íntegro de las etapas procesales previas" (Caso Dromi s/avocación in re Fontenla) (11). Admite los "poderes implícitos" en las Convenciones Constituyentes.

También quiero traer a colación, la reflexión de Bidart Campos —en su comunicación sobre Amparo en la Academia de Ciencias Morales y Políticas (1996)— a propósito de la inclusión en la Reforma de 1994 del art. 43 con el recurso de amparo. Para Bidart Campos el amparo —como creación jurisprudencial— tenía rango constitucional nacido del campo de las *implicitudes*. "No hace falta —que para reconocer un derecho— tengamos que tener una norma escrita que la defina" (positivismo legal).

Nuestro prestigioso constitucionalista, el profesor S. Linares Quintana recalca que "dentro del sistema constitucional argentino, únicamente el Congreso posee poderes implícitos, contrariamente a lo que algunas sentencias de la Corte Suprema han establecido a nuestro juicio erróneamente". Apoyado en el art. 75 inc. 32 de la Ley Suprema, sostiene Linares Quintana que ninguna otra de sus disposiciones otorga potestades similares ni

---

(11) BIDEGAIN, Carlos, "Curso de Derecho Constitucional I", ps. 131, 1994.

al Poder Ejecutivo como tampoco al Poder Judicial (12). Por cierto que también resalta el principio de "unidad sistemática" que exige contemplar la totalidad del sistema jurídico recogido por la Constitución.

### IX. Derecho Civil Constitucional

En la comunicación que hizo el doctor Félix Trigo Represas (13), con motivo del sesquicentenario de la Constitución, abordó el tema de los derechos personalísimos, con un enfoque que definió como Derecho Civil Constitucional. Desarrolló así lo que había adelantado en su anterior comunicación (1996) "Protección Constitucional de los Derechos Personalísimos". Mencionó en aquella ocasión una reflexión de Jorge A. Carranza en el IV Congreso Nacional de Derechos Civil, Córdoba, septiembre de 1969 y donde expresó: "los derechos de la personalidad existen con absoluta prescindencia del reconocimiento que de ellos haga de una manera expresa el legislador... amparado por la Constitución Nacional ... constituyen presupuestos lógicos de la personalidad".

Para Trigo Represas el Derecho Civil Constitucional es un sistema de normas y principios integrados en la Constitución, relativos a la protección de la persona y sus dimensiones civiles.

Rotular Derecho Civil Constitucional a la recíproca influencia entre la Constitución y el Código Civil, importa tanto como traer a colación a Dalmacio Vélez Sarsfield. Don Carlos A. Tagle pone de manifiesto los principios de orden constitucional desarrollados en el Código Civil, señalando que "siendo en el fondo una la ciencia del Derecho, no podía faltar en la legislación civil la penetración del derecho público y, siendo la Constitución la ley suprema, los principios sobre la persona, la autoridad y el orden público deben condicionar a las leyes civiles" (14).

No hay duda que el gran mérito de Vélez es haber hecho una simbiosis entre esas dos ramas del Derecho. Admirador de la Constitución de los

---

(12) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de Interpretación Constitucional", Abeledo-Perrot, p. 799 y sigtes., 1998.

(13) TRIGO REPRESAS, Félix, "Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", 22 de mayo de 2003.

(14) TAGLE, Carlos A., "Conferencia en Homenaje a Vélez Sarsfield", pronunciada el 15 de diciembre de 1969. Ver Colección Homenaje al doctor Vélez Sarsfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Estados Unidos, Vélez plantea interrogantes emblemáticos en el Prólogo al Tratado de George Curtis, entre ellos la creación del Poder Judicial de los Estados Unidos (15).

Y bien, es el Código Civil el que permite esclarecer la distinción latente en la Constitución sobre los poderes inherentes y los poderes implícitos. Inspirado en estas ideas, Julio Olivera (16) resalta el concepto de que derechos personalísimos son definidos por la doctrina como los derechos inherentes a la persona. Los derechos personalísimos son *inherentes a la persona* en cuanto tal, ya sea física o jurídica.

Marco Aurelio Risolía también desarrolla el tema de los efectos resolutorios implícitos frente a la contradicción ostensible de la Ley. Sostiene que la derogación implícita o tácita que se produce cuando hay un conflicto entre normas generales y especiales, resulta de la incompatibilidad del antiguo texto con el orden de cosas establecido en la nueva Ley. Risolía limita los efectos formales de la "lex posterior" para dar prelación a la conexión con las normas que integran el sistema legal completo (17).

Juan Carlos Cassagne, con una visión administrativista-constitucional sigue cuidadosamente el hilo de una correcta interpretación constitucional, señala que el concepto de "*poder inherente*" se conecta con el principio de la especialidad de la competencia de los órganos o entes administrativos, lo que constituye la regla general, salvo en materia sancionatoria o de derecho penal administrativo (18).

No podemos dejar de mencionar el impacto que la Constitución de 1994 produjo con la creación, en el nuevo texto, del Consejo de la Magistratura. A este respecto menciono la opinión de Ricardo Haro. Expresa que mientras nuestros constituyentes dispusieron que la función jurisdiccional estaba investida en uno de los poderes del Estado, con un perfil y

---

(15) AJA ESPIL, Jorge A., "Vélez Sarsfield y el Derecho Público", año 2000, Colección Homenaje de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. V, p. 9.

(16) OLIVERA, Julio, "Los derechos personalísimos de las personas jurídicas", mayo 1998, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 36.

(17) RISOLIA, Marco Aurelio, "Sobre la derogación tácita o implícita de una norma particular", 1975, ED, 62-3786.

(18) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. I, p. 24, Buenos Aires, 1986.

diseño político-institucional —inclusive con funciones administrativas— las atribuciones que hoy le otorga el art. 114 de la C.N. al Consejo de la Magistratura (potestades administrativas y presupuestarias) el Tribunal pierde el "gobierno del poder" (19).

#### X. La distinción en el Código Civil Argentino

Sin duda que la terminología utilizada en la interpretación constitucional encuentra buena luz en el Código Civil. Comencemos con el art. 498 del Código Civil, donde se definen a los llamados derechos inherentes, y los caracteriza por no ser transmisibles a sus herederos.

Eduardo Busso explica que "son inherentes a las personas, aquellos derechos a cuya naturaleza repugna la idea de que pueda separárselos del sujeto". Concluye Busso diciendo que es un tema muy complejo y de carácter filosófico (20).

Otros autores los llaman derechos "innatos" y que corresponden a los derechos personalísimos.

También el art. 1445 del Código Civil es categórico al establecer que las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas no son cesibles, por la razón de que el ejercicio de esos derechos es inseparable de la individualidad de las personas.

Como puede verse, estos derechos inherentes definidos en el Código Civil son potestades propias de la persona, y coinciden conceptualmente con las potestades propias y originarias de cada uno de los órganos que crea un sistema constitucional.

También nuestro Código Civil arroja luz a los presupuestos conceptuales que delimitan el ámbito del art. 75 inc. 32 (ex art. 67 inc. 28). Se trata de precisar el alcance de la atribución expresa y de la atribución implícita, y ello lo encontramos en los artículos 914 a 918 del Código Civil (expresiones positivas o tácitas) y en los artículos 1145 y 1146 del Código Civil (consentimiento expreso o tácito).

---

(19) HARO, Ricardo, "Constitución, poder y control", p. 16 y sigte., Ed. UNAM, 2002.

(20) BUSSO, Eduardo, "Código Civil Comentado", t. III, p. 52.

Por mi parte concluyo que potestad o facultad implícita deriva siempre del enunciado de una norma explícita (relación de conexidad); es aquélla que está inserta en la voluntad que el legislador ha manifestado en alguna norma; o sea que: 1. una potestad implícita requiere de una norma expresa de la cual emana; 2. una facultad implica otra si la segunda requiere necesariamente de la primera.

En cambio los "poderes inherentes" emergen de la naturaleza misma del sistema federal y de la teoría tripartita de gobierno, o sea del núcleo del órgano creado por un determinado sistema constitucional (construcción jurídica).

### XI. Caso "Chambers c. Nasco Inc." (Certiorari)

#### A) *El modelo norteamericano*

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido oportunidad recientemente de discutir el tema de los poderes inherentes, en el caso "Chambers c. Nasco" (501 - U.S. 32) resuelto en junio del año 1991, en donde los ha definido y precisado claramente y al que me referiré enseguida.

Debo recordar aquí la tradicional dicotomía de los fallos de la Corte americana según la inspiración "liberal" o "conservadora" de sus integrantes. Es lo que los americanos llaman el debate del "texto", apegado a las rules, versus el "contexto", apegado a los estándares, arraigado en el Tribunal desde la época de Roosevelt. La interpretación constitucional gira pues entre los jueces aferrados a la doctrina del *propósito original* de la Constitución y los partidarios de la Constitución vigente "adaptable a las diferentes crisis del acontecer humano" (Juez Marshall).

Hoy día es el Justice Antonin Scalia —a quien conocí en Estados Unidos y tuve ocasión de invitarlo a nuestra Academia, a la que concurrió el 19 de octubre de 1988 y abordó una amplia temática— quien expresa la posición literalista de estricto apego a la letra de la ley, mientras el Justice Stephen Breyer lidera la línea pragmática o de acomodación de la ley a las circunstancias.

#### B) *Antecedentes del caso*

Con esta aclaración entremos ahora al análisis del caso Nasco, donde el fallo está dividido entre la mayoría conducida por Byron White (moderado liberal) y las disidencias de Scalia y Kennedy (conservadores). El juez

White fue designado en la Suprema Corte por el presidente Kennedy. Recuerda Rehnquist que sus penetrantes interrogatorios en las audiencias donde alegaban los abogados de las partes, descolocaban a estos dejándolos mal parados (21).

El actor Chambers, único accionista y director de una compañía que operaba una estación de televisión de Louisiana, acordó vender las instalaciones y la licencia a la firma Nasco Inc. Pronto se arrepintió de la operación y, tanto antes como después que Nasco Inc. presentara el reclamo ante la Corte de Distrito, llevó a cabo una serie de acciones destinadas a frenar la operación acordada, no sólo ante la Comisión Federal de Comunicaciones sino ante la Corte de Distrito y la Cámara de Apelaciones.

Confirmados en segunda instancia, por la Cámara de Apelaciones, los derechos de Nasco Inc. y vuelto el expediente a la Corte de Distrito, ésta resolvió imponer sanciones contra el actor Chambers en forma de "attorney fees and expenses" (honorarios de abogado y gastos) que representaban todos los costos de litigación en que incurrió Nasco.

La Corte de Distrito sostuvo que la conducta sancionable de Chambers había consistido en: 1) intentar privar al tribunal de su jurisdicción mediante actos de fraude, casi todos realizados fuera de los confines del tribunal; 2) haber presentado alegatos falsos y frívolos; 3) haber intentado por otras tácticas de retardo, opresión, acoso y gastos masivos, que NASCO terminara por rendirse.

Ahora bien, la Corte de Distrito estimó que la Regla Federal de Procedimientos Civiles 11, que "dispone la imposición de honorarios como sanción por presentar documentación impropia al Tribunal", era insuficiente, ya que sólo alcanzaba a la inconducta enunciada en el punto 2, pero no los contemplados en los puntos 1 y 3. El Tribunal declinó también imponer sanciones bajo la Ley 28 USC, 1927, porque tampoco alcanzaban a cubrir los actos que degradan el sistema judicial.

Fue así que, finalmente, el Tribunal invocó su poder inherente para imponer las sanciones al litigante de mala fe. El actor Chambers impugnó tal decisión afirmando que la Corte de Distrito debe actuar según la Ley estatal para sancionar la conducta del litigante y no acudir a poderes inherentes del Tribunal.

---

(21) REHNQUIST, William H., "The Supreme Court", p. 287, 1987.



Apelado ante la Corte de Apelaciones, ésta rechazó el argumento de Chambers de que la Corte de Distrito debía actuar según la ley estadual, y no por los poderes inherentes del Tribunal, para sancionar a los litigantes por su mala conducta. Agregó que el poder inherente no es "un amplio reservorio de poder puesto en una mano imperial, sino una fuente limitada", que se traduce en un poder implícito exprimido de la necesidad de que el Tribunal funcione.

*C) Fallo de la Suprema Corte. Opinión de la mayoría*

Finalmente llega el expediente a la Suprema Corte y al Justice Byron White le corresponde fundamentar la opinión de la mayoría integrada por los jueces Marshall, Blackmun, Stevens y O'Connor. Comienza por afirmar que "ciertos poderes de nuestras Cortes de justicia deben resultar necesariamente de la naturaleza de sus instituciones, es decir poderes que no pueden ser dispensados por el Tribunal porque son los que le permiten ejercer todos los otros". White cita el caso "US vs. Hudson" del año 1812, en donde los Justices Marshall y Stone defienden los poderes implícitos del Tribunal contra la posición del Justice William Johnson que se aferraba a los poderes explícitos de la ley. Por ello —agrega White— "las Cortes de Justicia son reconocidas universalmente por estar investidas desde el momento de su creación, con el poder de imponer silencio, respeto y decoro, en su presencia, además de sumisión a sus mandatos legales". Continúa White diciendo que el poder para castigar por desacato es inherente a todas las Cortes y alcanza no sólo a la conducta observada ante la Corte sino que va más allá de los confines del tribunal. El Poder Judicial no sólo sanciona el desacato que interrumpe el procedimiento del tribunal sino también la desobediencia a las órdenes impartidas por el propio Tribunal más allá de que ellas interfieran la conducta del juicio.

Es cierto que el ejercicio del poder inherente de una Corte federal inferior está limitado por el estatuto y la ley, ya que estas Cortes fueron creadas por ley del Congreso. Reconoce White que en ciertos casos la Suprema Corte ha aceptado que el poder inherente puede ser invocado incluso si existen reglas de procedimientos que sancionan la misma conducta. Esto ha sido cuestionado largamente, no sólo por los diversos tribunales estatales, sino también por el propio Supremo tribunal (Redfield c. Istalyfera Iron).

Al igual que la Corte de Apelaciones —dice White, no encontramos abuso de discreción en recurrir al poder inherente en el caso que nos ocupa. Es verdad que el Tribunal de Distrito pudo haber empleado la Regla 11 para

sancionar a Chambers por presentar "alegatos falsos y frívolos" (124 FRN) y que parte de su comportamiento podría haber sido castigado por medio de otras reglas.

Empero, gran parte de la conducta de mala fe de Chambers estaba fuera del alcance de los estatutos y leyes, de tal modo que su conducta sancionable mediante las reglas estaba entrelazada dentro de la conducta que sólo podía ser sancionada con el poder inherente.

En el caso —agregaba White—, donde todo el proceder del litigante es sancionable, exigir que el Tribunal aplique primero reglas y estatutos que contenga previsiones parciales para sancionar la conducta punible y recién entonces invocar el poder inherente para completar la sanción de lo no alcanzado por aquellos estatutos y reglas sólo serviría para alargar sin necesidad la aplicación de la sanción.

La sentencia de la Corte reconoció que la conducta de Chambers fue parte de un esquema sórdido traducido en el mal uso deliberado de los procesos judiciales, por lo que se lo condenó al pago de la totalidad de los honorarios de los abogados de Nasco, ya que nada impide que un Tribunal federal pueda recurrir a sus poderes inherentes para imponer el pago de las costas y determinar el pago de los honorarios de los abogados. Si bien la denominada "regla americana" prohíbe el traslado de los honorarios, la Corte puede hacerlo para sancionar la desobediencia intencional a una orden del Tribunal. El Justice White recordó que en el caso "Alyseka v. U.S.", invocado por Chambers, la Corte vinculó los poderes inherentes del Tribunal para otorgar honorarios, con la coexistencia de una ley estatal que acuerde igual facultad pero señalando que el Congreso no había repudiado las excepciones a la Regla Americana, fundadas en el poder inherente de ese Supremo Tribunal.

En el caso Chambers la *Corte Federal* no le aplicó sanciones por rompimiento de contrato sino por el fraude que perpetró en la Corte. El poder inherente de imponer honorarios por esa conducta no puede ser subordinado a ninguna regla.

Concluye White sosteniendo que no hay base para afirmar que las sanciones previstas en los estatutos y las reglas puedan desplazar el poder inherente que faculta para imponer sanciones por la conducta de mala fe no alcanzado por aquéllas. Esos mecanismos, cada uno o todos juntos, no son sustitutos del poder inherente, porque este poder es, al mismo tiempo, más amplio y más limitado que los otros medios de imponer sanciones.

Recoge White finalmente, el argumento de Chambers de que el tribunal no puede imponer sanciones por la conducta desarrollada ante otros tribunales y que el juez sólo puede sancionar la conducta del litigante ante su presencia. Para White, el abuso del proceso puede sancionarse aun cuando ocurra más allá de la sede del tribunal.

Por cierto que el poder inherente de una Cámara federal baja puede ser limitado por el estatuto y las leyes, ya que estos tribunales fueron creados por una ley del Congreso. Pero advierte White, "no asumimos fácilmente que el Congreso busque apartarse de los principios establecidos", como el campo del poder inherente de la Corte Suprema.

Concluye White expresando que el Congreso puede, hasta cierto grado, especificar la manera en la cual el Presidente puede ejercer los poderes inherentes o asignados constitucionalmente, mientras que no afecte la efectividad de esos poderes (*Myers v. US*, 1926). De igual manera el Congreso puede prescribir la manera en la cual la Corte Suprema puede proteger la integridad de sus procedimientos. El Tribunal debe usar los medios prescriptos por la ley, salvo que por alguna razón sean inadecuados o insuficientes.

#### *D) Opinión disidente*

El juez Scalia concuerda con la mayoría de la Corte en el alcance del Artículo III, y es que los tribunales, como una rama del gobierno independiente y recíproca, derivan de la propia Constitución, una vez que hayan sido creados y establecidas sus jurisdicciones. Algunos elementos de esta *autoridad inherente* son tan esenciales al "Poder Judicial" (art. III, 1, Constitución de Estados Unidos) que son irrevocables, ya que entre ellas está la capacidad de la Corte de establecer órdenes que protejan la integridad de sus procedimientos.

Expresa Scalia que ciertos poderes implícitos necesariamente derivan de nuestros tribunales de justicia por la naturaleza de su institución. Multar por desacato —encarcelamiento por contumacia— instaura la observancia del orden, son poderes de los que no se puede prescindir en un Tribunal, porque son necesarios para el ejercicio de todos los otros; y hasta ahora nuestro Tribunal sin duda posee poderes que no derivan inmediatamente de su estatuto" y cita el *leading case* *United States v. Hudson*, 7 Cranch 32, 34 (1812), que también menciona el voto de la mayoría.

El Congreso puede hasta cierto grado especificar la manera en la cual puede ejercer los poderes el Presidente, inherentes o asignados constitucionalmente, mientras que no afecte la efectividad de esos poderes (cf. *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 128, 1926), caso citado por la mayoría. Así también el Congreso puede prescribir la manera en la cual la Corte Suprema puede proteger la integridad de sus procedimientos. Un tribunal debe usar los medios prescritos salvo que por alguna razón sean inadecuados. En el caso presente, lo eran indudablemente.

Disiente sin embargo, con la afirmación de la mayoría de que el poder inherente de la Corte alcanza la conducta "más allá de los confines de la Corte" aunque no "interfiera con el proceder del juicio" ante, en 10 (citando *Young v. United States ex rel. Vuitton et Fils S.A.*, 481 U.S. 787, 798 (1987). Ver id., en 819-822 (Scalia J. concurrente). Concuero enfáticamente con el juez Kennedy, expresa Scalia, en que la Corte de Distrito aquí no tenía ningún poder para imponer sanción alguna por demandante flagrante, ruptura de contrato de mala fe; y concuerdo con él en que parece haberse hecho eso. Por esa razón no acompaña al voto de la mayoría.

*E) Disidencia de los jueces J. Kennedy, C. J. Rehnquist y J. Souter*

Los efectos de la decisión mayoritaria, importan una vasta expansión de los poderes de las Cortes Federales, no autorizados por la ley ni por estatuto.

No tengo dudas sobre la conducta del reclamante que justifica medidas correctivas severas. Pero ello no debe llevarnos a oscurecer los límites de las categorías legales establecidas.

Expresa Kennedy que con todo respeto estima que la Corte comete dos errores fundamentales:

1) permite el ejercicio de poderes inherentes para sancionarlo, sin recurrir previamente a las leyes y estatutos vigentes, con lo que se atribuyen a los tribunales federales el poder del Congreso de regular honorarios y costos.

2) La Corte eleva la carga total de los honorarios del abogado del demandado (y que recaen sobre el demandante).

Sostiene que la extensión de la autoridad inherente para sancionar la conducta anterior al litigio mismo (pre-litigación), subvierte la Ley Ameri-

cana. El ejercicio de los poderes inherentes requiere el agotamiento de las sanciones expresas (explícitas) y mucho más cuidado en su aplicación cuando se trata de sancionar la conducta pre-litigante. Hay toda una familia de medidas sancionatorias expresamente previstas por el Congreso a la que debieron acudir.

Luego Kennedy enumera otros errores de la sentencia de la Corte, a saber:

1) Olvidó que la Ley Americana prohíbe a las Cortes Federales imponer el pago de los honorarios de los abogados en la ausencia de estatuto o contrato que prevea el "fees award". Por acción directa y delegación, el Congreso ha ejercitado su prerrogativa constitucional para proveer a los Tribunales de Distrito con un arsenal de leyes y estatutos federales para que se protejan a sí mismos de los abusos, y procede a hacer una enumeración exhaustiva de casos. La Ley Americana reconoce que el Poder Legislativo, no el Poder Judicial, posee responsabilidad constitucional para definir sanciones y multas. Los tribunales pueden aplicar multas no previstas por el Congreso pero en circunstancias específicamente definidas por la ley.

2) Kennedy agrega que según la Suprema Corte un tribunal federal puede ignorar estas previsiones (leyes y estatutos) y ejercer el poder inherente de sancionar la conducta de mala fe. La Suprema Corte describe las relaciones entre las sanciones expresas que establece la ley y el poder inherente como sanción por mala conducta, pero no encuentra el estándar que indique cuál de ellas debe aplicarse.

Cuando la Suprema Corte reitera que "mientras cada uno de los otros mecanismos (leyes y estatutos) alcanza sólo a determinadas conductas, el poder inherente se extiende a un amplio rango de abusos en litigaciones", retruca Kennedy que estamos obligados a las leyes en sí, no a su propósito, y las leyes requieren ser aplicadas de acuerdo a sus términos. No debemos dejar que las consideraciones políticas sobre los efectos de la litigación distorsionen sus claras disposiciones.

Mi disenso —concluye— no debe ser interpretado como una aprobación de la conducta del demandante y su abogado, en el caso que nos ocupa. Todo lo contrario. Nuestras leyes permiten las sanciones que calzan exactamente en el tipo de conducta definida en autos.

Al ejercer el poder inherente para sancionar la conducta previa a la litigación, el Tribunal de Distrito ejerció autoridad donde el Congreso no se

la dio y, en cambio, no aplicó aquellas que sancionan exactamente conductas que degradan la profesión y no sirven a la justicia.

#### *F) Conclusión*

Quisiera resaltar que tanto el voto de la mayoría como el de la minoría reconocen los poderes inherentes del Poder Judicial. Esto asoma bien nítido en ambas posiciones. Pero mientras la primera llega a dar prevalencia —en ciertos casos— al poder inherente sobre el poder expreso; la segunda —las disidencias— anteponen la atribución expresa —en todo caso— frente al poder inherente. Parece importante señalar que diez años después, la doctrina del caso Nasco fue nuevamente aplicada por la Corte Federal de Apelaciones en el caso "Pickholtz vs. Rainbow Technologies", con fecha 3 de abril de 2002. La Corte Federal revirtió el fallo del Tribunal de Distrito, y reiteró que los "poderes inherentes de la Corte incluyen la atribución de otorgar al litigante pro-se ("pro-se litigants") los honorarios del abogado (attorney fees). Pickholtz era un litigante "pro-se" (actúan por sí mismos y se autopatrocinan), que gana el juicio luego de sufrir abusos procesales practicados por el demandado Rainbow.

La Cámara Federal sostuvo que si bien los honorarios de los abogados en el caso de litigantes "pro-se" no pueden ser impuestos según la Regla Federal de Procedimientos Civiles N° 37 ya que ésta se limita a los gastos incurridos, pueden serlo si se aplica el poder inherente de la Corte.

El caso fue devuelto al Tribunal de Distrito para considerar que el actor Pickholtz tiene derecho bajo la esfera del poder inherente, a una compensación por su representación "pro-se" frente a los abusos de Rainbow Tech. ♦

# INCONSISTENCIA Y ESTERILIDAD DE LA CATEGORÍA DE LA POSESIÓN VICIOSA

POR JORGE HORACIO ALTERINI (\*)

**SUMARIO:** I. Principio de la buena fe. "Vivir honestamente". — II. Esquema. — III. Algunas categorías de la posesión. — IV. Posesión simplemente de mala fe y posesión viciosa. — V. Mínima transcendencia del distingo. — VI. Estado de derecho. — VII. Prescripción adquisitiva. — VIII. Inutilidad de la distinción. Relatividad de los vicios. — IX. Fugacidad de la posesión viciosa. — X. Conclusiones.

## I. Principio de la buena fe. "Vivir honestamente"

Es conocida mi firme persuasión acerca de que seguramente la buena fe expresa el principio general del derecho de mayor importancia, pues no sólo es orientadora de una convivencia ordenada, sino que también corporiza buena parte de las utopías éticas que deben orientar a los ciudadanos.

No creo que sea conveniente fracturar la unidad de la buena fe a través de captar en ella dos perfiles que se presentan como distintos. Se dice que en materia contractual debe reinar la llamada buena fe objetiva, que se corresponde con la sujeción al deber de fidelidad, por contraposición a la que se califica como buena fe subjetiva, que describe la creencia errada del adquirente de que su emplazamiento en determinada situación jurídica es conforme a Derecho.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 11 de diciembre de 2003.

De ningún modo, los dos ángulos de observación expuestos para captar la buena fe, deben conducir a desvirtuar la noción central de que la buena fe siempre implica un determinado comportamiento con contenido ético. Es que, como lo expresa el Diccionario de la Real Academia Española, la buena fe supone "rectitud, honradez" y es recto y honrado tanto el proceder de quien cumple con fidelidad sus compromisos, como el de quien actúa en correspondencia con su convicción de que ostenta un derecho legítimo.

En los dos matices indicados la buena fe siempre importa un comportamiento y desde esa unidad central he enfatizado inveteradamente que si el Derecho tuviera que resumirse en una sola norma, ese precepto con la mayor riqueza y suficiente generalidad debería imponer a las personas comportarse de buena fe (1).

Por cierto, que con el punto de partida expuesto no coincido con que a la manera de lo que sostuvo quien fuera destacado Profesor de Turín, Norberto Bobbio, cuya postura recordara la doctora Kemelmajer de Carlucci (2), la reducción a una sola norma conduzca a exigir simplemente el "no dañar a los demás".

No se me escapa la trascendencia de la regla del "neminem laedere", es decir del no dañar a los demás, que junto con las directivas del vivir honestamente y del dar a cada uno lo suyo, conformaron el arquetipo de comunidad jurídica que imaginaron los juristas romanos, según el feliz tríptico de Ulpiano recogido por el Digesto (3).

La única norma que exigiera el comportamiento de buena fe, sin duda supondría el requerimiento de la conducta negativa del "no dañar a los

---

(1) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVI, Segunda Época, Número 39, p. 47 y sigtes.

(2) En la disertación que pronunciara el 27 de septiembre de 2003 en ocasión de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(3) "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere" (los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo). Ver "Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüngen, por D. Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte Instituta-Digesto, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889, p. 199. Edición facsímil numerada editada por Editorial Lex Nova, S.A, Valladolid —España— 1988.



demás", pero también la postura activa del "vivir honestamente" y el dinamismo propio del actuar justo que refleja la directriz del "dar a cada uno lo suyo".

Si debiera optarse por una sola de las tres directivas romanas, me inclinaría por la que proclama el deber de "vivir honestamente", pues en términos jurídicos ese reclamo de rectitud, de honradez, coincide con la pretensión del actuar de buena fe, y también porque el vivir honestamente, interpretado con amplitud, hasta presupone que no habrá de incurrirse en la deshonestidad del dañar a los demás o en la conducta desviada de no dar a cada uno lo suyo. La comprensión amplia del "vivir honestamente", se explica sin esfuerzos, si con la matización defendida por Max Weber entre la ética de las convicciones y la ética de las responsabilidades, se concibe a la ética no sólo como un compromiso íntimo con Dios o con la conciencia, sino también como reflejo de deberes o responsabilidades para con los demás, incluso mediante conductas activas (4).

De todos modos, creo que lo más adecuado es que desde la soledad de la supuesta norma única se exalte la impronta del comportamiento de buena fe.

Como lo destacué en su oportunidad, el derecho constitucional comparado exhibe un remoto antecedente en el Japón, que parece responder a una idea en estado embrionario compatible con la que expusiera,

---

(4) Ver WEBER, Max, "Política y Ciencia", traducción de Carlos Correa, Editorial Leviatan, Buenos Aires, 1985, p. 77 y sigtes. Dice: "...toda acción éticamente ordenada...puede seguir una 'ética de la convicción' o una 'ética de la responsabilidad'. Esto no quiere decir que la ética de la convicción carezca de responsabilidad o que la ética de la responsabilidad coincida con la falta de convicción ... me resulta infinitamente conmovedor el caso de un hombre maduro (no importa si de pocos o de muchos años) emotivamente consciente de la responsabilidad de su acción, que obra según una ética de la responsabilidad y que en un momento dado dice: 'Hasta aquí llegué. No puedo obrar de otro modo'. Esto es profundamente humano y conmovedor. A menos que uno esté espiritualmente muerto, esta situación se nos puede presentar en cualquier momento. En este sentido, una ética de la convicción y una ética de la responsabilidad no son elementos contrapuestos, sino complementarios y que al unísono han de formar al hombre auténtico...Es una verdad probada por la experiencia histórica que en este mundo sólo se consigue lo posible si una y otra vez se lucha por lo imposible. Pero para esto el hombre debe ser tanto un dirigente como un héroe. E incluso los que no son ni dirigentes ni héroes deben armarse con esa fortaleza de corazón que capacita para tolerar la destrucción de toda esperanza; en caso contrario, ni siquiera se logrará realizar lo que actualmente es posible..." (las transcripciones se corresponden con las ps. 83, 93, 94 y 95). Ver también, HONIGSHEIM, Paul, "Max Weber", Editorial Paidós, Buenos Aires, 1977, ps. 103 a 106; 114/115.

pues la constitución de 17 artículos adoptada en el año 604 durante el principado de Shotoku, proclamó en su art. 9° que: "La buena fe es la fuente del derecho..." (5).

## II. Esquema

Sentado mi criterio con relación a que el principio de la buena fe es probablemente el de mayor fecundidad para el Derecho, me ocuparé de reflexionar sobre su proyección con respecto a la posesión de buena fe, de la noción contrapuesta de la posesión de mala fe y dentro de esta última especialmente de la posesión viciosa (6).

Procuraré demostrar que frente a la forma en que ha sido legislada la categoría de la posesión viciosa, carece de suficiente consistencia y es prácticamente estéril, e incluso que puede y debe prescindirse de ella, con ventaja para la clarificación y simplificación de la teoría posesoria y para contribuir a robustecer la seguridad jurídica.

## III. Algunas categorías de la posesión

En virtud de la correlación de los arts. 2356, 4006, 4007 y 929 del Cód. Civil, la posesión de buena fe se configura si el poseedor por error de hecho excusable se persuadiera, sin duda alguna, de su legitimidad. Por contraposición, la posesión de mala fe se presenta si mediara error de derecho, o de hecho no excusable, o la persuasión sobre la legitimidad de la posesión fuera dubitativa.

Es sabido, que los vicios de la posesión de cosas inmuebles son la violencia, la clandestinidad y el abuso de confianza, mientras que para las cosas muebles lo son el hurto, el estelionato y nuevamente el abuso de confianza (art. 2364, Cód. Civil).

La violencia puede ser física o moral; a la violencia física alude el art. 2365 del Cód. Civ. como "vías de hecho" o como "violencias materiales", y a la violencia moral con esa denominación o al mencionar las "amenazas

---

(5) Ver op. cit. en nota 1, p. 55, en especial nota 19.

(6) En los distintos aspectos de todas estas categorías de la posesión me he detenido en mis glosas a los 2356 a 2372 del Cód. Civil, vertidas en LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Jorge Horacio, "Código Civil Anotado. Doctrina. Jurisprudencia", Tomo IV-A, Buenos Aires, 1981, con varias reimpressiones, p. 91 y sigtes.

de fuerza". La violencia física o moral puede presentarse en el inicio de la posesión o posteriormente, pues a tenor del citado art. 2365 es violenta tanto la posesión "adquirida" como la "tenida por violencia".

La posesión es clandestina si media ocultamiento, o se aprovecha la ausencia del poseedor, o se toman precauciones para que la posesión adquirida no pueda ser conocida por quien la ejercitaba con anterioridad (art. 2369, Cód. Civil). También la clandestinidad puede ser originaria o sobreviniente (arts. 2369 y 2370).

El abuso de confianza, vicio común a la posesión de las cosas inmuebles y muebles, se presenta si el tenedor de la cosa, que por tal emplazamiento está obligado a restituirla, no la reintegra cuando debe hacerlo (arts. 2364 "in fine" y 2372, Cód. Civil).

El vicio del hurto surge ante el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena (arts. 1091 y 1092, Cód. Civil y también art. 162 del Cód. Penal). Es lugar común en la doctrina argentina el señalar que el vicio de hurto comprende también al robo, reflexión teñida de ingenuidad, ya que es evidente que si es viciosa la posesión adquirida por hurto, con mayor razón la posesión será viciosa si el apoderamiento ilegítimo se concretó con violencia, es decir si existió lo que penalmente se califica como robo (art. 164, Cód. Penal). La duda pudo haberse presentado si el vicio hubiera sido el robo y no el hurto, aunque el problema también pudo haberse superado sin mayores dificultades, puesto que el concepto de robo contenido en el art. 2766 del Cód. Civil es muy amplio y ajeno al tipo penal (7).

Frente a las distintas posibilidades interpretativas acerca del alcance del estelionato como vicio de la posesión de cosas muebles, me he pronunciado por su existencia si alguien mediante engaños consigue que se le entregue una cosa mueble que debía ser recibida por un tercero (8).

#### IV. Posesión simplemente de mala fe y posesión viciosa

Haré tema ahora con diversas cuestiones en las cuales el Código Civil parece tratar de manera diversa al poseedor simplemente de mala fe y al poseedor vicioso.

---

(7) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "Acciones Reales", Buenos Aires, 2000, ps. 42 a 44, en glosa al art. 2766.

(8) Op. cit. en nota 6, ps. 103/104, en glosa al art. 2364.

El Código regula las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe en el Capítulo IV del Libro III, en los arts. 2422 y sigtes.

En materia de frutos el tratamiento de los poseedores de mala fe simple y viciosos es idéntico, pues ambos deben restituir tanto los frutos percibidos, como los que dejaron de percibir por su culpa y también los que hubiera podido percibir el propietario (arts. 2438 y 2439) (9).

Con respecto a las mejoras, mientras el poseedor de mala fe tiene derecho a ser indemnizado por las mejoras necesarias y por las útiles y puede llevarse las mejoras voluntarias, si al hacerlo no causa perjuicio a la cosa (arts. 2440 y 2441), el derecho del poseedor vicioso se limita a la indemnización de las mejoras necesarias, pero para ser indemnizado de ellas carece del derecho de retención del que goza el poseedor de mala fe (arts. 2436 y 2440 "in fine"). Incluso, una opinión minoritaria, cuya formulación obsta a la unanimidad, pero que no desvirtúa el "acuerdo generalizado" en sentido contrario que he destacado en su oportunidad (10), sostiene que el poseedor vicioso debe ser indemnizado también de las mejoras útiles, bien que sin derecho de retención para ninguna de las mejoras que realizara (11).

El poseedor de mala fe simple responde por el caso fortuito, salvo que la cosa, como dice el art. 2435, "hubiese de haber perecido, o deteriorándose igualmente, estando en poder del propietario", por lo cual no responde ante casos fortuitos que por su generalidad también habrían afectado a la cosa aunque ella se encontrase en poder del propietario. Por el contrario, el poseedor vicioso debe hacerse cargo siempre de las consecuencias del caso fortuito, dado que el art. 2436 dispone que ni siquiera puede invocar que la cosa también se habría dañado de haber permanecido en poder del propietario. La responsabilidad del poseedor vicioso

---

(9) Se ha señalado que el tratamiento dispar con relación a las mejoras entre el poseedor de buena fe y el de mala fe, tiene el alcance de "penalidad civil evidente" y se retrotrae al derecho romano (ver SANCHEZ ROMAN, Felipe, "Estudios de derecho civil", Tomo tercero, 2ª edición, Madrid, 1900, ps. 445/446); pero como advertí, esta intensificación de la responsabilidad se aplica con indiferencia de la calidad de viciosa o no de la posesión de mala fe.

(10) Ver op. cit. en nota 6, p. 189, en glosa a los arts. 2440 y 2441, § II, punto 8.

(11) Ver MOISSET DE ESPANES, Luis, "Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas", p. 106, Córdoba, 1982.

por el caso fortuito, aunque su actuar no tuviera ninguna gravitación en la producción del daño, pese a haber sido explicada como una suerte de imposición de una pena civil, recibió fuertes reproches en la doctrina porque ese responder irrestricto excede las reglas de la causalidad (12). La cuestionada postura del Código, es también antitética con la tajante disposición del art. 906, según la redacción de la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), que proclama: "En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad".

### V. Mínima trascendencia del distingo

Téngase en cuenta, que en los aspectos analizados es mínima la trascendencia del distingo entre la posesión de mala fe simple y de mala fe viciosa. Es idéntico el régimen para los frutos, para las mejoras la única diferencia en la que coincide toda la doctrina es en la carencia del derecho de retención para el poseedor vicioso y en lo que atañe a la incidencia del caso fortuito, el agravamiento de la responsabilidad para el vicioso ha sido severamente censurado.

En materia de protección posesoria, concretamente con respecto a las llamadas acciones posesorias en estricto sentido, o sea para la acción de restitución o de recobrar y para la acción nominada de manutención o de mantener (arts. 2487, modificado por la ley 17.711, y 2495), el art. 2473 "in fine" postula que: "La buena fe no es requerida para las acciones posesorias". Quiere decir, que es indistinto que el poseedor sea de buena fe o de simple mala fe, sin embargo, el poseedor de mala fe vicioso carece de legitimación para promover dichas acciones posesorias (art. 2473 "in principium"). A nadie escapa que el matiz enunciado confina su repercusión a un plano meramente teórico, pues la "praxis" muestra que la defensa de la posesión no se canaliza por las acciones posesorias en estricto sentido, sino básicamente por los interdictos de los códigos procesales y eventualmente por las acciones posesorias en sentido lato o policiales, o sea la acción de despojo (arts. 2490 a 2494) y la acción innominada o policial de mantener (art. 2469, Cód. Civil, reformado por la ley 17.711) y tanto para los interdictos como para las acciones policiales es indiferente que el poseedor de mala fe sea vicioso o no.

---

(12) Ver op. cit. en nota 6, p. 184, en glosa a los arts. 2435 y 2436.

## VI. Estado de Derecho

Pero existe otro argumento de decisiva importancia que muestra la inconveniencia de privarlo al poseedor vicioso de la defensa posesoria, que hace al fundamento mismo de la protección posesoria, que procura explicar porqué se protege la posesión.

Entre las múltiples teorías que procuraran justificar las defensas posesorias, me limitaré a una muy simplificada referencia a las más conocidas, que son las expuestas por Savigny y por Ihering, para poner el acento en cuál es mi criterio el verdadero fundamento.

Para Savigny, la protección de la posesión responde al propósito de resguardar a la persona del poseedor, en tanto se interpreta que la posesión es una emanación de la persona. La réplica a esa postura, consistió en mostrar la inconsecuencia a la que conducía la carencia de acciones posesorias en el derecho romano para los tenedores, pues también ellos eran personas.

La respuesta de Savigny arguyó que los tenedores no requerían de la protección a título propio, porque no estaban privados de tutela, pues ellos podían defenderse mediante la asistencia que podían reclamar a su respectivo poseedor.

Según Ihering, la posesión debía ser protegida porque por ese medio se tutelaba a la propiedad. Se le contestó que esa fundamentación no era coherente con la concesión de acciones posesorias a quien incurriera en una usurpación, pues el usurpador era la contrapartida de la propiedad, su negación.

Ihering respondió que la derivación esgrimida importaba un fin no querido por la ley. El fundamento obedecía a la intención de proteger a los propietarios, y si ocasionalmente se extendía la tutela a los usurpadores, esa era una consecuencia que la ley no quería, pero que no podía evitar en aras de su propósito de resguardar a los verdaderos propietarios.

En los primeros tiempos de mi desempeño docente, difundí las teorías referidas y también otras de menor repercusión, y no obstante exaltar el humanismo de la concepción de Savigny en cuanto apuntaba a la persona y el realismo de la versión más materialista de Ihering, ninguna de ellas me resultaba de por sí totalmente satisfactoria, por lo que me impuse buscar

fundamentos de la protección posesoria más contundentes, sencillos y comprensivos de los diferentes casos. Inquietudes paralelas tradujo en aportes anteriores, en los que concluí que debían elevarse las miras y razonar que lo que en verdad estaba en juego era el Estado de Derecho (13).

Es por todos conocido que el Estado de Derecho supone por un lado el monopolio de la fuerza por el Estado, pues no es deseable que se ejercite la fuerza fuera del Estado, tal monopolio conduce a descartar o limitar al máximo la defensa privada, por ello, las defensas extrajudiciales, deben tener un lugar muy acotado. Por tanto, es imprescindible no sólo la existencia de defensas posesorias judiciales, sino también que esa tutela sea efectiva, por su eficacia y rapidez.

Tampoco existe Estado de Derecho, pese al monopolio de la fuerza por el Estado, si la fuerza no se ejercita con sujeción a los dictados del Derecho, pues un Estado de Derecho "...no puede admitir ni a quienes conspiran para destruirlo ni a los que diciendo defenderlo lo hacen sin someterse a las formas jurídicas" (14).

La historia argentina es testigo de distintas crisis del Estado de Derecho, ya porque el Estado en ciertas ocasiones perdió el monopolio de la fuerza, o en otras, porque ejerció ese monopolio sin someterse a los límites que impone el Derecho.

Y porque en las defensas posesorias, ante todo, está comprometido el Estado de Derecho, no es solución valiosa privarlo de ellas ni siquiera al poseedor vicioso.

### VII. Prescripción adquisitiva

En lo que atañe a la prescripción adquisitiva, el poseedor de mala fe es beneficiado por la prescripción adquisitiva larga, que se otorga a quien incluso de mala fe posee de manera continua e ininterrumpida durante veinte años (arts. 4015 y 4016, Cód. Civil). En cambio, el poseedor vicioso

---

(13) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "El boleto de compraventa. Efectos de la entrega de la posesión entre las partes", Revista del Notariado N° 796 (julio-agosto de 1984), p. 881 y sigtes. y "Protección posesoria", en "Cuestiones esenciales de Derechos Reales", ps. 10 y sigtes., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

(14) Así lo dije en el trabajo indicado en primer término en la nota anterior, en la p. 897.

no puede usucapir, tal como se lo infiere del art. 3959 del Cód. Civil, y también del art. 4016, que implícitamente acepta que pueda esgrimirse contra la pretendida prescripción larga que la posesión tenía vicios.

En una primera visión, parecería que en la prescripción adquisitiva se presentaría una nítida diferencia de tratamiento entre la posesión de simple mala fe y la viciosa, pero por lo que veremos sobre la relatividad de los vicios y la fugacidad de la posesión viciosa, también aquí ese distingo se diluye.

### VIII. Inutilidad de la distinción. Relatividad de los vicios

Pero más allá de que en general la diferencia de tratamiento entre la posesión de mera mala fe y la viciosa sea menor y de que pareciera atrincherarse con alguna energía únicamente en materia de prescripción adquisitiva, existen decisivas razones que denotan que a la escasa consistencia del distingo se le suma que los alcances de la posesión viciosa son limitados y también su fugacidad, por lo que tal categoría se convierte en poco fecunda y hasta ciertamente en estéril.

Me referiré en primer término a los alcances de la posesión viciosa, que califico como limitados. Según el art. 2368 del Cód. Civil: "La violencia no constituye sino un vicio relativo respecto de aquel contra quien se ejerce"; el art. 2371 expresa: "El vicio de la posesión clandestina es asimismo relativo al anterior poseedor solamente" y el art. 2495 otorga la acción de mantener a quien fuere turbado en su posesión, pero, "con tal que ésta no sea viciosa respecto del demandado".

Los preceptos reproducidos reflejan el carácter relativo de los vicios de la posesión, propio de todos ellos, pese a la ceñida enunciación del Código (15).

(15) El derecho romano puso el acento en la relatividad de los vicios de la posesión (ver NAMUR, P., "Cours d'Institutes et d'histoire du droit romain", troisième édition, Tome premier, Bruxelles, 1878, p. 158 y sigtes., § 118, en particular en punto 6 de p. 160). En ese sentido, especialmente en materia de defensas posesorias, ver, entre otros: SAVIGNY, Frédéric Charles, "Traité de la possession en droit romain", traduit de l'allemand par Henri Staedtler, quatrième édition, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, Paris, 1893, p. 433 y sigtes.; GIRARD, Paul Frédéric, "Manuel élémentaire de droit romain", ps. 260, 271, deuxième édition, Arthur Rousseau, Éditeur, Paris, 1898; PETTI, Eugene, "Tratado elemental de derecho romano", traducido de la novena edición francesa por José Ferrandez Gonzalez, p. 929 y sigtes., Editorial Albatros, Buenos Aires, 1961, en núm 810; D'ORS, Alvaro, "Derecho Privado Romano", octava edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991, p. 191, en § 144. También, "Gayo Institutas", texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, quinta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 759 y sigs., núms. 150 y sigtes.



Quien adquiere la posesión a través de la comisión de alguno de los vicios (violencia, clandestinidad, abuso de confianza, hurto o estelionato), se convierte en poseedor vicioso, pero ese estigma puede ser invocado únicamente por el anterior poseedor víctima de alguno de esos vicios. El adquirente con vicios es poseedor vicioso exclusivamente con relación al poseedor que los sufrió.

El poseedor anatematizado por vicioso al haber incurrido en un vicio contra el anterior poseedor, por extraña transfiguración capaz de asombrar a un profano, de ningún modo desmejora su posición frente a todos los demás, pues la generalidad de sus otros congéneres humanos, no pueden reprocharle la comisión de esos vicios, ya que frente a ellos es nada más, o nada menos, que un simple poseedor de mala fe. Singular dicotomía propia del maniqueísmo, de quien ante los más es reconocido como meramente "malo" por su mala fe, mientras que algún otro, que sí le puede reprochar su vicio, puede descalificarlo con el máximo desdoro de la deshonrosa calificación de "muy malo", por ser vicioso.

La relatividad de los vicios de la posesión y entre ellos el de la clandestinidad, desmerece de manera tajante la eventual importancia de la posesión viciosa para obstar a la usucapión.

Para que sea viable la usucapión la posesión no debe ser clandestina, o sea que se exige que el propietario desposeído la conozca o pueda conocerla. Sin embargo, para poder usucapir no basta el conocimiento o la posibilidad de conocimiento por el propietario desposeído, pues es necesario que la posesión sea ostensible, manifiesta, para todos, dado que la adquisición por usucapión se configura no sólo contra el anterior propietario, sino contra todos los terceros. No debe olvidarse que el derecho real adquirido por usucapión es regularmente oponible a todos, sin requerirse ninguna publicidad registral, y ello es así por la implícita exigencia de una posesión ostensible, o sea cognoscible por la generalidad. Y tal requisito de que la posesión sea ostensible, producto del requerimiento de publicidad para la oponibilidad de los derechos reales, poco tiene que ver con la clandestinidad como vicio de la posesión (16).

---

(16) La idea expuesta en el texto, ya tuve oportunidad de canalizarla como integrante de la llamada "Comisión Federal", constituida en el seno de la H. Cámara de Diputados de la Nación, que redactó el "Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial" de 1993, con media sanción unánime por esa Cámara. En los nuevos textos de los artículos 3999, 4016 y 4016 bis proyectados se incluyó el concepto de posesión

### IX. Fugacidad de la posesión viciosa

Los vicios de la posesión, aparte de su muy limitado alcance por ser relativos, sólo colorean fugazmente a la posesión adquirida con el rasgo de viciosa.

Enfatizo en la fugacidad de la posesión viciosa, porque contrariamente a lo que se inferiría del art. 2354 del Cód. Civil, la posesión subsistirá como viciosa sólo por un lapso que presumiblemente será muy breve.

Según el art. 2354, no se pueden "cambiar por la propia voluntad, ni por el transcurso del tiempo... los vicios de la posesión...", lo cual podría llevar a suponer la inmutabilidad y consiguiente perdurabilidad de la posesión viciosa. La doctrina argentina se ha resistido a aplicar la norma citada en forma aislada y propicia sistemas diversos para alcanzar la purga de los vicios de la posesión.

Una corriente interpretativa admite la purga de la posesión viciosa a través de la extinción de las respectivas acciones posesorias. Al anotar el Código Civil, atribuí esa tesis a Dassen-Vera Villalobos, Molinario y a Laquis y resumí su desarrollo en la siguiente forma: "Si la posesión es viciosa por violencia, la purga sobrevendría al extinguirse las acciones de recobrar y de despojo; la primera prescribe al año (art. 4038 del Cód. Civil) y para la segunda se discute si su duración de un año importa que caduca o que prescribe vencido ese plazo (ver glosa al art. 2493). Según Molinario, la purga de los vicios de clandestinidad y de abuso de confianza opera a los dos años, pues hasta que venza el primer año no se produce la pérdida de la posesión (art. 2456, Cód. Civil) y existirá sólo

---

ostensible y en el Informe respectivo donde se fundamentan las reformas, se lee: "De manera coherente con las implicancias otorgadas a la publicidad posesoria en los artículos 1189 y 3169, se prevé para los distintos supuestos de prescripción adquisitiva que la posesión del usucapiente tiene que ser ostensible, o sea, que la conozcan o puedan conocerla tanto el dueño de la cosa como los terceros interesados de buena fe; noción que no adolece de la limitación conceptual de la posesión pública, como contrapuesta a la viciosa por clandestinidad, que se infiere de los artículos 2369 a 2371 y del artículo 2479" (Ver Orden del Día N° 1322 de la Cámara de Diputados de la Nación, ps. 7743 y 7779).

En el Proyecto de Código Civil de 1998, que también tuve el honor de corredactar, en el cual se plasmó mi criterio acerca de la conveniencia de suprimir la categoría de la posesión viciosa, con el epígrafe "Posesión exigible", se estableció en el art. 1834 que: "La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua".

una turbación, transcurrido el año y perdida la posesión se inicia el curso de la extinción anual de las defensas contra la desposesión (acción de recobrar y acción de despojo)" (17).

Con la tesis puesta con relación a la purga de los vicios, se advierte, verbigracia, que la prescripción adquisitiva larga dejaría de operarse al cumplirse el plazo de 20 años (claro está, siempre que no mediaren causales de suspensión o de interrupción del curso de la usucapión), pues los 20 años recién empezarían a contarse luego de la purga de los vicios, la que insumiría uno o dos años, o acaso más si se admitiera que la prescripción de las acciones posesorias se alongara con las pertinentes causales de suspensión o prescripción de esas acciones. Sin que ninguna norma brinde sustento bastante a esa construcción doctrinaria para imaginar tal mecanismo de purga de los vicios, se arrimaría una nueva incertidumbre para el cómputo de la prescripción, que conspiraría abiertamente contra la seguridad jurídica.

Otra orientación, encuentra el procedimiento para la purga de los vicios en el art. 3959 del Cód. Civil. Ese precepto establece: "La prescripción de cosas poseídas por fuerza, o por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión".

El recto sentido del art. 3959 se ilumina con el apoyo de su indiscutible fuente, el casi idéntico art. 1949 del Proyecto de Código Civil español de 1851. A tenor de ese texto: "La prescripción de las cosas poseídas por fuerza o por violencia no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado aquel vicio".

Al glosar la disposición proyectada, Florencio García Goyena puntualiza: "Los artículos extranjeros y el nuestro admiten que el mismo forzador pueda prescribir desde que se purgó el vicio, es decir, desde que cesó la fuerza o violencia..." (18).

La convincente interpretación que predica que la posesión queda expurgada de su condición de viciosa con el cese del vicio respectivo, demuestra el porqué de la afirmación de la fugacidad de la posesión viciosa.

---

(17) Ver op. cit. en nota 6, ps. 84/85, en glosa al art. 2354.

(18) Ver GARCÍA GOYENA, Florencio, "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español", Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editora, Madrid, 1852, t. III, ps. 310/311.

## X. Conclusiones

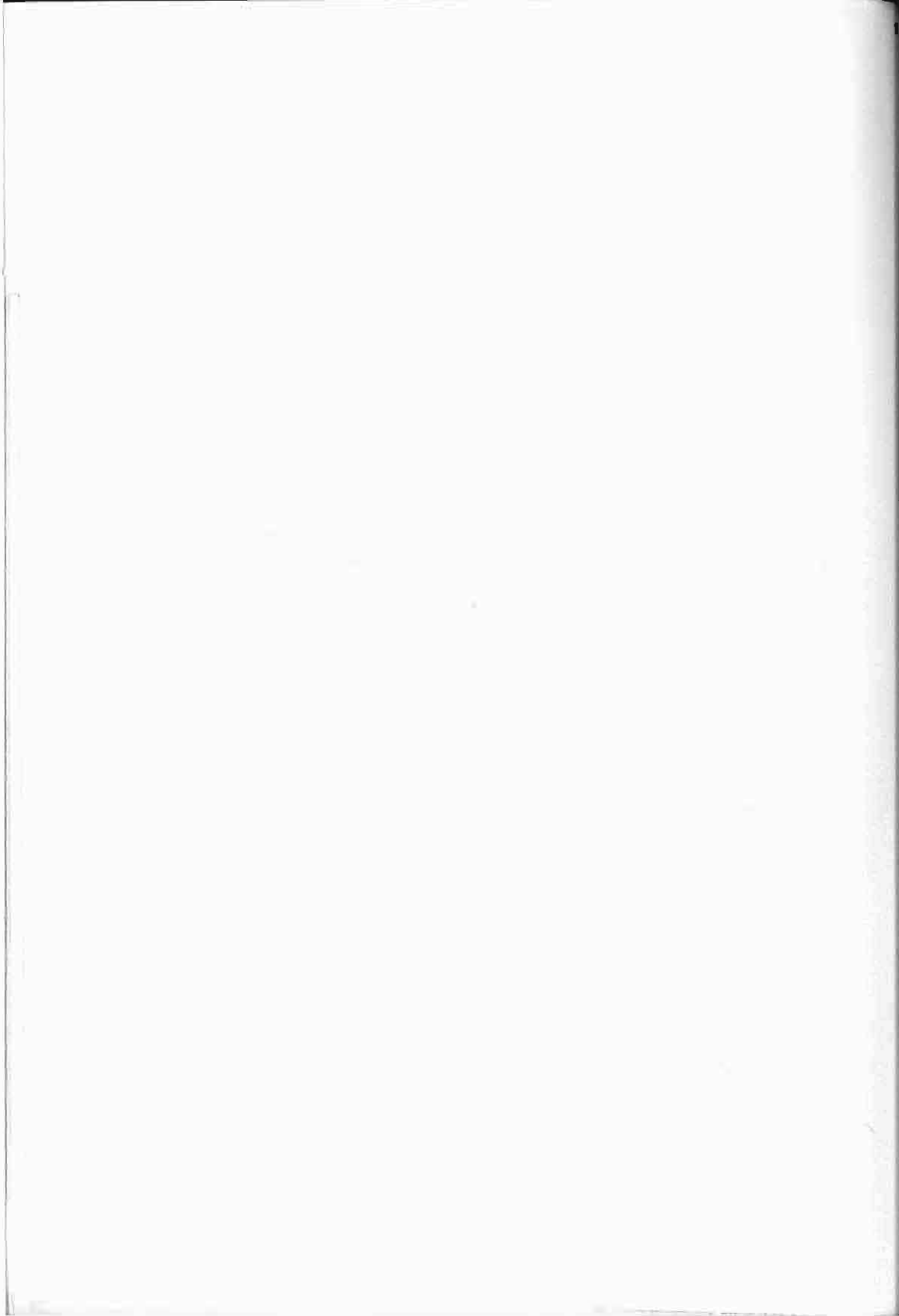
Si los vicios de la posesión son relativos, porque el poseedor es vicioso únicamente con relación a quien soportó el vicio, pero no frente a todos los demás y si la posesión deja de ser viciosa con la desaparición del vicio, cuando cesa, por ejemplo, la violencia, la clandestinidad; es evidente, la fragilidad de la construcción que quiso armarse con una apoyatura de tan restrictiva aplicación y efímera perdurabilidad. Si quien adquiere la posesión de una cosa con algún vicio, supera el pretendido tratamiento discriminatorio de su posesión como viciosa, al mismo tiempo en que desaparece el vicio que la originó, se volatiliza el distingo entre el vicio de la posesión y la subsiguiente posesión viciosa.

Llama la atención, por su notoria desproporción, el esfuerzo normativo para alumbrar la categoría de la posesión viciosa y la grandilocuencia con que se la rodeó, si se las compara con sus escasas consecuencias en el derecho vivo, con su muy limitada esfera de acción y su existencia fugaz.

La aparatosa puesta en escena del instituto de la posesión viciosa, no se corresponde con la orfandad de resultados valiosos y con su presencia en gran medida fantasmagórica, por todo lo cual se arraigan mis persuasiones acerca de su inconsistencia y esterilidad y de la conveniencia de su supresión para propender a la clarificación y simplificación de la teoría posesoria y como elemento coadyuvante para afirmar la seguridad jurídica (19). ♦

---

(19) Como ya lo advertí en la nota 16, en el Proyecto de 1998 se suprimió la categoría de la posesión viciosa.



### III

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



## GERMÁN BIDART CAMPOS FIDELIDAD A UNA VOCACIÓN

AUGUSTO MARIO MORELLO (\*)

I. Referirnos a la persona de Germán Bidart Campos, es mostrar la médula de su inconfundible vocación jurídica y entrañable lealtad al Derecho Constitucional, el gran amor de su vida.

Limpio magisterio que pudo acuñar en una frase que recortó hace décadas y le ha servido de nave insignia a un intenso y perseverante navegar por las aguas encrespadas del devastador siglo anterior: *"querer y saber vivir la Constitución"*. Sentirla, practicarla, respetarla a cabalidad, serle fiel sin tener cartas en la manga ni hacerle gambetas o guiños complacientes o torticeros.

Ha predicado en tiempos sin límites y sin días claros o limpios de nubes —en expresión de Octavio Paz—, y de dispares velocidades; en imprevisibles jornadas en donde la inseguridad y la grosera degradación del Derecho enturbian los pronósticos y las esperanzas de quien recrea los mensajes de ALBERDI y JOAQUIN V. GONZALEZ. Horas interminables cruzadas de sorpresas con estaciones en las que el tren se detenía morosamente vaciando las energías en lo baladí y superficial, fugándose hacia adelante con el lastre de lo infértil y agotado, lo que ya 'había sido' y no concitaba —no podía hacerlo— sueños para brincar al registro superador.

II. Una música sin arpegios ni ecos exige otro 'Claro de luna', acompañando la alborada argentina. Que en verdad, responsablemente,

---

(\*) Disertación del Académico, con motivo del homenaje al doctor Germán Bidart Campos, el 19 de agosto de 2003, en la Sociedad Científica Argentina.



porfíe por serenarnos a fin de pensar y construir, dibujar el horizonte de una democracia adulta, que busca el diálogo, la tolerancia, el querer comprender al otro, reducir las falsas y disolventes tensiones, proponer y observar criterios adecuados para que los puntos de vista positivos alcancen consensos, sin girar en redondo, inmovilizándonos en el lugar de partida. Suscitar ideales, utopías, fascinarnos por un mañana que, con igualdad de oportunidades, forje las expectativas y las metas del Estado de Justicia. La activa y alegre participación de las sucesivas generaciones en la empresa común que es hacer la patria amada de los argentinos.

III. Una agenda fascinante en la que los aciertos creativos de los emprendimientos confirme, al cabo, que con sensatez estamos alumbrando un nuevo Renacimiento. Que, por fin sin quiebres, falsos apasionamientos, ni enredos parroquiales, la gran familia nacional, como apunta Norberto Bobbio, quiere ver más alto y más lejos.

Para ese prioritario y enfervorizado cometido el pensamiento y las lecciones de *BIDART CAMPOS*, son insustituibles estelas que iluminan el camino. Y no desde ahora, sino desde el amanecer de su ingreso al retablo palpitante del Derecho. Nuestro criterioso y rectilíneo constitucionalista no ha cesado de sembrar. Su prolifera y sesuda producción al igual que su generosa entrega en Cursos, Congresos, torneos y visitas a Universidades y Colegios Profesionales del país y de España y América —que lucen con matices de notables fulgor en las investigaciones que, regularmente, auspicia el Instituto Ambrosio L. Gioja en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires— despiertan vocaciones, inyectan estímulos a los jóvenes operadores y, cada mañana, nos sorprende con sagaces aportes y una actividad permanente —sin claudicaciones. Afanoso en la realización del país que todos llevamos en la mente y en el corazón— frente a los eclipses y dificultades que se han interpuesto en una marcha que debió ser ascendente.

IV. En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la cual el Dr. Bidart Campos es calificado académico y ocupa el sitial Dr. Manuel Quintana, es por cierto muy grato compartir este justo homenaje y resaltar tantos valiosísimos frutos de su humanismo y amor al prójimo; ejemplar laboreo y nobleza de espíritu, que ha conquistado y continúa acrecentándolos. Le basta el simple y difícil oficio y arte de expresar verdades que descubren que, si las asumimos, —y ello depender de nosotros— cambiaremos el porvenir.

Démosle las gracias en el umbral de un nuevo tiempo y espacio histórico con la amistad y cálida admiración a un señor educador, profundamente compenetrado con su misión. Y ante cuya ejecutoria podemos parafrasear a Flaubert cuando afirmaba que «escribir es una manera de vivir» porque Germán ha hecho un culto en su mística de exigirnos a los argentinos el esfuerzo y constancia de que vivamos, honradamente, la Constitución Nacional. Sabe, y también nosotros lo sabemos, que de ello depende el éxito colectivo y la luminosidad de nuestro futuro. ♦

## LA INOPONIBILIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y LA VIGENCIA DE UNA LECCIÓN DEL DR. ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

AUGUSTO M. MORELLO

I. Al cumplirse seis décadas de un notable ensayo (1) del que fuera autor el Dr. Roberto Martínez Ruiz, el inolvidable ex presidente de nuestra Corporación, he deseado recordar los méritos de una contribución científica que juzgo de lozana y germinante calidad y provecho. Tanto, que los enfoques y coordenadas con que tejió el tema argumental, han servido de fundamentos principales a un complicado caso judicial en el núcleo de una acción revocatoria concursal y referida a subadquirentes a título oneroso pero no de buena fe, lo que determinó que ese negocio fuera declarado inoponible respecto de los acreedores del enajenante concursado (2).

El fallo sesudamente motivado por el camarista Dr. Julio J. Peirano pone de rigurosa actualidad aquella sabia contribución en la que entonces se hacía presentación formal, en nuestro medio, de manera sistémica y completa, de la filosa categoría de los actos inoponibles que no gozaba de adecuada comprensión en la literatura vernácula. Martínez Ruiz como lucido embajador posibilitó su esclarecido anclaje entre nosotros. Y ello significó un antes y un después porque, como advertíamos ante la pregunta acerca del valor de esa monografía (desarrollada como anotación a un fallo judicial), ello nos lleva a inquirir sobre su *actualidad* (3), lo cual

---

(1) "Distinción entre acto nulo y acto inoponible", JA, 1943-IV-335.

(2) CNCom., Sala A, 22/8/2002, "Scandinavian Muebles SA s/quiebra; revocatoria concursal", ED, 14 y 15/8/2003, con nota de la Dra. Lidia Vaiser, "Acciones de recomposición patrimonial: algunos dilemas".

(3) Cftar Miguel Olmado, "Actualidad de Ángel Ganivet", Revista de Occidente, Madrid, 1965 (n 33), p. 331.

requiere, para intentar su respuesta, dibujar el perfil de la inoponibilidad y diferenciarlo de otras figuras próximas en la pluriforme realidad de la ineficacia, invalidez e inexistencia de los negocios jurídicos.

II. Casi de forma contemporánea, mientras la agudeza de Francisco Carnelutti, desde la perspectiva procesal, se esforzaba en ampliar las fronteras de proyección de los *efectos de la sentencia en el mérito*, propiciando que a las categorías recibidas de las consecuencias directas e indirectas se sumara una nueva, concerniente a las consecuencias *reflejas* cuya incidencia fuerza vinculante, era mucho más abarcativa, en la órbita del derecho civil hacía triunfal ingreso una feliz construcción que Daniel Bastian describe en una obra clásica: la *inoponibilidad de un acto jurídico* que otros han concertado mediante negocios simulados o violentando requisitos estructurales que menoscaban la sinceridad y buena fe, y cuya finalidad real es causar perjuicio a terceras esferas jurídicas de derecho o intereses que cuentan con la preferente protección del derecho. La prueba de ese enmascaramiento o camuflaje de la verdad de lo obrado, y que demanda demostrar en el proceso colectivo el dato cardinal del conocimiento que el tercero 'adquirente' tenía o debía tener acerca del estado de cesación de pagos al tiempo de la celebración del negocio, importa sellar la suerte de la estabilidad del acto *en el sistema concursal*, al restarle, concretamente, oponibilidad a los acreedores concurrentes, que no deben perjudicarse por esa desviada enajenación.

III. El mérito esencial, entre los muchos que contiene el referido estudio del Dr. Martínez Ruiz, que abrió el camino a posterior literatura especializada (4), radica en que él supo acotar y diferenciar su caracterización ontológica respecto de la simulación, el acto en fraude de terceros, la nulidad de los actos jurídicos y la polémica variante de la inexistencia. Precisamente el voto ponente de la sentencia de la Cámara en lo Comercial, que puso de resalto el precedente en estos días centra la fuerza del razonamiento y el sagaz empeño de esclarecer esas parcelas, en las prolijas razones vertidas por el Dr. Martínez Ruiz y que toma para sí el Dr. Peirano al puntualizar, con sus palabras, "que los rasgos esenciales de inoponibilidad proporcionan ideas de seguridad e imputabilidad y se esfuerza principalmente en distinguirse de la nulidad así como poner de resalto la naturaleza y las particularidades que identifican a cada una de ellas. Enfatiza en que la nulidad es un

---

(4) Cftar., entre otros calificados aportes, Alterini, Jorge H., "El art. 1951 del Código Civil y el acto inoponible", JA, doctrina, 1971, p. 634; Lloveras de Resk, María E., "Teoría del acto jurídico inoponible", JA, 1982-III-670; Malicki, Anahí S.M., "Inoponibilidad del negocio jurídico", JA, 1991-IV-628.

estado del acto, que lo caracteriza porque la imperfección de que está tachado el acto nulo, resulta de un hecho, vicio o defecto existente desde que el acto se acordó; y que, además, según la gravedad de este vicio, se distinguen las nulidades en absolutas y relativas, por sus respectivas derivaciones prácticas. Es diferente la inoponibilidad porque, contrariamente, *es una sanción* (descalificación) que no se refiere al acto mismo, *sino a sus efectos*, a la órbita de su *eficacia específica*, y se traduce en una *ineficacia de extensión más o menos considerable*. Por otra parte, insistió en suministrar mayor rigor a su demostración, si en la mayor parte de los casos reviste como la nulidad un carácter originario, hay hipótesis en que lo inoponible resulta de un hecho posterior al otorgamiento, como se ve en materia de reserva y resolución. La sentencia declarativa de inoponibilidad determina el plafón con que opera la ineficacia que de ella deriva.

En aquél ensayo se agregaban otras inteligentes puntualizaciones. La primera, que las nulidades absolutas no son confirmables en tanto que las relativas y las inoponibilidades, en cambio, pueden desaparecer por renuncia del beneficiario. La segunda y referida a los efectos, destaca que si la nulidad hace caer al acto *erga omnes*, la inoponibilidad lo deja subsistente en la medida de lo posible y respeta las consecuencias que produce *inter partes* porque su finalidad es la de tutelar, en una esfera específica ciñéndose a poner a los terceros al abrigo de los negocios que puedan perjudicarlos. Esa es su función tuitiva necesaria y acotada (5).

IV. Quisiéramos agregar que la anticipatoria visión del Dr. Martínez Ruiz abarcó una constructiva síntesis material e instrumental de adecuada funcionalidad (6). De allí que, como ocurre con el Proyecto de Unificación del Derecho Privado de 1998, el afectado por una inventiva fecunda en el armado (aparente) de actos que pretenden dotarse de seguridad jurídica y sentido positivo aunque encubren el definido propósito de lesionar o terceros a quienes el objeto patrimonial se quiere escamotear de la garantía de los acreedores, el ordenamiento jurídico le provee un elenco *diferenciado* de técnicas de ineficacia, a través de pretensiones que, con flexibilización de los principios procesales, adecuación funcional de los criterios del deber de colaboración en el marco de la apreciación de la prueba y la moderna adaptación de las reglas de la sana crítica (de la lógica, de la

---

(5) Ver Martínez Ruiz, JA, 1943-IV-pp.cit. Y voto del Dr. Peirano, en cita, consid. 13.

(6) Morello, Augusto M. y colaboradores, "Lectura procesal de temas sustanciales", Platenense, 2000, pp. 11-55. con sus citas.

experiencia y del buen sentido) permite captar la *realidad* que desnuda el acceso a la verdad jurídica objetiva. Son estándares que facilitan la prueba de situaciones de difícil acceso en la dinámica de la litigación y que coadyuvan a la conveniente y necesaria *limpieza ética del escenario negocial*, al permitir que la jurisdicción esclarezca un paisaje cargado de nubes desvirtuadoras de la salud de las transacciones.

V. Modernamente, lo que se intenta por el carril de la inoponibilidad y el maleable plafón de la prueba, *más realista y efectivo, económica y técnicamente idóneo y accesible* es ensordinar las variables de las ariscas e indomables matizaciones de la nulidad, optándose por la vía más segura y acotada de la 'inoponibilidad'.

La utilización de ella, en una sociedad mercantil moralmente débil, provee a la jurisdicción de una técnica útil contra prácticas que desvirtúan la base ética de la negociación. Con palabras de Eduardo Mallea y la señera intención de Martínez Ruiz, los señores camaristas valiéndose de esos criterios teleológicos y de las consecuencias valiosas que habrán de seguirse de la interpretación muestran —y corresponde destacarlo— una conciencia preocupada en que la solución atienda al seguimiento del sentido y efectos finales de lo probado en la causa, preservando la buena fe; y no un peregrinaje al quebrantamiento de las reglas que sostienen la vida recta de las transacciones (7).

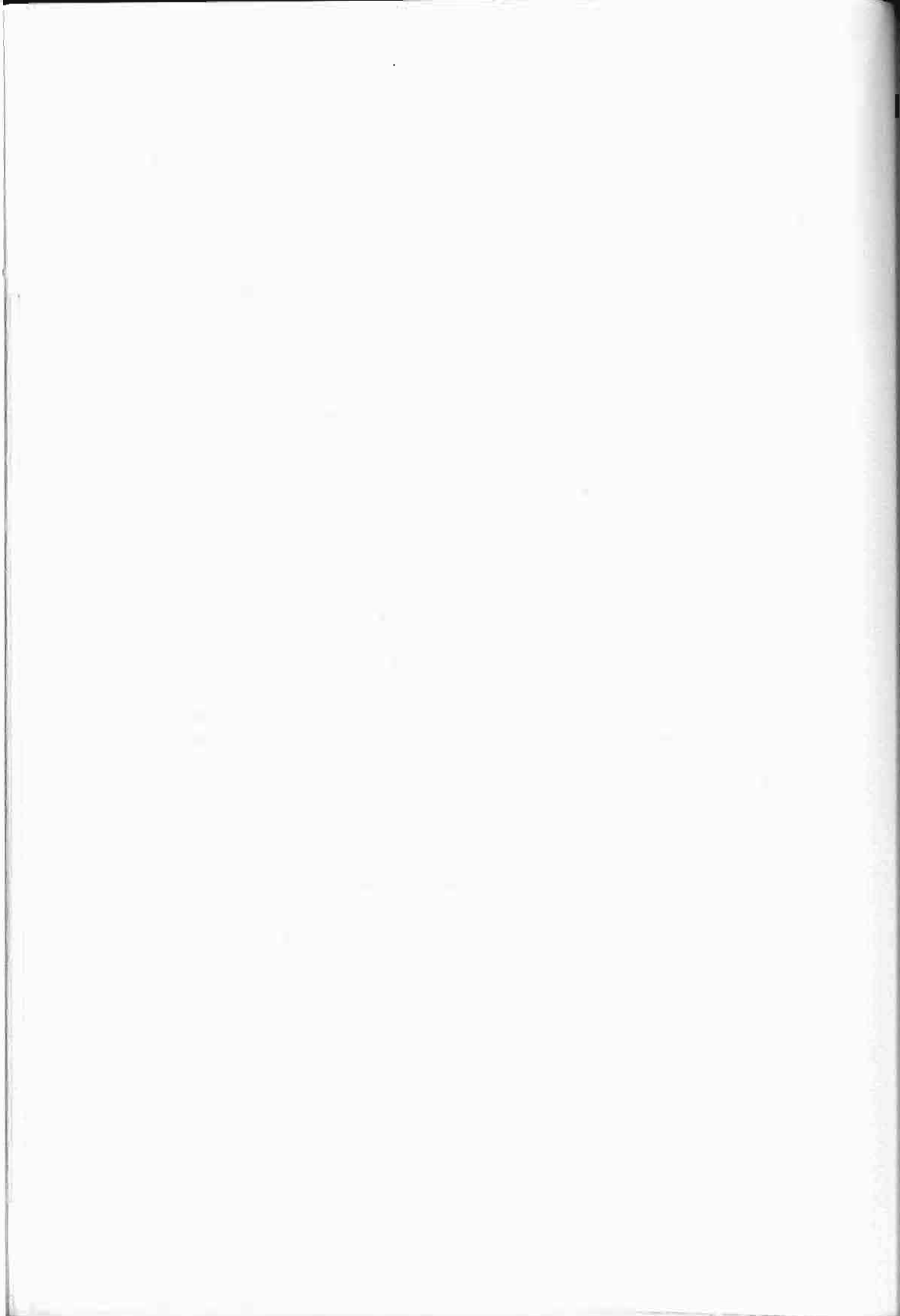
Es una tendencia moralizadora que debe auspiciarse (8).

VI. El recuerdo de una ejemplar lección de derecho civil que he intentado plasmar en las breves reflexiones que preceden, ha querido señalar cómo el pensamiento del querido colega sigue siendo guía de nuestro tiempo, modelo de un estudioso serio, entusiasta y cuya originalidad se alarga al porvenir por ser la suya una lección clásica que, ciertamente demostrado está, continuará ayudando a que caminemos mejor los senderos jurídicos del siglo XXI. ♦

---

(7) Mallea, Eduardo, "La guerra interior", Sur, Buenos Aires, 1963, pp. 75 y 86. CS, Fallos, 323:3289, 3619, entre otros.

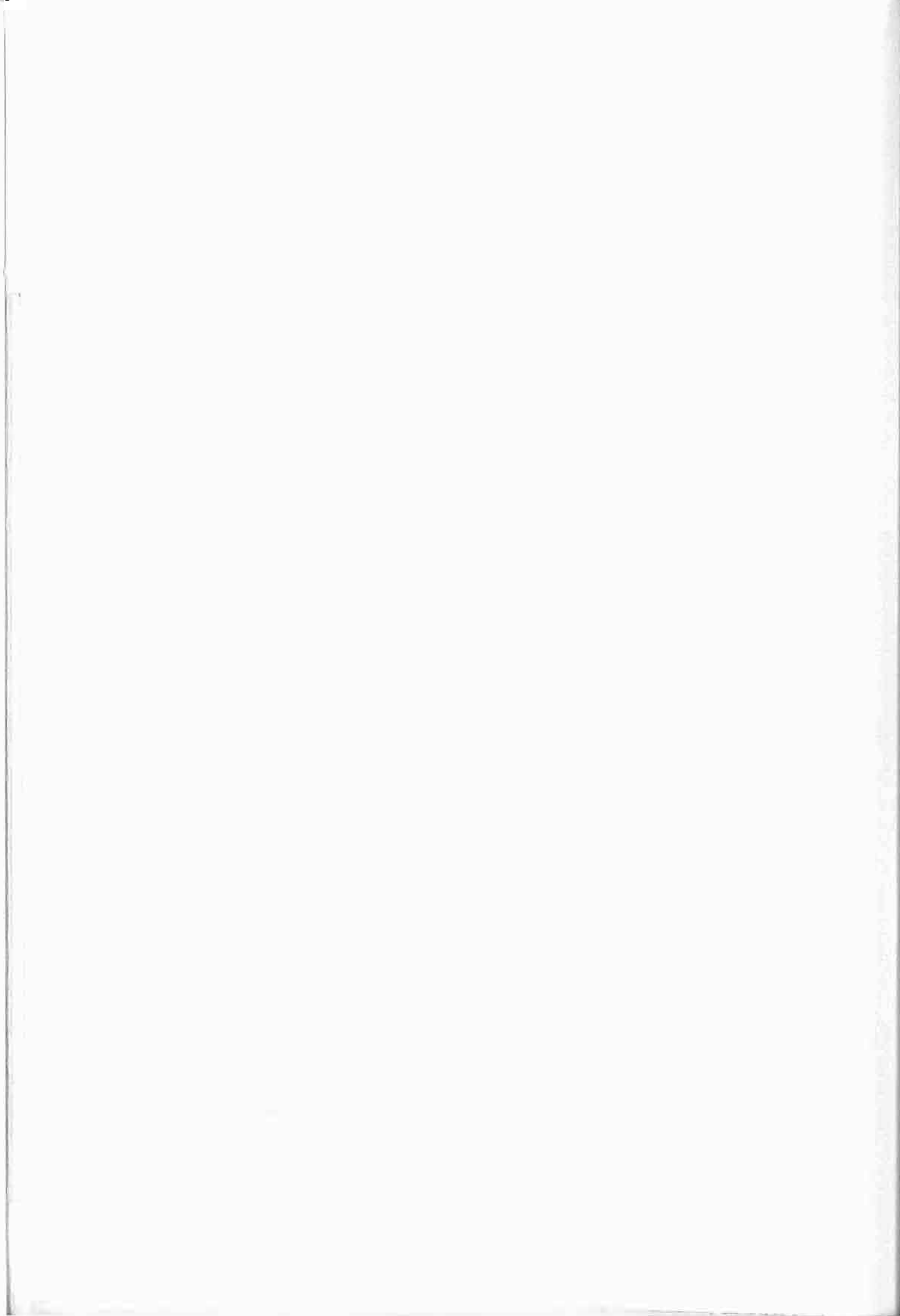
(8) Al respecto lo procesal debe favorecer la finalidad que persigue el derecho material. Directiva que consagra la Corte Suprema a través de esta doctrina: la ineficacia concursal pretende ser una forma simplificada de la eficacia del derecho común, para *facilitar* a los acreedores el progreso de su pretensión de probar concretamente el fraude o una irregularidad de que se trate (CS, 18/12/2001, "Carcarañá SA", JA; 2002-II-104, con nota de Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval).



IV

HOMENAJES





## PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (\*)

Con motivo de haberse cumplido días pasados el centenario del nacimiento del doctor Miguel S. Marienhoff, se ha dispuesto realizar en su homenaje un acto conjunto de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias de Buenos Aires y de Ciencias Morales y Políticas, de las que el doctor Miguel S. Marienhoff fuera prestigioso miembro de número.

No voy a hacer referencias a su larga y fecunda trayectoria ni a sus obras, porque ello será materia de las disertaciones que vamos a oír. Sólo deseo en esta apertura del acto, agregar mi homenaje a título personal a quien fuera no sólo mi maestro en la materia de su especialidad a través de sus obras, conferencias y comunicaciones, sino también el gran amigo que me honró con su consejo y con su apoyo en distintas ocasiones de mi vida profesional y académica.

Como dije al despedir sus restos mortales, Marienhoff fue un publicista poco común que siguió, después de cumplidos sus noventa años, actualizando su obra magna, el *Tratado de derecho administrativo*, de siete volúmenes, de la que se hicieron cinco ediciones.

Recuerdo que en su discurso *El derecho como ciencia* de 1968 dijo que el progreso de los pueblos está fundamentalmente basado en el orden y en la disciplina; que esto sólo se logra a través de un complejo de normas adecuadas, pues sin la vigencia del derecho no hay orden, ni paz, ni disciplina, sino únicamente caos y anarquía. Magníficos conceptos, que hoy es

---

(\*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto de homenaje al doctor Miguel S. Marienhoff, en la sesión pública del 14 de agosto de 2003.

necesario recordar más que nunca, de un ciudadano ejemplar por su respeto a las instituciones, por su vocación democrática y republicana y por su fe en el derecho, a cuya elaboración y perfeccionamiento dedicó su vida.

Dejo en el uso de la palabra al académico doctor Juan Carlos Cassagne que hablará en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, a quien seguirá la exposición del doctor Alberto Rodríguez Galán en nombre de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y finalmente el doctor Carlos M. Bidegain por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. ♦

## HOMENAJE AL ACADÉMICO DOCTOR MIGUEL S. MARIENHOFF

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (\*)

La evocación de un auténtico maestro del derecho es algo así como un compromiso histórico, una deuda de gratitud que le corresponde saldar, en primer término, a la generación que recibió directamente su ejemplo y sus enseñanzas.

El hecho de que mis pares de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires me hayan conferido el honor de evocar esta tarde, al cumplirse la centuria de su nacimiento, la figura de quien fuera nuestro miembro de número, además de serlo en dos Academias Nacionales, acrecienta el alcance de ese compromiso y justifica el homenaje conjunto de las tres corporaciones.

Aunque la memoria humana suele ser bastante frágil y borra con facilidad los sucesos, son tantos los recuerdos que conservo sobre mi querido maestro y los diferentes aspectos de su obra jurídica que la tarea de seleccionarlos para esta circunstancia se convierte en una misión no exenta de responsabilidad, por más grata que sea, como acontece en este caso.

Porque si la personalidad de Marienhoff desborda cualquier intento de reducirla a márgenes convencionales, la naturaleza de este homenaje conjunto justifica el interés de todos por recordar su extraordinaria figura antes que el análisis global o específico de su magnífica obra, suficientemente conocida en el mundo jurídico, cuya influencia en la formación de

---

(\*) Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje al doctor Miguel S. Marienhoff, el 14 de agosto de 2003.

nuestro derecho público tuvo la oportunidad de destacar hace cinco años, en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

Porteño de nacimiento, mendocino y luego patagónico por adopción, Marienhoff encarnó la más genuina amalgama de tradiciones y vivencias argentinas, provenientes de todos los lugares en que transcurrió su vida, los que se disputaban su paternidad. Estudió Derecho en la Universidad de La Plata, pero hizo el Doctorado en la de Buenos Aires. Su carrera universitaria la siguió también en ambas Universidades en las que descolló por la brillantez de sus creaciones jurídicas, mereciendo el respeto y la admiración del más amplio espectro de la comunidad universitaria argentina y del exterior.

Su vocación por el derecho administrativo nació tempranamente en Mendoza, estrechamente asociada al recuerdo paterno. Dejemos que él mismo nos la explique en una versión que por suerte ha quedado registrada en un video que grabó, para la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano, a pedido del doctor Maiorano. Allí comenzó por decir que esa vocación tenía un viejo origen con estas palabras:

“Mi padre poseía una finca en la Provincia de Mendoza dedicada a la explotación agrícola. Como en todas las propiedades rurales de dicha Provincia, la agricultura se realizaba en base a irrigación, o sea utilizando el agua de un río —en este caso el río Mendoza— para humedecer la tierra y obtener un buen fruto de los diferentes cultivos y siembras. En Mendoza y en muchas otras provincias de nuestro país, la tierra poco o nada produce sin recurrir a la irrigación. Ese uso del agua del río aparejaba numerosos problemas de orden jurídico, que técnicamente constituían problemas relacionados con el uso de un bien integrante del dominio público, al cual pertenecía el río Mendoza, como también todos los ríos de la República. Mi padre —que no era abogado, sino ingeniero— siempre hablaba en casa de esos problemas que tanto lo preocupaban. Poco a poco esos problemas me fueron interesando a mí, que en aquella época era un estudiante; ello determinó que desde mi juventud —y más concretamente, desde que era un estudiante— me dedicara al estudio del régimen jurídico de las aguas de los ríos, los que, como dije, integran y pertenecen al dominio público del Estado. Ello, a través de los años, dio origen a mi libro “Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas”, que fue mi tesis doctoral. Como el “dominio público” es uno de los principales capítulos del Derecho Administrativo, resultó que, poco a poco, casi sin darme cuenta de ello, a medida que avanzaba en mis estudios sobre el régimen del

“dominio público”, fui avanzando sobre el amplio campo del Derecho Administrativo, concibiendo por fin la idea de escribir un tratado sobre esta materia. Pero todo esto llevó —como labor previa— muchos años de ejercicio profesional, de docencia universitaria en las Universidades Nacionales de La Plata y de Buenos Aires, de ejercicio de la función pública, de constante lectura de obras y trabajos especializados y, sobretodo, de largas horas de meditación. Así nació mi Tratado de Derecho Administrativo, que se complementa con numerosos trabajos que aparecieron en revistas especializadas”.

Esa manera tan sencilla de dirigirse a los jóvenes relatándoles una parte de su vida para luego pasar a la explicación de los principios y teorías que enseñaba con verdadera fruición intelectual formaba parte de un estilo irrepetible cuyo propósito no era otro que estimular y fortalecer, en su caso, las vocaciones por el estudio científico y sistemático del derecho.

En los años que tuve el privilegio de acompañarlo en la enseñanza en los cursos de grado y en los correspondientes al Doctorado de la Universidad de Buenos Aires pude apreciar sus virtudes humanas, su amor por la docencia y el alto sentido de justicia en el trato con sus alumnos y discípulos.

Todos se sentían como atraídos por el magnetismo que irradiaba su persona y su conducta. Recuerdo que llegaba y que se retiraba de la clase en forma puntual sin faltar prácticamente nunca. Luego íbamos a la Sala de Profesores a departir con otros colegas sobre cuestiones de actualidad, casi siempre jurídicas, para finalizar con la clase de Doctorado, a la que me invitaba a acompañarlo.

En esas oportunidades, asistí a verdaderas lecciones magistrales sobre distintos temas, tanto los clásicos como los novedosos que conforman el Derecho Administrativo, así como a la generación de interesantísimos debates acerca de las cuestiones más opinables que Marienhoff sabía dirigir y provocar con gran inteligencia y capacidad didáctica.

Pero, si lo que acabo de relatar llamaba la atención y distinguía su recia personalidad por encima del común en un ambiente entonces integrado por grandes profesores de derecho, su calidad de jurista sobresalía con tanta fuerza que podría llegar a eclipsar sus demás virtudes, que no eran pocas.

Una síntesis de su pensamiento sobre la naturaleza y estabilidad de nuestra Constitución de 1853 se encuentra en las palabras que pronunció al finalizar su discurso en oportunidad de recibir el premio Bunge y Born. Allí señaló que nuestra Constitución histórica no era "el resultado de una especulación de gabinete, ni mero producto de la imaginación de sus autores, sino una expresión normativizada de nuestra historia, de nuestros sufrimientos y de nuestras glorias" agregando, con expresiones que hoy día parecen proféticas, que ella "ha perdurado hasta hoy con particular lozanía y seguirá perdurando mientras los argentinos continuemos fieles a nuestro pasado, sigamos viviendo en el respeto a nuestras tradiciones, conforme y de acuerdo al verdadero sentido del mandato histórico que nos impulsa hacia el futuro".

Siempre he creído que la obra jurídica de Marienhoff es la más completa, profunda y sistemática que ha producido el derecho administrativo argentino e hispano-americano. Este juicio no obedece sólo a la relación filial que mantuve con mi maestro desde que nos conocimos. Encuentra apoyo nada menos que en la opinión de dos eminentes maestros del derecho administrativo argentino como fueron Rafael Bielsa y Benjamín Villegas Basavilbaso.

En un mundo que suele abusar de los prólogos, quizás parezca extraño que Marienhoff pidiera que le hicieran un solo prólogo, precisamente el que encabeza la publicación de sus tesis doctoral pues el otro, el de su obra cumbre, el Tratado de Derecho Administrativo, le fue ofrecido hacerlo por quien fuera, durante muchos años, su Profesor Titular en la Universidad de La Plata.

Así, en el prólogo al "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", Bielsa llega a calificar esta obra como notable, con un excelente método de examen y discusión, que expone de una manera firme y serena al enfrentar las opiniones disidentes.

En el mes de octubre de 1964, Villegas Basavilbaso, al prologar su Tratado de Derecho Administrativo, tras elogiar las trascendentes creaciones jurídicas desarrolladas por Marienhoff en el tomo primero, llegó a decir que era una obra magistral, "levantada con solidez y jerarquía intelectual".

Su actividad en nuestra Academia fue un verdadero ejemplo, del que dan testimonio sus variadas e ilustradas comunicaciones y conferencias así como la creación y organización del Instituto de Derecho Administra-

tivo que dirigió hasta el día de su fallecimiento y que ha llegado a constituir un excelente semillero de juristas que agrupa a un destacado núcleo de cultores de la disciplina.

A su vez, el perfil de Marienhoff como un humanista, de exquisita sensibilidad y cultura general, era el reflejo de su noble humanidad, desplegada en todas las facetas de su larga vida.

Bajo la apariencia de un ser distante, encerraba un alma generosa y abierta, capaz de brindarse a los que a él se acercaban en busca de ayuda y orientación.

Era admirable verlo actuar encabezando la defensa de un amigo o de un colega injustamente atacados.

Su fuerza moral era notable y exhibía tanta grandeza que uno tenía la impresión que nada ni nadie pudiera dañarlo.

Supo afrontar algunas circunstancias adversas que aparecieron y lo hizo con dignidad y señorío, extrayendo, en todos los casos, una conclusión positiva. Hacia el final de su vida, sufrió una delicada intervención quirúrgica que le privó de poder caminar durante algún tiempo. Su extraordinaria fortaleza y la rígida disciplina que se impuso obraron lo que parecía, a todas luces, imposible y en unos pocos meses pudo entrar de nuevo a la Academia caminando, como él efectivamente me había asegurado que iba a ocurrir al tomar esa difícil decisión.

Esa actitud, reflejada con naturalidad, encierra una profunda lección moral y da cuenta de su grandeza para encarar el infortunio y vencer los obstáculos que se nos presentan, con fe y esperanza.

Gracias a Dios, Marienhoff recibió en vida el reconocimiento público de sus grandes virtudes humanas y méritos académicos. No sólo obtuvo los premios de mayor jerarquía científica que se disciernen en nuestro país por su obra doctrinaria sino que fue designado Profesor Emérito por la Universidad Nacional de la Plata, además de nominaciones como Profesor Honorario de distintas universidades argentinas y del exterior.

La condecoración con que lo distinguió el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá y el acto académico que organizó en su honor la Universidad de Río de Janeiro, ambos en la década del setenta,



vinieron a confirmar, entre otros acontecimientos, la proyección del prestigio que alcanzó la obra de Marienhoff en Latinoamérica, máxime en una época en que el intercambio jurídico no había alcanzado la magnitud que exhibe en la actualidad.

El olvido es una de las peores injusticias y los pueblos que olvidan su historia —y a sus grandes hombres— pierden el sentido que articula la Nación, terminando por extraviarse por caminos erróneos de los que cuesta mucho después apartarse para retomar la senda correcta.

Por esa causa, este homenaje a mi querido e inolvidable maestro resulta, en las actuales circunstancias, tan justo como oportuno, pues su figura, que fue una de las que alcanzó mayor trascendencia doctrinaria en el derecho público argentino de la segunda mitad del siglo pasado, merece ser permanentemente tan recordada como su vida, que constituirá siempre un ejemplo para las futuras generaciones. ♦

# HOMENAJE AL ACADÉMICO DOCTOR MIGUEL S. MARIENHOFF

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (\*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. El académico. — III. El Procurador del Tesoro de la Nación. — IV. Marienhoff y La Patagonia. — V. El maestro.

## I. Introducción

El homenaje a Miguel Santiago Marienhoff, que le rinden esta tarde, las tres Academias Nacionales que integró, al cumplirse cien años de su nacimiento, es el reconocimiento, a un argentino ilustre, por los servicios que prestó a su país, con amor y talento, con desprendimiento y conducta, con sacrificio y entereza, valores que lo califican como un auténtico arquitecto intelectual de nuestra nacionalidad.

## II. El académico

La Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en cuya representación habló, por disposición de su Presidente, doctor Carlos Valiente Noailles, lo contó entre sus miembros de número preclaros, y lo honró en diciembre de 1997, al nombrarlo Académico Honorario en mérito —reza la resolución— a "...la magnitud, calidad y trascendencia de la obra científica realizada por el doctor Marienhoff en el campo del derecho público".

Presidió la Corporación, entre el 11 de marzo de 1989 y el 15 de abril de 1991, con la autoridad, el equilibrio y el señorío que irradiaba su personalidad. Como Académico Secretario de la Mesa Directiva, puedo dar testi-

---

(\*) Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje al doctor Miguel S. Marienhoff, el 14 de agosto de 2003.

monio de la dedicación que prestaba a su cargo, el interés con que acogía la multiplicidad de trabajos que se originan en una academia interdisciplinaria, y la información que requería constantemente, sobre su desarrollo o concreción. Los Anales de la Corporación, en el lapso de su Presidencia, dan cuenta del acrecentamiento incesante y progresivo, que se registra en los institutos, seminarios, conferencias y publicaciones, y en el campo de la investigación, llevada a cabo por muchos de sus miembros, Titulares y Correspondientes.

En el otoño de 1972, el doctor Marienhof, se incorpora a la Academia Nacional de Ciencias. Lo recibe en nombre de la institución el doctor Isidoro Ruiz Moreno "...los trabajos del doctor Marienhoff —dice— son el resultado de estudios prolongados. De ahí la claridad de sus ideas y la justeza de sus conclusiones. Todo lo que afirma es el fruto de un análisis profundo con prosa diáfana y precisa. Como expresión de su competencia".

Esa competencia la revelaban, ya, su múltiple obra escrita para esa época, las distinciones y premios que la misma recibía, y la aparición de los primeros tomos de su Tratado de Derecho Administrativo, que recibiría el Premio Nacional de Derecho y Ciencias Políticas.

En su conferencia de incorporación, aborda un tema singular, "Responsabilidad extracontractual del estado" y advierte que lo hace, porque dentro del Derecho Público es una materia aún no estructurada definitivamente y sobre la cual las "soluciones doctrinarias propuestas deben ser modificadas o retocadas", y agregaba "Nada más adecuado que una disertación en una Academia de Ciencias para exponer y proponer nuevas ideas que reemplacen a las que se consideren improcedentes o inadmisibles por anticientíficas o inconvenientes; todo eso encuadra en la razón de ser de una Academia de Ciencias".

La capacidad creativa de Marienhoff en el campo del derecho público, y su preocupación en la metodología aplicada, particularmente en el derecho administrativo, se pone de manifiesto en la revelación de los matices que presenta el funcionamiento del Estado a través de sus tres departamentos esenciales del Gobierno, al actuar como Administrador (Poder Ejecutivo), como Legislador (Poder Legislativo) o actuando como Juez (Poder Judicial) y la responsabilidad extracontractual consiguiente que pueda generar, con relación a los daños, derivados por el comportamiento de los mismos, fueron expuestos, en esta conferencia de presentación

con el ordenamiento lógico y conceptual, que Benjamín Villegas Basavilbaso, advierte en toda la obra de nuestro homenajeado.

Así comenzó su accionar en la Academia Nacional de Ciencias.

Tenía para sí como un imperativo, destacar la importancia del método aplicable a la ciencia del derecho, porque su elección no puede quedar al arbitrio del investigador (T. de D.A. - t. I-A p. 323), debe corresponder a la índole de la materia u objeto de la investigación o estudio. "Las ciencias modernas, —sostenía—, se basan en general, en datos externos, producto de la experiencia y sobre tal base elaboran las nociones teóricas". En ese orden de ideas, participaba de la opinión de que sus verdades son fundamentalmente objetivas, lo que incide "al formular las respectivas conclusiones so pena de hacer afirmaciones falsas y sin valor, ajenas a la realidad". "El Método Jurídico", "Dogmático o lógico" es a su juicio, el aplicable al Derecho Público, y en particular al derecho administrativo, al posibilitar, por medio de la "inducción", extraer de la variedad de fenómenos, que constituyen expresiones de aquel derecho (constituciones, códigos y leyes especiales), los principios generales que constituyen los elementos básicos de cada ciencia (T. de D.A. - t. I-A, p. 329). "La deducción", permitía, luego, aplicar a los casos concretos, la consecuencia de los principios absolutos o puestos de manifiesto mediante la inducción" (op. cit. p. 329). Este segundo paso, es a su juicio fundamental, porque posibilita la resolución de casos nuevos no previstos en textos impresos.

Pero esta permanente preocupación de presentar el derecho como ciencia, su diferencia con la técnica y el alcance del pensamiento jurídico científico orientado a lo teórico y doctrinario, motivó que el doctor Jorge Aja Espil, en su brillante conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, el 15 de abril de 1996 (Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, T. XXX, p. 52) sobre "Ubicación del derecho en el universo de las ciencias" citara la posición del doctor Marienhoff, en lo que denominó "Doctrina o derecho científico" en la que acepta que la opinión, de prestigiosos jurisconsultos pueda ser fuente de derecho "El nos recuerda, —dice Aja Espil— la grandeza de los juristas romanos que llegaron a darle vuelo inusitado al dominio del Derecho, mostrando pragmatismo ennoblecido por la rigidez de su lógica".

Días pasados el Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, doctor Jorge R. Vanossi, en una comunicación en el seno de esa Academia, sobre el tema "Ciencias duras y ciencias blandas" expresó:

"Hoy en día las disciplinas "humanistas" son tan duras como las matemáticas, como la física y como la química. ¿Por qué?, si la dureza se la asienta en el rigor de los procesos de investigación y del conocimiento, habría que concluir en el sentido de la paridad de todas las ciencias, tenidas o reconocidas como tales".

Con que placer intelectual, pienso, habría compartido el doctor Marienhoff esta ilustrada y fundada opinión del doctor Vanossi, en la materia.

Al cumplirse en octubre de 1985 el cincuentenario de la Academia, su Presidente, el doctor Marienhoff, pronunció en la Sociedad Científica Argentina, una conferencia que tituló "Las Academias Nacionales. El cincuentenario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Universidad y Academia", llamada a tener suceso y a contribuir con otro aporte importante en el derecho administrativo.

Tras una relación histórica del origen y aparición de estas corporaciones, hace Marienhoff un pormenorizado análisis de las fundaciones de las Academias Nacionales, y establece su origen, señalando sus diferentes circunstancias. La Academia de Ciencias de Córdoba se crea por la visión extraordinaria del Presidente Sarmiento, que a raíz de una proposición del doctor Germán Burmeister, obtuvo del Congreso de la Nación, la sanción de la ley 322 (Adla, 1852-1880, 489), promulgada por decreto del 11 de septiembre de 1869, refrendado por su Ministro de Justicia e Instrucción Pública, doctor Nicolás Avellaneda, que autorizada la contratación de profesores extranjeros, especialistas, y es precisamente, a ese mismo grupo de hombres de ciencias, que por un proyecto de ley del año 1872, se los designa como Académicos de Ciencias. Salvo este caso, el doctor Marienhoff, sostiene que las academias que atribuyen su existencia en forma inmediata a 1810, deban investigar sus fundaciones puesto que las academias antiguas la tienen en virtud del decreto de 1906, que aprobó un nuevo estatuto para la Universidad de Buenos Aires, que dispuso separar las academias de los consejos directivos de las facultades, de modo que los miembros de aquéllas eran vitalicios, y los de los Consejos Directivos temporarios; y ¿por qué? Porque un decreto de marzo de 1874 del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires distinguía los miembros académicos, de los honorarios en las Facultades de la Universidad de Buenos Aires, presididos cada cuerpo por un Decano. Cabe aquí advertir que, con anterioridad al decreto de 1906, el Gobierno de las Facultades lo ejercían los académicos, funciones de las que son investidos luego, los Consejos Directivos.

El Presidente Alvear, por decreto del 19 de noviembre de 1923, al aprobar una nueva reforma del Estatuto de la UBA, separa las academias de su ámbito en la universidad, les concede autonomía, les reconoce su existencia anterior y las faculta para adquirir personería jurídica de acuerdo a los principios generales del Código Civil.

La conferencia a que aludo, marcó un hito en la actividad de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, ya que al conmemorar su cincuentenario en 1985, removía posiciones sostenidas por otras academias acerca de su inicio. Antes de traer a colación —en esa circunstancia— el decreto-ley 4362 del 30 de noviembre de 1955 (Adla, XV-A, 610), que al restablecer el funcionamiento de las academias nacionales, les reconocía su carácter de “asociaciones civiles”, el doctor Marienhoff observó la naturaleza de esta personería jurídica.

Las academias nacionales —dice— no son simples “asociaciones civiles” de tipo común, sino personas jurídicas públicas no estatales, sus fines son públicos o de interés general, aunque sin confundirse con los fines específicos del Estado. Rescató así la doctrina de los administrativistas rioplatenses, de los que formó parte, que distinguen la persona pública estatal, de la persona pública no estatal, subclasificación reconocida más tarde por la Corte Suprema de Justicia, y obviamente, las academias, a su juicio, revisten este último carácter.

No voy a detenerme en las explicitaciones que desarrolló, pero sí voy a señalar que este aporte unido, al histórico antes referido, y al paralelo que estableció entre la Universidad y la Academia, recordando similitudes y diferencias, casó impacto, y fue motivo de interesantes cambios de opiniones entre miembros de aquellas entidades. Hoy la tesis expuesta por el doctor Marienhoff, hace dieciocho años, es ampliamente aceptada y nadie duda de la naturaleza jurídica de nuestras corporaciones de “personas públicas, no estatales”; lo que urge es un pronunciamiento del Congreso de la Nación, que incluya en nuestra normativa aquella subclasificación de personas jurídicas y que permita a las academias adecuar a la misma sus estatutos.

Sus intervenciones en nuestro quehacer constituían un magisterio permanente. La claridad conceptual, el dato preciso o el enfoque científico novedoso, despertaba en los plenarios no sólo un renovado interés, sino que a veces lo originaba, atento a que sus colegas, por la naturaleza interdisciplinaria de la corporación, provenían de diversas y a veces distantes especialidades.

En ocasión de una entrega de premios de la Academia, el jurado los había acordado a dos trabajos; uno dedicado a "Alejandro Korn y su labor en el campo de la filosofía" y el otro a la "Presencia de la cultura inca en el Noroeste argentino". La versación que evidenció el doctor Marienhoff —en la apertura del acto— en tan distintos temas sorprendió. Su cálido homenaje a Alejandro Korn, a quien calificó de esclarecido pensador, siempre reconocido en los ámbitos culturales, fue seguido de una pormenorizada descripción de la civilización incaica en Mendoza y en todo el noroeste argentino, con la precisión de un especializado.

Describió acueductos, recordó la construcción del famoso "Puente del Inca" en el camino a Chile desde Mendoza, y señaló la influencia espiritual a través del lenguaje originario, que aún perdura en esas regiones: Asombra —dijo— la vigencia aún hoy de voces de ascendencia quechua, comunidad indígena, sojuzgada por los incas, así como la de otros grupos indígenas también sometidos a esa civilización, como los huarpes. Con respecto a la permanencia hoy de vocablos indígenas, recordó que los huarpes tenían una palabra —"chesche"— que designa un muy particular pelaje de caballos, que aún se usa para distinguirlos, y que a él le había sido dado comprobar, al observar dos caballos de ese pelaje, uno en Mendoza y otro en Santa Cruz. Recordó que en Mendoza, la próspera región denominada Guaymallén, es una voz que responde a un Jefe huarpe, y cuando aún hoy en esa provincia, a un niño de corta edad, se lo llama "huahua", se está utilizando una voz quechua, palabra transmitida por los "huarpes" a través de los cuales ha llegado hasta la actualidad.

Recuerdo, esa tarde del 15 de diciembre de 1988, por el asombro que motivó en la concurrencia y por la profunda emoción que creó entre los amigos y colegas que lo escuchábamos, la sabiduría de este gran argentino, en la que el talento surgía en razón inversa a la natural modestia con la que lo expresaba.

### III. El Procurador del Tesoro de la Nación

Procurador del Tesoro de la Nación, su rigor en el análisis de los asuntos que el Poder Ejecutivo le sometía, su extraordinario dominio del derecho y la versación con que sustentaba sus opiniones, originaban en el seno del gobierno, al que asesoraba, respeto y acatamiento. De ello puedo dar testimonio por haber formado parte de la misma administración. Su presencia y acción en aquel alto organismo del Estado marcó pautas y estableció precedentes de renovada vigencia en sus dictámenes hasta hoy.

Tuvo oportunidad de demostrar así, su criterio innovador, al establecer una distinción entre “declaración de inconstitucionalidad” y “abstención de aplicar una norma que se repunte inconstitucional”.

La Procuración del Tesoro había considerado desde antiguo, que el Poder Ejecutivo deberá ejecutar la ley aun cuando la estimara inconstitucional. El doctor Marienhoff, en cambio, en este notable precedente, al destacar aquella distinción, sostiene que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional y, de no ejercerlas, transgrediría el orden normativo instaurado en el artículo 31 de la Constitución Nacional (v. Dictámenes 84:102). Esta fue su impronta y este fue el respeto que allí despertó.

#### IV. Marienhoff y La Patagonia

No puedo silenciar mi admiración personal por esa época de su vida.

Se gradúa de abogado en la Universidad de La Plata en 1927, y en 1928, ya está en Río Gallegos, entonces una pequeña ciudad de diez mil habitantes y cabecera del extenso Territorio Nacional de Santa Cruz.

Comenzó de inmediato a ejercer la profesión, pero simultáneamente es el observador sagaz, que se sustancia con el medio, hasta devenir en un verdadero hombre patagónico. Años después no vacilará en manifestar “...recia es la estructura moral para sobrevivir, allí, sin claudicaciones...”

Esa reciedumbre, que advierte en los oriundos, constituirá la fuerza que regulará su conducta en el medio.

El joven abogado deviene en un pionero. Admirador de las razas autóctonas, cuestionará las duras condiciones a que habían sido sometidas. Propagador de sus culturas ancestrales, compartirá la opinión de Francisco P. Moreno y Florentino Ameghino, que las consideraban superiores a la de los indios de las llanuras bonaerenses.

Pronto en el medio, su acción trascenderá a la del hombre de derecho. Transitará una y otra vez las huellas patagónicas, y en su estancia “La Verde”, de Gobernador Gregores, será un dinámico y progresista productor.

Su inquietud intelectual no se detenía. Su conocimiento en el campo de la paleontología y la antropología unido al de las razas, —como se ha



dicho—, que habitaban esas regiones, le motivaban en la Academia animadas intervenciones, que eran verdaderas lecciones, recibidas con vivo interés. Las pinturas rupestres que aparecieron en cavernas de la zona, también habían sido objeto de su aguda observación, y sus conclusiones las transmitía con la naturalidad, y claridad conceptual que le eran propias.

Precisamente, nuestra distinguida colega académica, e integrante de la Sección Historia, Sociología y Antropología de nuestra corporación, doctora Amalia Sanguinetti de Bórmida, al dar razón del interés del doctor Marienhoff por estos temas, nos hizo conocer una publicación del año 1949, que da cuenta sobre una excavación llevada a cabo en la referida estancia "La Verde", por los profesores doctores Imbelloni y Bórmida, en donde se hallaron restos óseos de los "Guenema - Kéne", antecesores remotos de las tribus tehuelches que habitaban el lugar.

Llegó a la Patagonia, en época de las sendas, las transitó, fue testigo del advenimiento de los caminos y del avión, —en 1930—, transitó también los caminos, y voló en los precarios aviones de Air France, para trasladarse a Buenos Aires, y concurrir luego a La Plata a dictar sus clases, ya profesor de la Universidad homónima.

Sus vivencias patagónicas le originaron una profunda admiración por el Perito Franciso P. Moreno, cuyos libros citaba y cuya lectura, sobretudo el titulado "Viajes a la Patagonia austral - 1876-1877", recomendaba.

Como presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires firmó el 8 de diciembre de 1988, una enérgica solicitada, publicada en los diarios de ese día, deplorando una resolución de la Universidad del Comahue, que cambiaba el nombre de Perito Francisco P. Moreno de su Aula Magna, por el de "Presidente Salvador Allende". La Academia en esa circunstancia expresó "...su más severa reprobación por tal inconulta como incomprensible actitud".

Sentía por el prócer patagónico la emoción que se experimenta en la emulación de una meta común, la integración plena de la Patagonia a la Nación Argentina.

El doctor Marienhoff, que fue un verdadero pionero, no sólo llegó a verlo, sino que apoyó con su alto asesoramiento jurídico, el asentamiento en una ciudad patagónica, de un emprendimiento industrial, que se con-

vertiría en un polo de desarrollo en la región. Eso le valió, las críticas de hombres pequeños, que asumió con grandeza, y que el tiempo y la sucesión de los acontecimientos, hicieran justicia sobre aquel apoyo jurídico que prestó. Por eso, su presencia en la Patagonia austral, hasta el fin de sus días, exalta aún más su vida ilustre.

#### IV. El Maestro

Profesor emérito de la Universidad de La Plata, "...en cuyas viejas y queridas aulas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, —dijo—, aprendí y enseñé Derecho", al dedicarle su "Tratado de Derecho Administrativo", que obtuvo el Primer Premio Nacional de Derecho y Ciencias Políticas.

Doctor en jurisprudencia. Su tesis sobre "Régimen y legislación de aguas públicas y privadas" fue premiada por la Universidad de Buenos Aires.

Al cumplir noventa años, en 1993 va a recibir el reconocimiento de la comunidad, como quien honró la ciencia jurídica hispanoamericana y como arquetipo de conducta moral, que supo, porque era un maestro, transmitir a la juventud un mensaje, el de su propio modelo, formado en la disciplina del trabajo, y con la nobleza de ideas y sentimientos de los que tienen auténtica vocación de servicio, con su país y sus semejantes.

El Senado de la Nación le rinde homenaje, por iniciativa del senador y académico, doctor Juan R. Aguirre Lanari, quien en un vibrante discurso pide reconocimiento de ese alto cuerpo al Maestro por su cooperación prestada en beneficio de la ciencia jurídica argentina y al afianzamiento de las instituciones fundamentales de la República.

La Corte Suprema de Justicia hace lo propio en un acto en el que el doctor Marienhoff es invitado a dar una conferencia, en su sala de audiencia, la que versará sobre "La acción popular" y a su término, su Presidente le entrega una placa y resalta su esfuerzo permanente en pro del derecho y de la justicia.

El gobierno porteño lo declara "Ciudadano Ilustre de la Ciudad de Buenos Aires" y el Rotary Club de Buenos Aires le entrega su alta distinción, el "Laurel de Plata" al jurista más destacado durante 1993. Al izar la bandera en esa ocasión, le expresa al presidente de la institución; "Gracias por invitarme a izar la bandera, es el mayor honor que puede recibir un ciudadano argentino". Muestra acabada de su patriotismo.

Si se analiza el alcance de su trabajo intelectual, se advierten las dos vertientes de su singular personalidad, en la que se confunden la paciencia que reclamaba Buffon con el pensamiento fijo, imperturbable y paciente que señalaba Newton.

Su obra participa del carácter en el que coexisten el investigador y el creador. Al gran jurista, lo conmovía también la observación de la naturaleza, azuzado por la contemplación de los renovados fenómenos patagónicos.

El hombre de ciencia, —que lo era—, desvelado por encontrar la verdad, sabía también como Karl Popper, que esa verdad era precaria porque la ciencia es falible y que su modificación ineluctable marca la limitación de nuestra condición humana.

Precisamente, Osvaldo Loudet, otro gran maestro, al sostener que la idea y el sentimiento regulan la conducta y que la conciencia moral es interdependiente de la conciencia científica, recuerda el pensamiento de Poincaré: "La verdad científica y la moral no se las puede separar, el que ama la una no puede dejar de amar la otra".

La labor intensa que desarrollará a lo largo de su fecunda existencia, trasunta su pasión y su reciedumbre moral, aquella reciedumbre moral que exaltaba en los hombres australes, y que demuestra, como propia, cuando en sus últimos años es probado con las duras contingencias que nos depara la Providencia.

Multiplió sus fuerzas, actualizó su Tratado de Derecho Administrativo, y participó de nuestras reuniones académicas con la serenidad con que supo superar los obstáculos en las lejanas y duras condiciones de vida del sur.

Fue un maestro, su entrega al país y la contribución a su grandeza, lo hicieron protagonista de circunstancias, a las que Borges calificaría como actos de fe demostrativos de argentinidad.

Es el mensaje que trasunta su obra, por eso esta tarde, al rendirle homenaje, sus colegas académicos le presentamos testimonio de admiración y agradecimiento por lo que significó su magisterio para la cultura y la juventud de la patria. ♦

## HOMENAJE AL ACADÉMICO DOCTOR MIGUEL S. MARIENHOFF

POR CARLOS MARÍA BIDEGAIN (\*)

Señor Presidente: La Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas me ha conferido el honor de representarla en este acto de homenaje al doctor Miguel Santiago Marienhoff, quien fue miembro titular de esa Corporación durante casi un cuarto de siglo. Su muerte, el 20 de marzo de 1994, ha mudado la fisonomía de este homenaje, que estaba en el ánimo de todos, rendirle en un ambiente festivo, con su presencia, al cumplirse el centenario de su nacimiento, ocurrido el 5 de agosto de 1903. No ha podido ser de ese modo, sino con nuestra memoria cercana de su presencia.

5 de agosto de 1903: la mención de la fecha provoca estremecimientos en muchos de nosotros, apenas ubicamos ese día en la historia de nuestra nación. Entonces caemos en la cuenta que Marienhoff, con quien, casi ayer, conversábamos en nuestra sede, de quien conservamos tantos recuerdos tibios, el eco de su voz, de sus razonamientos que solía exponer con gran fuerza de convicción, él, descubrimos, empezó a compartir su vida en un marco de hechos nacionales, un día en que el General Julio Argentino Roca, presidía esta república, y en el que, en la dialéctica política cruzaban sus floretes y espadas, cuando no en terrenos de acción con otras armas más contundentes, ese y otros hombres con nombres legendarios, tales como suenan en los oídos de la mayoría de los argentinos de hoy, los de Bartolomé Mitre, Carlos Pellegrini, Bernardo de Irigoyen, Manuel Quintana, José Figueroa Alcorta, Roque Saénz Peña, Hipólito Yrigoyen, y otros que se repiten en la nomenclatura de ciudades, pueblos, calles, monumentos. 100 años ¡Un siglo! "Apenas el tiempo de un suspiro", deshace nuestro asombro Vargas Llosa. Pero cuánta historia transcurrió

---

(\*) Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje al doctor Miguel S. Marienhoff, el 14 de agosto de 2003.

en el tiempo desde su nacimiento hasta el último suspiro que exhaló Marienhoff el 20 de marzo de 1998, después de soportar fuertes desgracias, sin ganas ya de hacer llegar su vida a la meta de un siglo.

La dimensión que su personalidad adquirió por su obra científica y su calidad humana ha sido expuesta por los oradores que me precedieron en el uso de la palabra. Por mi parte, trataré de recuperar en este acto un momento muy singular en la vida de Marienhoff, saltando mojones que fueron acumulándose en su historia —títulos, cátedras universitarias, libros, artículos, proyectos de códigos y leyes, conferencias, cargos académicos y administrativos, premios, honores— para centrar mi exposición en el discurso que pronunció el 22 de agosto de 1972, cuando la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, abría sus puertas de par en par para escuchar su discurso de incorporación a su elenco de Académicos de Número. Es una pieza no muy conocida de su copiosa obra total, que tiene la particularidad de exhibirlo tanto en su inquietud constante de hacer aportes novedosos a la ciencia del derecho, cuanto en su inquebrantable acción por la vigencia del derecho, aun en las circunstancias más desfavorables.

El tema de su disertación fue: "La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: fallos estelares y fallos perfectibles". Con la última parte del título advertía el orador al auditorio que su pretensión no era "sistematizar" toda la jurisprudencia de la Corte. "El detenido y sistemático análisis de toda esa inmensa cantidad de fallos de la Corte Suprema llevaría años, quizá una vida", les dijo. Y les confió su convicción de que "una de las misiones más nobles del jurista consiste en analizar las soluciones legales y jurisprudenciales que se den o se propongan, haciendo resaltar sus aciertos y las deficiencias teóricas o conceptuales, para que sean subsanadas". A fin de propulsar el adelanto del derecho —agregó— "su labor es esencialmente de crítica constructiva, y tiende al establecimiento de fórmulas o soluciones jurídicas que, interpretando la realidad, respondan a una lógica impecable".

La parte central de su discurso la dedica a su selección de un número de fallos del alto tribunal que considera "estelares" y de otros que estima "perfectibles". Se apresura a señalar que su selección "tiene mucho de subjetivo". Su especialidad en temas del derecho administrativo hizo prever que muchas de las líneas jurisprudenciales examinadas se refirieran a cuestiones de esa disciplina, en su angosta relación con el derecho constitucional.

Valoró la importancia de la labor del alto tribunal en algunos casos puntuales en los que le tocó actuar profesionalmente, y en conjunto, la calificó

como una "benéfica influencia" para la vigencia del derecho en este país, sin dejar por ello de apuntar que, como ocurre con toda obra humana, dista de ser perfecta. Puntualizó en ella una distinción entre sus "fallos estelares" y otros que calificó de "perfectibles", ejemplificando unas y otras especies con citas de la jurisprudencia del tribunal.

Esta clasificación valorativa, le sirvió a Marienhoff para cumplir su difícil propósito de presentar un cuadro ordenado de una porción del abrumador contenido de la colección oficial de fallos de la Corte, que hacia la época de su discurso abarcaba 281 volúmenes, sin otro objetivo que presentar su propio análisis crítico de la jurisprudencia del Alto Tribunal, principalmente en temas importantes del derecho administrativo. Por supuesto, podrán otros adoptar o no esa clasificación para que cada uno realice su propia estimación de esa jurisprudencia.

Llegado a ese punto, Marienhoff arrima a esos aspectos, digamos fríos, doctorales, de su discurso, elementos cálidos de su vida, cuando empezaba su aventura de flamante abogado.

Quienes pasamos, como él, por la alegría del día en que aprobamos la última materia de los estudios de abogacía, recordamos el gusto agrídulce de las sensaciones del día siguiente, cuando tomamos conciencia de que se iniciaba otra etapa, más incierta, de mayores responsabilidades, abierta a una cantidad de opciones e interrogantes. En esa encrucijada del camino, Marienhoff prefirió seguir por una senda muy difícil.

Puede hoy parecernos y hasta aconsejable cambiar las comodidades que ofrecen Buenos Aires y otras ciudades del país, por algunas ventajas que proponen las provincias de Santa Cruz y de Tierra del Fuego. Aunque en ellas el clima sigue siendo inclemente en buena parte del año y son incomparables las ofertas culturales de otras zonas, son hoy muchos los que encuentran compensadas esas ventajas del centro y del norte del territorio argentino, por las singulares bellezas naturales de esas regiones: los cielos abiertos, la pureza del aire, el más tiempo disponible para el goce de la vida familiar, de las reuniones con amigos, la más fácil expansión de otras vocaciones, las escuelas limpias y tranquilas, la mayor seguridad, en pocas palabras, la vida sana y sencilla. Si hoy hasta puede uno desde allí llegar a ser Presidente de la Nación.

Pero eran muy otras las condiciones de vida que ofrecía la Patagonia cuando Marienhoff llegó a Río Gallegos.

Nadie mejor que él pudo contar en su discurso lo que encontró, con ese su lenguaje claro y grato para sus oyentes, cuando asumía espontáneamente el centro de las conversaciones y relataba hechos vividos por él durante esa etapa joven de su vida. En 1974 relató a quienes llenaban la sala de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, lo que era nuestro Lejano Sur. "Adviértase"—les dijo—"que me refiero a la Patagonia austral de hace 45 años atrás, la etapa de leyenda que cubre cierto período del desarrollo del Sur; etapa de leyenda llena de verdades, pero más llena de grandes falsedades e injustas imputaciones".

Avivado el interés de los oyentes, tal cual desde tiempos inmemoriales se viene contando historias de sucesos ciertos o imaginarios, siguió diciendo la suya Marienhoff: "En aquella época, que conocí personalmente"—subrayó que lo que les diría no era un cuento—"Santa Cruz y Tierra del Fuego aun se hallaban materialmente separadas del resto de la república: no había caminos carreteros, los barcos iban una vez por mes y el servicio aéreo recién se insinuaba. Los aviones, entonces pertenecientes a la Air France, eran conducidos por pilotos que hoy integran, a la faz del mundo, la legión de la aeronáutica gloriosa: Antoine de Saint-Exupéry y Jean Mermoz; después vinieron los argentinos Rufino Luro Cambaceres, Próspero Palazzo y otros, que también inscribieron sus nombres con letras de oro en el turbulento cielo de la Patagonia".

En ese medio inhóspito, a él, joven abogado, que tenía intacta la visión inscripta en su espíritu acerca de la misión predicada por von Thering de la lucha por el Derecho, más que el frío, los vientos, las humildes condiciones de vida que entonces soportaban la gente en el Sur, lo lastimó comprobar que allí prevalecía un descarado desdén por el orden jurídico, uno de los mayores avances del mundo civilizado. "En aquella sociedad áspera"—agregaba—"imperaba un sentimiento de burla hacia la ley. Los principios jurídicos rectores no estaban muy divulgados... las autoridades públicas locales, dada la enorme distancia que los separaba del gobierno central, actuaban con gran discrecionalidad".

El joven abogado, llegado de una civilización de molde europeo, se propuso y encontró otros colegas con la voluntad firme de corregir esa situación. "Allí no llegaba"—dijo—"el efecto saludable de la serena y firme actuación de la Corte Suprema". Hasta ella quisieron llegar, y llegaron a su sede frente a la Plaza Lavalle, recorriendo la distancia de 2800 kilómetros al norte, y encontraron respuestas que produjeron un cambio en la conducta de la gente: empezaron a leer con más respeto la Constitución Na-

cional y se convencieron que contra los actos de las autoridades locales que vulneraban sus derechos y principios fundamentales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación existe para escuchar sus quejas y restablecer la plena vigencia de aquellos: que ese tribunal tiene brazos tan largos, que alcanza a todos los lugares del territorio de la nación, desde La Quiaca hasta la Antártida.

En esa parte del discurso ilustra su epopeya patagónica, con la cita de tres casos que exhibió con orgullo. El primero, en orden cronológico, se refiere a hechos ocurridos en 1928 en el desértico paraje de la entonces Gobernación de Santa Cruz, del hoy llamado Lago Perito Moreno. Un puestero chileno, en su recorrida a caballo por una sección de la estancia a su cuidado, se encontró con 4 jinetes que corrían a unos potros. Al ser interpelados, uno de ellos se le fue encima con el caballo, esgrimiendo en alto el rebenque tomado de la lonja; el puestero desenfundó su revolver y lo mató. El cónsul chileno pidió a Marienhoff que defendiera a su compatriota. Condenado en primera instancia a 2 años de prisión, la Cámara Federal de La Plata elevó la pena a 12 años: la Corte lo absolvió. "Pienso" —remata su relato— "que las sencillas gentes del lugar se habrán sentido tranquilas al saber que la Corte Suprema de Justicia de la Nación velaba por sus derechos esenciales" (caso "Mora, Guillermo", Fallos t. 166 p. 5).

En el segundo caso, de 1930, Marienhoff intervino en el carácter de Fiscal especial. Dos chilenos jóvenes, viajaban a caballo de Río Gallegos a Punta Arenas. Eran amigos desde la infancia, regresaban a su tierra, con dinero, buena ropa, y excelentes perros ovejeros, pero en pleno desierto, uno de ellos, el que había invitado a su amigo a viajar juntos, aprovechando que este se había bajado del caballo para abrir una tranquera, le disparó un tiro de revolver, le cortó la cabeza, y la ocultó en la nieve, robándole el dinero, la ropa y los perros. Marienhoff, consiguió que la Corte Suprema elevara la condena impuesta por la Cámara Federal y, haciendo mérito de los agravios del fiscal, impuso al asesino la pena de reclusión perpetua. Otra vez, subraya Marienhoff, la gente de la Patagonia se enteró de la fuerza de la ley por sobre la de los hombres, en una sociedad civilizada, sin otra protección que la de la Constitución, de la ley y del sistema judicial que las aplica con equidad.

En el tercero de esos casos, de 1935, Marienhoff llegó hasta la Corte Suprema en un pleito en que el monto discutido era de apenas dos pesos moneda nacional, pero, enfatiza Marienhoff "los principios jurídicos en juego eran de incalculable valor". El juez de paz condenó a la compañía



demandada que prestaba el servicio de alumbrado público de Río Gallegos, y contaba con su asistencia letrada. Contra ese fallo por la vía directa del recurso extraordinario llegó hasta la Corte. "Posiblemente" —dijo— "este fue el primer recurso de esa índole promovido en Santa Cruz y Tierra del Fuego". Tanto el Procurador General de la Nación como la Corte, por unanimidad, se pronunciaron confirmando sus puntos de vista acerca de las limitaciones jurídicas al ejercicio comunal del poder de policía. Con justificable orgullo pudo decir: "Fue un fallo trascendente que hoy es citado con frecuencia por los tratadistas en sus libros y los profesores de derecho en sus cátedras. Recuerdo que esa sentencia contribuyó en mucho a que en aquella lejana localidad comenzara a pensarse seriamente en el valor de los principios y el respeto que les es debido" (caso "Carlos Cadogan c. Compañía de Alumbrado Eléctrico de Río Gallegos", Fallos, t. 173, p. 65).

Era al comienzo de su carrera, concebida como un deber de servicio de justicia. Le quedaba mucho más por hacer, y el novel abogado que llegó a Río Gallegos en 1926, desde allí empezó a cimentar una fama que trascendió los límites de la Patagonia, y hoy ocupa un sitio de honor en el escenario amplio de todas las facultades de derecho del país y de otros ámbitos más lejanos por los que transita la actividad jurídica.

La parábola de los talentos en el Evangelio de San Mateo (cap. 25 versículo 30) inspiró a Borges un hermoso poema ("Mateo, XXV, 30", de su libro "El mismo, el otro", 1953). La parábola narra el cuento del amo que, debiendo ausentarse de su finca, confió a sus tres servidores, según su capacidad, a uno 5 talentos, a otro 2 y al último 1, instruyéndolos que tenían que hacerlos fructificar. A su regreso, el más inteligente y activo, el de los 5 talentos, los había convertido en 10; el segundo, el de los 2 talentos, también los había doblado; el tercero mostró al amo el único talento recibido: lo había enterrado en un hoyo, asegurando así su devolución, pero olvidando su deber de hacerlo fructificar. El amo echó de su finca a éste, después de recriminarlo por su pereza. Borges, asumiendo la culpa del holgazán, termina ese verso con el reproche de "una voz infinita", en el Juicio Universal, que le dice: "...has gastado los años y te han gastado / y todavía no has escrito el poema".

Los 94 años que vivió Marienhoff gastaron sus fuerzas físicas; es ley inexorable de la vida. Pero no gastó los años de vida concedidos y él sí que escribió su poema. El abogado maduro que recibió su saber —los 5 talentos de la parábola bíblica— de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

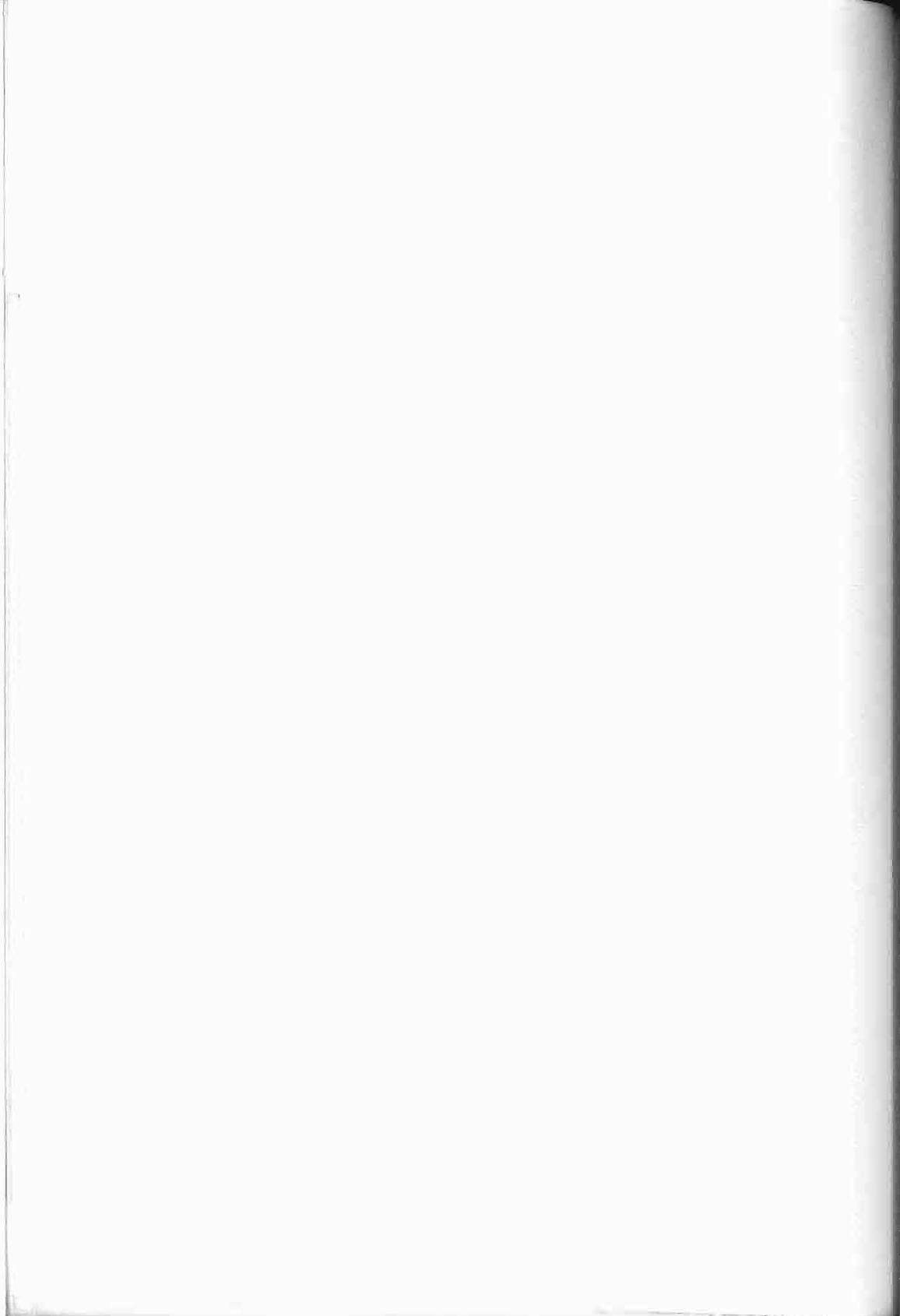
de la Universidad de La Plata, se los devolvió doblados en su obra principal, el "Tratado de Derecho Administrativo". En el frontispicio dedica su obra: "A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, en cuyas viejas y queridas aulas aprendí y enseñé Derecho". Nos ha dejado, más allá de su muerte, ese y muchos más frutos perdurables de su obra jurídica, y en la mente y en el corazón de sus familiares, amigos, colegas, colaboradores, alumnos, el agradecimiento y el recuerdo cálido de sus valores humanos.

La Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas se une a todos ellos en esos sentimientos y deja constancia por mi intermedio de su reconocimiento por los aportes de su labor científica y de su ejemplo que en ella dejó el doctor Miguel Santiago Marienhoff. ♦

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

V

DECLARACIONES Y DICTAMENES



## DECLARACIÓN

### PROYECTO DE CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE UN TRAMO DE LA AVENIDA SARMIENTO POR AVENIDA ROSAS

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires cumple con el deber que le impone la defensa y preservación de los valores superiores de la Nación, haciendo público su rechazo al lamentable proyecto de sustituir el nombre de Sarmiento por el de Rosas en una avenida de la Ciudad de Buenos Aires. Y lo hace sin necesidad de entrar en calificaciones o valoraciones, que la historia y la ciudadanía, de antes y de ahora, ya han juzgado. Uno de los sitios de esta Academia tiene como patrono a Domingo Faustino Sarmiento, que fue el primer profesor argentino de derecho constitucional.

No es ocioso señalar una vez más, que los nombres de las calles no son trofeos que puedan disputarse en controversias ideológicas o parcialidades políticas. Además, resulta alarmante que los legisladores de la Ciudad de Buenos Aires, en medio de tantos conflictos que nos abruman, se ocupen de agregar motivos de discordia entre los argentinos.

Buenos Aires, abril 10 de 2003

Eduardo Aguirre Obarrio  
Académico Secretario

Horacio A. García Belsunce  
Académico Presidente

## DECLARACIÓN

### LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En momentos en que se cuestiona al Alto Tribunal, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires cumple con su deber estatutario de hacer conocer su opinión, tendiente a preservar el respeto que debe merecer la Corte Suprema como órgano máximo de un poder estatal y al que deben hacerse acreedores sus miembros.

En lo relativo a su integración, reiteramos la opinión oportunamente vertida de volver al número de cinco jueces, al que puede llegarse gradualmente no cubriendo las vacantes que se produzcan en su seno, lo que por otra parte, desalentaría las expectativas de llenar vacantes con nuevos jueces adictos al poder político que tiene la atribución constitucional de nombrarlos.

La Corte Suprema de Justicia debe ser el más estable de los tres poderes del gobierno, como que tiene por función esencial el control de los otros dos, por lo que resulta inadmisibile la injerencia del Poder Ejecutivo —invadiendo la competencia del Poder Legislativo— para instar juicios políticos que atentan contra la institución, que debe estar por encima de las causales de remoción que puedan afectar a sus integrantes.

La Academia no ignora estos juicios políticos, y considera que no puede adelantar opinión sobre causas en trámite, sin perjuicio de señalar que estos procesos, a pesar de su naturaleza, deben sujetarse a las pautas de justicia y prudencia. No obstante, advierte, con carácter genérico y no particularizado, que no pueden ser motivo del "mal desempeño", determinante del juicio que prevé el art. 53 de la Constitución, las sentencias dictadas a favor o en contra de ciertas posiciones doctrinarias o precedentes jurisprudenciales, siempre discutibles según épocas y circunstancias, por-

que ello afectaría la independencia de los jueces. Además, destaca, que debe resguardarse la efectiva garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La autoridad y el prestigio de los cuerpos colegiados están dados por los que corresponden a sus integrantes. Por ello, consideramos oportuno referirnos a las calidades que debe reunir un juez de la Corte Suprema.

La "idoneidad" que para los empleos exige el art. 16 de la Constitución Nacional, está dada para los magistrados por una ética pública y privada intachable, en primer lugar, y luego por una probidad y competencia intelectual abarcativa de todo el derecho. No se requieren especialistas —que como decía Sebastián Soler pierden por ello el conocimiento del resto del derecho— pues no se trata de una cámara con competencia especializada ni de un fuero de alzada.

¿Un juez de la Corte Suprema debe ser apolítico? Pretenderlo así, sería un desatino. Como parte del gobierno los tribunales son instituciones políticas por definición. Un juez de la Corte Suprema no puede vivir en "una campana de cristal", ni fugarse de la realidad, ignorando o desentendiéndose de las consecuencias políticas, económicas y sociales de sus decisiones. Deben ser hombres y mujeres que reúnan *idoneidad ética e idoneidad intelectual*.

Distinto y, por ende, inadmisibile, sería que un juez de la Corte Suprema intervenga en política agonal luchando por el poder. Así lo dijo esta Academia en su "Memoria 2002" al referirse a la última designación efectuada para cubrir una vacante. Hay que terminar con el apotegma de la "Corte adicta", de cualquier signo político que sea.

Esta Academia exhorta al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo que tienen la atribución constitucional de designar los jueces de la Corte Suprema, que eleven sus miras por encima de los intereses partidarios y sectoriales, y así logren que el Alto Tribunal de la República sea "el guardián de la Constitución", para afianzar el Estado de Derecho como columna vertebral de la seguridad jurídica que hoy nos falta.

Buenos Aires, 24 de julio de 2003

Jaime L. Anaya  
Académico Secretario

Horacio A. García Belsunce  
Académico Presidente



## LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

### CONSULTA DE LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE ENTIDADES PRO ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

La presencia e influencia cada vez mayor de las denominadas organizaciones no gubernamentales ha dejado de ser un tema de interés doctrinario para constituir una realidad que exige ser reconocida en el orden interno de los Estados y en el plano internacional.

La participación de la sociedad civil en las decisiones de los organismos internacionales y de los gobiernos empieza a tener un reconocimiento que se exterioriza, en primer lugar, en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas cuando dice "nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas", significando, al mismo tiempo, los Estados Miembros y la sociedad civil. El artículo 71 de la Carta, de una manera más expresa, determina "...el Consejo Económico y Social puede hacer los arreglos convenientes para las consultas con las organizaciones no gubernamentales que se ocupan de las materias dentro de su competencia."

Ahora bien, ¿qué es una organización no gubernamental? El Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas las define: "Una organización no gubernamental es cualquier grupo de ciudadanos voluntarios sin ánimo de lucro que surge en el ámbito local, nacional o internacional, de naturaleza altruista y dirigida por personas con un interés común". Aclarando este concepto agrega: "Las ONG llevan a cabo una variedad de servicios humanitarios, dan a conocer las preocupaciones ciudadanas al gobierno, supervisan las políticas y apoyan la participación política a nivel de comunidad. Proporcionan análisis y conocimientos técnicos, sirven como mecanismos de alerta temprana y ayudan a supervisar e implementar acuerdos internacionales. Algunas están organizadas en tor-

no a temas concretos como los derechos humanos, el medio ambiente o la salud. Sus relaciones con oficinas del sistema de Naciones Unidas difieren según los objetivos, el punto de encuentro y el mandato (1).

El Consejo Económico y Social (ECOSOC), de la misma Organización Mundial, las define según su Resolución 1996/31 como: "Cualquier organización internacional que no ha sido establecida por una entidad gubernamental o un acuerdo intergubernamental".

Es decir, agrega un elemento importante: su origen privado, sin que hayan sido creadas por gobiernos o acuerdos intergubernamentales. Las consecuencias de ese origen están vinculadas con su "autonomía" doctrinaria y financiera. Esta independencia no limita los requisitos que los gobiernos pueden disponer para su reconocimiento en el orden interno, ni tampoco les quita naturaleza no gubernamental el hecho de que puedan recibir contribuciones o subsidios de organismos gubernamentales, con tal que se mantenga la independencia de su gestión y de su administración financiera.

La Resolución 1996/31 aclara que se refiere a las ONG en sus niveles nacional, subregional, regional e internacional. Establece, además, que ese organismo reconoce tres categorías de status consultivo para las ONG. Primero, general, para los casos de las Grandes Organizaciones cuyas tareas cubren las mayorías de los temas de la agenda del ECOSOC; Segundo, especial, las que tienen competencia especial en determinados campos de la actividad del ECOSOC; Tercero, aquellas cuya competencia las habilita para hacer contribuciones ocasionales y útiles (2).

De estas referencias, que estimo constituyen el camino más adecuado para determinar el concepto de las ONG, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) Consiste en un grupo de personas vinculadas para lograr un objetivo común.

---

(1) "Las ONGs y el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas: Algunas preguntas y respuestas". Departamento de Información Pública. Sección Organizaciones no gubernamentales.

(2) "Reference document on the participation of civil society in United Nations conferences and special sessions of the General Assembly during the 1990". Version 1 August 2001. Prepared by Office of the President of the Millennium Assembly. 55<sup>th</sup> Session of the United Nations General Assembly.

- b) Debe ser un grupo organizado voluntariamente sin intervención de los gobiernos ni surgido de acuerdos intergubernamentales
- c) Sus fines deben ser desinteresados y carecer de ánimo de lucro.
- d) Debe tener independencia doctrinaria y financiera: Aunque no surge explícitamente de los documentos mencionados, la naturaleza misma de las ONG requiere como elemento esencial su reconocimiento.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde agregar la correcta interpretación de la entidad que requiere el asesoramiento de esta Academia Nacional al opinar que es la esencia de la organización (con fines de lucro o sin ellos) lo que distingue a las ONG de las sociedades comerciales o profesionales.

Uno de los objetivos mayores perseguidos por las ONG es el reconocimiento legal internacional.

En un artículo publicado por Frits Hondius (3), después de señalar la creciente importancia que están cobrando las ONG, habiendo logrado una de ellas, "Médecins sans frontières", el Premio Nobel de 1999, hace una reseña de la evolución de su reconocimiento desde comienzos del siglo veinte. El primer pedido para lograr status legal internacional fue expresado en Bruselas a través de una resolución del Congreso Mundial de Asociaciones Internacionales. En 1956 se reconoció la personería legal de compañías, asociaciones y fundaciones extranjeras en la Convención de la Haya de ese año. Posteriormente, la Unión de Asociaciones Internacionales interesó a la FAO, que sugirió que el Consejo de Europa liderara el camino. Este organismo internacional aprobó la Convención número 124 el 24 de abril de 1986, por la cual se dispone el reconocimiento de la personería legal de las organizaciones internacionales no gubernamentales. Esa convención entró en vigencia el 1 de enero de 1991. Como destaca Hondius, es el primer y único instrumento legal que existe sobre las ONGs en todo el mundo.

---

(3) Frits Hondius. "El Reconocimiento y la Protección de las ONGs en el Derecho Internacional". Este artículo fue publicado en francés en *Transnational Associations*, 1, 2000, 2-4.

El Consejo de Europa, como se recuerda, organiza grandes encuentros multilaterales en Estrasburgo, tales como "Asociaciones y Fundaciones" en noviembre de 1996 y "El Status legal de la ONG y su rol en la democracia pluralista" en marzo de 1998.

No obstante estos esfuerzos, aún falta mucho para lograr un reconocimiento pleno de estas organizaciones dentro del derecho internacional.

Es ajeno al contenido de este informe describir las condiciones que se han fijado por la Organización de las Naciones Unidas, a través de sus organismos dependientes, para aceptar la participación de las ONG en sus actividades, tampoco corresponde analizar el contenido de la Convención de Estrasburgo de 1986.

En el orden nacional, con referencia al sistema legal interno en materia de entidades sin fines de lucro, se ha sostenido (4) que si bien no se pretende una codificación particularizada, existe la situación inversa: ausencia de una ley general aplicable al conjunto del sector. Asimismo, la falta de una ley de asociaciones civiles —que es una de las formas legales principales que asumen las organizaciones sin fines de lucro en Argentina— sumado al hecho que las normas del Código Civil son demasiado generales y se rebelan insuficientes ante la complejidad del campo, genera verdaderos vacíos legales que promueven la generación de espacios de discrecionalidad. A esto contribuye, además, el hecho de que se ha ido generalizando la aplicación de un conjunto de reglas no sistematizadas, provenientes de la jurisprudencia o de criterios de resolución de cuestiones adoptados por los organismos administrativos de contralor de personas jurídicas, nacionales o provinciales que, en la mayoría de los casos, resultan inadecuados para ser aplicados como normas generales.

De acuerdo a la opinión de Calcagno L.N. y Foucard M.D. (5) en materia de asociaciones civiles es preciso distinguir dos conceptos: a) En sentido

---

(4) Candelaria Garay, "El marco legal de las organizaciones sin fines de lucro en Argentina", Nuevos documentos Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), 2000/13. Este trabajo forma parte de un proyecto comparativo del sector sin fines de lucro liderado por la Universidad Johns Hopkins de Estados Unidos.

Véase asim. Andrea Campetella, Inés González Bombal y Mario M. Roitter, "Definiendo el sector sin fines de lucro en Argentina". Nuevos Documentos CEDES 2000/5.

(5) "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en Argentina", cit Garay, C., Op. Cit.

estricto, se entiende por asociaciones civiles a aquellas entidades sin fines de lucro que surgen de la mancomunidad de ideas y esfuerzos de un grupo de personas tendientes a cumplir una finalidad de bien común y que se encuentran en la órbita de contralor de la Inspección General de Justicia u otro organismo similar en el ámbito provincial. B) En el sentido amplio, se incluyen aquellas instituciones que por su objeto, estructura, funcionamiento, aplicación y destino de bienes, cuentan también con las características de aquellas (no lucrativas, funcionamiento democrático, objetivos de bien común, etc.), pero tienen una regulación y capacidad de aplicación propias.

Las fundaciones, a diferencia de las asociaciones civiles, están reguladas por la ley 19.836 de 1972 que las define en su artículo 1° como personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, aporte que debe posibilitar razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos. A su vez, las fundaciones también están sometidas a las disposiciones establecidas por la Inspección General de Justicia u organismo similar provincial, siempre que estas normas sean compatibles con la citada ley y la naturaleza propia de estas entidades.

En la Cámara de Diputados de la Nación se ha constituido una Comisión Especial de Asuntos Cooperativos Mutuales y de ONG's. En un Seminario celebrado por su iniciativa denominado "Hacia una propuesta legislativa para las ONG's" se sugirió la necesidad de modificar las leyes y regulaciones existentes en materia de asociaciones y fundaciones a fin de hacerlas más adecuadas a la complejidad y a los desafíos que el sector enfrenta actualmente. La Comisión tiene una serie de recomendaciones para poder elaborar una propuesta legislativa para el sector. Son entre ellas: la no conveniencia de crear una ley marco para todo el sector sin fines de lucro; establecer procedimientos sencillos, rápidos y de bajo costo para la inscripción de ONG's; permitir que las ONG's participen de distintos concursos públicos para la provisión de bienes y servicios, previa acreditación de la capacidad técnica adecuada, de la solvencia de la institución; contemplar un apartado especial para el trabajo voluntario y asegurando que todos los trabajadores cuenten con una cobertura de una aseguradora de riesgos de trabajo (ART) (6).

---

(6) Garay, C. *op.cit.*, p. 48

Al no existir una definición precisa en el orden interno sobre las ONGs, como se ha visto, se ha creído conveniente procurar su definición y alcances, a través de documentos oficiales emanados de la Organización de las Naciones Unidas, cuya experiencia en esta materia tiene la innegable autoridad de su jerarquía como máximo organismo internacional.

Carlos Manuel Muñiz

---

Se agregan como apéndice los proyectos de ley presentados sobre el "Régimen de Promoción Fiscal y Servicios Básicos para las Organizaciones no Gubernamentales - ONGs", firmado por las diputadas Margarita Stolbizer, Miriam Curletti de Waisfeld y Héctor Polino y el Proyecto sobre Régimen de Promoción y Fortalecimiento para Organizaciones de la Sociedad Civil—OSC—, firmado por Elisa M. Carrió, Carlos Raúl Iparragurre y Miriam Curletti de Waisfeld.

Es interesante señalar que en el segundo proyecto mencionado, se determina en los artículos 3º y 5º la naturaleza de las Organizaciones no gubernamentales, denominadas asimismo como organizaciones de la sociedad civil.

Artículo 3º: Denomínanse Organizaciones de la Sociedad Civil—OSCs— a toda persona de existencia ideal que organizada, privada y voluntariamente, con propósitos sociales y sin fines de lucro, actúe en los campos político, social, económico, educativo y cultural, involucrando aquellas actividades que no son privadas en el sentido del mercado, ni públicas en el sentido del Estado.

Artículo 5º: En el marco de esta Ley, acéptese, en términos de nominación, como OSC - Organizaciones de la Sociedad Civil, a aquellas instituciones llamadas "organizaciones no gubernamentales", "organizaciones o instituciones privadas sin fines de lucro", "organizaciones voluntarias" u "organizaciones filantrópicas" que son reconocidas como integrantes del Tercer Sector y en su misión tienen como principal referente a los excluidos, cuya acción social y de lucha se expresa en procesos de aprendizaje participados y organizados en vinculación permanente con distintos actores de la sociedad.

## ANÁLISIS Y ESTUDIO DE LA REFORMA POLÍTICA CONSULTA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR

Señor  
Ministro del Interior  
Cdor. Aníbal D. Fernández  
S / D

Ref: *Comisión para el análisis y estudio de la reforma política.*

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted siguiendo mi anterior del 17 de noviembre pasado, con motivo de la invitación que hiciera a esta Academia para hacer llegar a ese Ministerio propuestas sobre el tema de la referencia.

Analizada la "Agenda de Trabajo Sociedad Civil" adjuntada a su nota originaria del 11 de noviembre pasado, la Mesa Directiva de esta Academia y la Dirección de su Instituto de Derecho Constitucional han considerado conveniente comenzar nuestras propuestas acerca del tema *Reforma de la Constitución*, sin perjuicio de resaltar la importancia que nos merecen los demás temas incluidos en la mencionada Agenda, como es todo lo relativo al "sistema electoral", "partidos políticos" y "justicia electoral", de los que nos interesaría conocer propuestas para analizarlas en el año académico 2004, en razón de que nuestras actividades terminan al fin del corriente mes y las reanudamos a partir del 1º de febrero próximo.

En lo que concierne a la reforma de la Constitución, la amplitud de su enunciado sin especificar por qué, para qué y sobre qué se hará la reforma propuesta, induce a esta Academia a abordar el tema sólo en los aspectos concernientes a la oportunidad, conveniencia y necesidad de ella.

La prudencia de esta Corporación se inclina a prevenir contra toda tendencia reformista que ponga a prueba el renovado ejercicio de la democracia política, más aún frente a la gravísima situación económica que le toca vivir al país. Esta posición, lejos de traducir una suerte de mesianismo constitucional, refleja una serena convicción sobre las peligrosas consecuencias que para todo el sistema institucional puede acarrear el persistir en esta recurrente tendencia reformista y es una advertencia sobre lo fácil que es caer en mutaciones que produzcan efectos contrarios a los buenos propósitos que pudieran perseguirse, o sobre el riesgo de desembocar en una competencia ideológica que termine por trastocar la propia filosofía política de la Constitución originaria y ahonde la división de los argentinos.

Si se pretendiere corregir vicios y defectos de una mala práctica constitucional, ello no ha sido, ni es, ni será consecuencia del texto constitucional que nos rige, sino por el contrario, de un desacertado ejercicio de los poderes de gobierno que ella regula y peor aún, de su abierta e impune transgresión en muchos casos, que no es la ocasión de señalar.

No parece buena la oportunidad ni mejor la conveniencia de lanzar al ruedo político una indefinida y siempre polémica reforma constitucional, máxime cuando el actual gobierno busca proyectar internacionalmente un alto grado de seguridad jurídica que inspire confianza en el exterior. La estabilidad constitucional y la superación de la inseguridad política que está en la raíz de la inseguridad jurídica y económica, apoyada en la norma suprema y en la práctica de la libertad, genera la certeza en esos tres órdenes de la vida en relación, mientras que un proceso reformista pone en jaque el principio cardinal del Estado de Derecho, además de sembrar incertidumbre política. La vigencia del orden jurídico y su estricto acatamiento por parte de los tres poderes de gobierno y sobre todo por los gobernados, es condición indispensable para la respuesta de la economía a los estímulos de la estabilidad y el crecimiento económicos. Ante la inquietud sobre los temas constitucionales que refleja la "Agenda" mencionada, la Academia cree oportuno señalar que antes de encarar reformas por ahora imprecisas y que no resultan oportunas hasta que el país alcance la deseada estabilidad política que surja del consenso de la mayoría de los gobernados, superando los extremos a que conducen las hegemonías o los fraccionamientos pluripartidarios, es prioritario complementar los mandatos y normas constitucionales de la Carta Magna vigente que se encuentran pendientes de regulación por parte de los poderes constituidos, en unos



casos por incumplimientos de normas constitucionales expresas y en otros, por la necesaria complementación que requiere determinada legislación para convertir en operativas ciertas cláusulas constitucionales, que sin ellas pueden quedar como meras disposiciones programáticas.

En esa tesitura viene al caso recordar la necesidad de dictar una ley especial que deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, para crear la Comisión Bicameral Permanente, que exige el art. 99, inc. 3, párrafo cuatro de la Constitución Nacional, que deberá expedirse sobre los decretos de necesidad y urgencia que, a título excepcional, dicta y dictare el presidente de la Nación como requisito procedimental indispensable para la validez de esos reglamentos. La demora en hacerlo permite emitir disposiciones de carácter legislativo que afectan el principio de la división de los poderes que enfáticamente refirma el mencionado artículo e inciso de la Constitución, cuando dice: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo", resultando de esta situación anómala una profusa e importante regulación normativa que tanto acuerda, como retacea o niega derechos y garantías individuales que resultan de la parte dogmática del texto constitucional o alteran disposiciones de su parte orgánica; todo ello extendiendo un manto de posible inconstitucionalidad de la legislación que en esas condiciones se sanciona. Lo que antecede es válido también respecto de los decretos que promulgan parcialmente leyes y los que ejercen facultades delegadas por el Congreso, porque así lo exige el art. 100, en sus inc. 12 y 13 del texto vigente.

Está pendiente aún desde el 31 de diciembre de 1996 (cláusula transitoria sexta) la sanción de la ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, que instituya el régimen de coparticipación federal de las contribuciones directas e indirectas, previsto en el art. 75, inc. 2, párrafos segundo, tercero y cuarto. La falta de esta normativa, suplida con la antigua ley 23.548, perturba el saneamiento y ajuste de las cuentas fiscales nacionales y provinciales, que trae como consecuencia que actualmente exista un federalismo fiscal para gastar pero no para recaudar y que, debido a ello, haya provincias que perciben más que lo que de acuerdo con las normas constitucionales citadas debería serles asignado y otras, cuya exigua participación las ha llevado a la inconstitucional decisión de emitir cuasi-monedas que carecen de curso legal y forzoso, pues no son más que títulos locales de deuda pública. La Acade-

mia es consciente de la dificultad práctica que existe para arribar a un sistema equitativo y solidario, pero advierte que los requisitos constitucionales puestos por la reforma de 1994 al artículo e incisos antes mencionados, hace que muchos de ellos resulten meramente programáticos y no operativos, pues no es sencillo lograr "un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional" (párrafo tercero del artículo e inciso mencionados). Recordamos, para cerrar este tema, la necesidad de sancionar este régimen de coparticipación tributaria, por la importancia que tiene la asignación de estos recursos en las cuentas fiscales nacional, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires que, por su defectuosa aplicación, han generado una deuda pública externa e interna que pesa gravosamente sobre las finanzas del país y su conjunto.

En esta suerte de inventario de las "deudas" del legislador federal para con los mandatos o preceptos constitucionales, cabe señalar la ausencia de "acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral" para asegurar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios (art. 37), así como que no hay reglamentación de la participación económica del Estado destinada a la capacitación de los dirigentes políticos (art. 38) y que tampoco se han dictado "las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección" del medio ambiente (art. 41). Está trabado el trámite de sanción de la ley de amparo (art. 43), no están reglamentadas las acciones correspondientes a la protección de los denominados "derechos de incidencia colectiva" (art. 43) y no se ha adoptado la legislación que corresponda en cuanto a la ampliación de la acción de habeas corpus (art. 43).

En la segunda parte de la Constitución, "Autoridades de la Nación", está pendiente el debate y esclarecimiento del alcance atribuible a la exclusión "en todos los casos" de la sanción tácita o ficta de normas legales (art. 82), lo que se vincula con el régimen o tratamiento por parte de la Comisión Bicameral Permanente que tratará los decretos de necesidad y urgencia que dicte el Poder Ejecutivo y que aún es inexistente. Asimismo, el art. 120 de la Constitución convierte al Ministerio Público en virtual cuarto poder del gobierno federal, pero no incluye la estabilidad para sus integrantes. Es del caso analizar si la ley reglamentaria ya dictada cumple o no satisfactoriamente con esa condición tan vinculada con la proclamada "independencia" del Procurador General, del Defensor General y de los demás miembros.

Debemos aclarar que la enumeración sobre el retardo legislativo antes expuesto debe entenderse como una colaboración con los poderes constituidos. La hemos efectuado como un ejemplo elocuente de que las falencias institucionales que deben preocuparnos no pasan por el orden constitucional sino por otras medidas accesibles a los aludidos poderes y a los mismos gobernados, que vienen reclamando reformas ajenas a la ley suprema. Esta, por el contrario, debe revalidar su prestigio con el acatamiento de gobernantes y gobernados, evitando que la Constitución Nacional sea tomada como excusa de reclamos insatisfechos, olvidando que sus principios rectores están recomendados por la sana experiencia de nuestro país y del exterior. Bien dijo Alberdi que el secreto de tener Constitución es evitar su reforma fácil, agregando que las reformas a la Constitución son como las operaciones al cuerpo humano, necesarias a veces, pero terribles siempre.

Por eso, estamos dispuestos a colaborar con las reformas legislativas o reglamentarias que sean convenientes y que pueden asomar en los otros puntos de la enumeración que consta en su nota del 11 de noviembre pasado. Para ello, repetimos, deberíamos contar con los antecedentes que en el curso de los meses anteriores a la misma se han ido discutiendo y agregando en el seno de la aludida Comisión que estudia la "Agenda de Trabajo Sociedad Civil".

Cabe decir finalmente que lo que es oportuno y necesario es profundizar el conocimiento de la Constitución vigente, divulgar sus incuestionables virtudes, respetar las garantías y derechos que proclama, ejercer con ecuanimidad los poderes que otorga y transitar al unísono, todos los que quieran habitar el suelo argentino, la senda señalada por los constructores de la Organización Nacional. Esta Academia considera, por último, que los cambios que la República reclama no pasan por la reforma de la Constitución, sino por su aplicación efectiva a través de una legislación inteligente y responsable que encauce definitivamente la vida nacional por el camino de la vigencia del orden jurídico, del respeto de las instituciones, del desarrollo económico sostenido y del mejoramiento social.

Saludo a usted con distinguida consideración.

Eduardo Aguirre Obarrio  
Académico Secretario

Horacio A. García Belsunce  
Académico Presidente

## TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

### CONSULTA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO

La Cancillería desea contar con los comentarios y observaciones de la Academia sobre el documento referido al Transporte Internacional de Mercaderías que tiene en estudio la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

1.- Los antecedentes de ese proyecto se remontan a los trabajos del Comité Marítimo Internacional referentes a la Convención de Bruselas de 1924, su protocolo de 1968 (Regla de La Haya-Visby) y los de UNCITRAL que culminaron con la aprobación de la Convención de Naciones Unidas de 1978, conocida con el nombre de "Reglas de Hamburgo" sobre el transporte internacional de mercaderías.

Sobre el tema he tenido oportunidad de exponer en las reuniones de Caracas y Margarita (Venezuela), en Toledo (España) y fue considerado en la Conferencia del Comité Marítimo Internacional realizado en Singapur a la que concurrí en Febrero del 2001.

2.- En diciembre de ese año 2001 se entregó a UNCITRAL el borrador del documento que fue utilizado por un Grupo de Trabajo que se reunió en New York y, posteriormente, en Viena.

A su vez, la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) analizó el documento mencionado precedentemente en un extenso y crítico informe al que debí referirme en Lima (Peru) en abril del año próximo pasado y, en especial, a la extensión del período del transporte "door to door" (puerta a puerta), en vez de "port to port" (puerto a puerto) como se había propuesto en un principio.

3.- El documento al que se refiere la Cancillería ha sido elaborado en la reunión de UNCITRAL en New York, del 24 de Marzo al 4 de Abril ppdo., y figura como tema a ser analizado en el Coloquio de Bordeaux del Comité Marítimo Internacional (10 al 13 de Junio y en la 36 sesión de la Comisión de Derecho Mercantil Internacional a realizarse en Viena del 30 de Junio al 18 de Julio del corriente año.

4.- Me he extendido en los antecedentes del Proyecto porque es uno de los más importantes sobre el que se ha trabajado desde hace años en el Comité Marítimo Internacional y existen muchos puntos que son materia de opiniones divergentes y que deben ser considerados detenidamente para obtener un consenso que permita presentarlo como Reglas Uniformes o un proyecto de convención internacional que cuente con el respaldo de los intereses concernidos, de los cargadores, consignatarios, transportadores y aseguradores de esos intereses, es decir, de los titulares de las mercaderías y de los que cubren la responsabilidad civil en el transporte marítimo y tramos complementarios.

Han sido así consultados la Cámara Internacional de Comercio (I.C.C.), la Unión Internacional de Aseguradores Marítimos (I.U.M.I.), la Federación Internacional de Asociaciones de "Freight Forwarders" (F.I.A.T.A.), la Cámara Internacional de Navegación (I.C.S.) y la Asociación Internacional de Puertos.

Teniendo en cuenta que se hace referencia a la regulación en otros tramos del transporte, es decir, el referente al transporte por tierra se han extendido la consulta a otros organismos internacionales.

5.- La Cancillería considera que el aspecto fundamental a dirimir es el relativo al ámbito de aplicación del proyecto y si debe cubrir el transporte de puerta a puerta (door to door) o puerto a puerto (port to port).

Tanto las Reglas de La Haya como las de Hamburgo se refieren a la recepción y entrega de las mercaderías con relación al tramo marítimo y de aquí que en un principio se pensara en que el proyecto debía regular el transporte de "puerto a puerto".

Hoy, dada la trascendencia del transporte en contenedores se ha difundido el "door to door", es decir, desde el lugar en que se encuentran las mercaderías y donde el transportador las recibe hasta el de la entrega al consignatario en destino y no puede dejarse de considerar esa realidad.

Una normativa sobre transporte internacional necesariamente debe contemplar la responsabilidad no solo en el tramo marítimo, sino en el anterior a la carga y en el posterior a la descarga y, más aún, si las mercaderías se reciben en los locales del cargador y se entregan en los del destinatario.

6.- El transporte "door to door" a que se refiere el proyecto se vincula al llamado "transporte multimodal" y en la reunión de Santa Cruz de la Sierra, en el año 1998, patrocinada por la Asociación Peruana y la Argentina de Derecho Marítimo, se analizó el tema del transporte multimodal y destacó la incidencia de la responsabilidad del transportador marítimo en los transportes internacionales porque es necesario contemplar y superar las asimetrías que se dan entre las leyes que regulan los distintos transportes y también las existentes en los distintos países, como ocurre, por ejemplo, entre los miembros del MERCOSUR.

En ese sentido las propuestas giran entre el establecimiento de una regulación uniforme y el llamado "net system" de acuerdo al cual cuando se localiza el lugar en que se produce la avería o la pérdida se aplican las normas que rigen ese tipo de transporte, sin perjuicio de un régimen genérico para cuando no puede realizarse esa individualización.

El documento de UNCITRAL contempla el tema y con respecto al ámbito de aplicación también se ha debido considerar el tipo de transporte a cubrir y la posibilidad de superar los conflictos de sus normas con otras de carácter nacional o internacional.

7.- En el proyecto que me envió el delegado de EE.UU. en el Grupo de Trabajo que se reunió a fines de Marzo y comienzos de Abril del corriente año y que menciona la Cancillería remitiéndose a la página Web de UNCITRAL, se contemplan la documentación por escrito y por vía electrónica y se comentan las alternativas planteadas con respecto al ámbito de aplicación, al tipo de transporte cubierto y a la exigencia de superar los conflictos que puedan plantearse entre las normas a proyectar con otras de carácter nacional o internacional.

Expresamente se definen el concepto de cargador, de transportador contractual y efectivo, el derecho a obtener un documento o una constancia electrónica negociable, constancias que deben asentarse respecto a la descripción de las mercaderías, número de bultos, etc. así como también referencias a la entrega en destino, la limitación de la responsabilidad y a otros aspectos que deben tenerse en cuenta para una regulación del transporte internacional.

En síntesis, debe contemplarse el transporte "door to door" y el cubierto por conocimientos o por documentación electrónica. Hay temas que deben ser objeto de una revisión y contemplar debidamente algunos aspectos de la responsabilidad del transportador contractual y el de la jurisdicción frente a las alternativas planteadas. Después de la reunión de UNCITRAL de mediados de este año será la oportunidad de volver sobre el tema.

En el Instituto y en mi Estudio están archivados los documentos sobre la base de los cuales se hicieron las exposiciones que figuran en el texto.

José Domingo Ray  
Director del Instituto de Derecho  
Internacional y de la Navegación.

# VI

MEMORIA Y BALANCE



THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY

## MEMORIA 2003

Señores académicos:

Cumpliendo con lo establecido por el art. 19 inc. b) del Estatuto, la Mesa Directiva somete a la consideración de la Asamblea la memoria y el balance del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2003.

### *I. - Asamblea anual ordinaria.*

El 27 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 2003. Dichos documentos fueron aprobados por unanimidad por el plenario académico.

### *II. - Reuniones de la Mesa Directiva.*

Conforme a lo decidido en la reunión de la Mesa Directiva del 5 de abril de 2001, ésta se ha reunido el primer jueves de cada mes, labrándose las actas correspondientes. A continuación damos la información de las principales decisiones adoptadas por ella en el ejercicio que corresponde a esta memoria.

1. En la primera reunión del 17 de enero el académico vicepresidente, Dr. Alberto Rodríguez Galán, convocó a la Mesa Directiva para considerar la renuncia presentada por el académico presidente Dr. Horacio A. García Belsunce en fecha 10 del mismo mes. Se dispuso convocar a sesión privada extraordinaria para el día 4 de febrero siguiente. A esta cuestión nos referiremos al ocuparnos en el capítulo III de las sesiones extraordinarias.

2. En la sesión del 13 de febrero se consideró el homenaje a rendir al ex académico Dr. Miguel S. Marienhoff con motivo de cumplirse el centenario de su nacimiento, el que se realizaría en la sede de esta Academia el 14

de agosto. El Presidente hizo saber que las Academias Nacionales de Ciencias de Buenos Aires y de Ciencias Morales y Políticas han adherido al homenaje de referencia y en consecuencia la Mesa Directiva resolvió, ad referendum del plenario académico, designar al académico Dr. Juan Carlos Cassagne para que represente a esta Corporación en dicho acto. El plenario académico, en sesión privada del 10 de abril, ratificó la designación hecha por la Mesa Directiva.

En la misma reunión el Presidente informó que recibió una nota con fecha 10 de febrero del contador José Luis Naveyra, titular del Estudio que atiende desde hace años la auditoría contable e impositiva de la Academia, en la que le hizo saber que se retiraba de la actividad profesional y que su hija, contadora Ángeles Naveyra, sería en adelante la titular de dicho Estudio. La Mesa Directiva decidió por unanimidad continuar con el asesoramiento del Estudio Naveyra y agradecer al Contador José Luis Naveyra los servicios profesionales prestados a la Corporación.

3. En la reunión del 13 de marzo se cumplió con la formalidad estatutaria de aprobar los documentos a que se refiere el art. 14, incs. a) y b) del Estatuto a efectos de presentarlos a la siguiente asamblea ordinaria anual, a la que la Mesa Directiva decidió convocar para el día 27 de marzo siguiente para tratar el orden del día de que da cuenta el capítulo I que antecede.

4. En otra reunión celebrada el 13 de marzo se consideró el dictamen elaborado por el académico Dr. Carlos Manuel Muñiz sobre los alcances de las ONG, a fin de responder a la consulta de la Federación Argentina de Entidades Proatención a las Personas con Discapacidad Intelectual (FEN-DIM) sobre el concepto de "Organizaciones no gubernamentales", de lo que ya hemos dado cuenta en la memoria del ejercicio anterior. El dictamen del Dr. Muñiz fue aprobado y se resolvió responder a la entidad mencionada y distribuir el texto del dictamen entre los señores académicos junto con la próxima convocatoria.

En la misma reunión el Presidente informó que el 21 de febrero concurrió a la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor en jurisdicción del Ministerio de la Producción, citado a efectos de constituir el jurado de siete miembros que prevé el art. 19 de la ley 25.156 para seleccionar los integrantes del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Agregó el Presidente que con el quórum de cuatro de sus miembros el jurado se declaró formalmente constituido y que el paso siguiente sería la citación por edictos para los concursantes que se presen-

ten para cubrir los siete cargos de miembros del mencionado Tribunal. Informó que, posteriormente, envió al señor secretario, Licenciado Gustavo Stafforini, un proyecto de decreto a fin de resolver el problema que planteaba la sustitución de los miembros del jurado. No se ha obtenido respuesta a dicha presentación.

Asimismo, el Presidente informó que se encontraban programadas casi la totalidad de las actividades para el año académico, estando previstas tres sesiones públicas y las comunicaciones que se llevarían a cabo en las sesiones privadas del año.

5. En la reunión del 3 de abril el Presidente informó que el director de Instituto del Derecho Empresarial, académico Dr. Jaime Luis Anaya, propuso la designación de los doctores Maria Celia Marsili e Ignacio Andrés Escuti para integrar dicho Instituto. La Mesa Directiva decidió elevar la propuesta al plenario académico, el cual en su sesión del 10 de abril efectuó las designaciones conforme a la propuesta.

En la misma reunión se tomó conocimiento de una nota del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, por la que se requerían comentarios y observaciones acerca de un proyecto de instrumento internacional sobre transporte marítimo de mercancías que se estaba negociando en el ámbito de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El Presidente informó que, atento a la índole de la consulta, le solicitó al Dr. José Domingo Ray, director del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, un dictamen sobre el tema. Se resolvió aprobar lo actuado por el Presidente y quedar a la espera del dictamen mencionado.

Se consideró también en esta reunión una nota de la Academia Nacional de la Historia sobre un homenaje conjunto de las academias nacionales a la Constitución Nacional, que se realizaría el próximo 13 de mayo. Agregó el Presidente que contestó aceptando la invitación y prometiendo su asistencia al mencionado acto público.

Acto seguido se trató la nota recibida de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, por la que solicitaba la declaración de interés académico de la XIV Conferencia Nacional de Abogados que, bajo el título "Por la plena vigencia de la Constitución Nacional", tendría lugar los días 1, 2 y 3 de mayo en Santa Fé- Paraná. La Mesa Directiva, considerando otros precedentes en los que se otorgó la declaración de interés académi-

co, dio conformidad a la petición de referencia, ad referendum del próximo plenario del 10 de abril. El plenario ratificó la aprobación dispuesta por la Mesa Directiva.

6. En la reunión del 5 de junio la Mesa Directiva tomó conocimiento del dictamen del director del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, Dr. José Domingo Ray, acerca de la consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto a la que se refiere el anterior punto 5. La Mesa Directiva prestó conformidad a dicho dictamen y decidió contestar la consulta remitiendo una copia de ese texto e informar al próximo plenario, el 12 de junio. Dicho plenario ratificó el dictamen y lo actuado por la Mesa Directiva.

El Presidente hizo saber que recibió una propuesta que firman los académicos doctores Jorge R. Vanossi, Lino E. Palacio, Juan Carlos Cassagne y Jorge H. Alterini, para designar académico correspondiente en Italia al Profesor Giorgio Berti. Se resolvió informar al próximo plenario de la propuesta a fin de que ésta siga el régimen estatutario para la designación de académico correspondiente.

Asimismo se trató una nota de la Secretaría de Cultura de la Nación en la que se invitaba a la Academia a designar jurados para el premio nacional en la rama "Derecho y Ciencias Políticas". La Mesa Directiva resolvió dirigirse a la citada Secretaría de Estado aceptando la propuesta y solicitándole conocer las materias sobre las cuales versan cada una de las seis obras presentadas al concurso para designar los académicos afines a ellas. La nota fue enviada el 30 de abril próximo ppdo., aunque no se recibió respuesta sobre dicha presentación.

En esta misma reunión se consideró la reorganización de la Secretaría Administrativa de la Academia, con motivo de la solicitud de licencia por enfermedad presentada por la secretaria administrativa, Sra. Silvia R. Rivas, desde el 1º de junio hasta el 1º de diciembre de 2003. La Mesa Directiva resolvió conceder la licencia solicitada conforme a derecho, designar al Sr. Juan Manuel Nievas para que realice tareas en forma suplementaria con una retribución complementaria de \$500 mensuales y contratar, a prueba, al Sr. Cristian J. Zárate para tareas de cadete, con una remuneración bruta mensual de \$400.

7. En la reunión del 3 de julio se consideró una invitación recibida de la Universidad de Belgrano para que la Academia proponga a uno de sus

miembros como integrante del Comité Técnico de la "Fundación Agencia Acreditadora de las Américas", que tiene por objeto principal "ayudar mediante el proceso de evaluación y acreditación a que las instituciones de educación superior puedan desempeñar sus funciones y prestaciones educativas, en términos de propender a la mayor eficiencia y a la más alta calidad académica". En la invitación se aclara que el académico que se proponga ejercerá sus funciones exclusivamente a título personal y no en representación de la Academia. La Mesa Directiva resolvió elevar a consideración del plenario la propuesta recibida, de cuya resolución se da cuenta en el capítulo IV, 2, d).

En esta reunión la Mesa Directiva resolvió también encomendar a la señora bibliotecaria, Dra. María Luz Rezk, preparar un índice temático de los trabajos que aparecen en los Anales de la Academia desde su comienzo hasta la fecha y que, oportunamente, se imprima donde corresponda para su distribución, a fin de difundir entre autores y estudiosos los trabajos de la Academia en la bibliografía que consulten.

El Presidente hizo saber que concurrió, el 1º de julio, al acto de presentación de la obra "Código Civil comentado y anotado", realizada bajo la dirección del académico Dr. Santos Cifuentes, que tuvo lugar en la sede de la editorial "La Ley", y que la presentación estuvo a cargo del académico Dr. Félix A. Trigo Represas. Asimismo, informó que el vicepresidente, Dr. Alberto Rodríguez Galán, concurrió en representación de la Academia al acto público de incorporación del académico honorario Dr. Julio María Sanguinetti a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas el día 2 de julio.

Por último, se decidió adherir al acto de homenaje al académico titular Dr. Germán J. Bidart Campos organizado por el Instituto de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina que tendría lugar el 19 de agosto, designándose para hacer uso de la palabra en representación de esta Academia al académico titular Dr. Augusto M. Morello.

8. En la reunión del 7 de agosto se consideró una presentación efectuada para participar del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el día 5 del corriente, habiendo vencido el plazo el día 4. La Mesa Directiva consideró que habiéndose difundido por diversos medios el llamado a concurso para el premio y el vencimiento del plazo, no corresponde acceder a una excepción con relación al término debidamente cumplido por todos los demás presentantes.

A continuación se trató el tema de la administración del edificio de Av. Alvear 1711 conocido como "Casa de las Academias". El Presidente informó que designó al académico tesorero Dr. Jaime L. Anaya en representación de esta Academia en la reunión que se llevó a cabo el pasado 22 de junio, en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, para tratar la situación del edificio y la designación de un administrador externo. El Dr. Anaya informó que en dicha reunión se consideraron asuntos relativos a distintos desperfectos que afectaban al inmueble y la necesidad de organizar un régimen de administración y representación de los comodatarios de este edificio y que en tal reunión se resolvió designar provisoriamente a la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales para realizar tareas urgentes de administración y encargar a nuestra Academia la redacción de un anteproyecto de reglamento de administración. Ese anteproyecto elaborado por el Dr. Anaya fue puesto a consideración de la Mesa Directiva, que decidió hacerlo llegar a las demás academias para que realicen las observaciones que crean pertinentes o para su aprobación. La Presidencia agradeció al Dr. Anaya su colaboración.

9. En la reunión del 2 de octubre se decidió, conforme a la sugerencia del académico secretario Dr. Félix A. Trigo Represas, renovar el contrato de la bibliotecaria, Dra. María Luz Rezk, que vence el próximo día 5, por un año, en los mismos términos y condiciones que el anterior período.

10. En la reunión del 6 de noviembre el Presidente informó acerca de la XV Reunión Conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tema que será tratado en el capítulo X.

La Mesa Directiva tomó conocimiento, por información de la Presidencia, del dictamen del jurado para el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y resolvió elevarlo a la próxima sesión del plenario académico.

Se continuó tratando el tema de la reorganización del personal administrativo de la Academia, con motivo de que el presidente informó que la secretaria administrativa, Sra. Silvia R. Rivas, le ha hecho saber que se ha acogido a los beneficios de la jubilación ordinaria, la que ha empezado a percibir y que, asimismo, le ha comunicado que encontrándose restablecida desearía reincorporarse a la Academia a partir del 1º de diciembre próximo. A continuación el académico vicepresidente, Dr. Alberto Rodríguez Galán, propuso que la Sra. Silvia R. Rivas se reincorpore por no haber incompatibilidad, conforme a derecho, entre percibir un haber jubilatorio

y desempeñar un trabajo en relación de dependencia, y que los señores Juan Manuel Nievas y Cristian Zárate continúen desempeñándose de modo permanente en las mismas funciones, y con iguales remuneraciones y horarios que los que han tenido en el último semestre. Luego de un cambio de ideas, la Mesa Directiva resolvió, conforme a las facultades que le da el art. 19 inc. d) del Estatuto: a) Atento a lo dispuesto por los arts. 273 y 274 de la Ley de Contrato de Trabajo considerar extinguido el contrato laboral con la Sra. Silvia R. Rivas como consecuencia de su jubilación; b) Reincorporar a la Sra. Silvia R. Rivas con un nuevo contrato de trabajo en las mismas condiciones de remuneración y horario que las que hasta ahora tenía; c) Designar al abogado Juan Manuel Nievas como segundo secretario administrativo con la retribución mensual bruta de \$1790 y con el horario de 13.30 a 19.30; d) Aumentar la retribución de la Srta. Susana Guerrero a la suma de \$1600 mensuales (brutos); e) Confirmar como empleado permanente en la función de cadete al Sr. Cristian Zárate con igual retribución que la que hasta ahora percibe; f) Comunicar lo decidido al plenario académico en su primera sesión ordinaria. Se deja constancia de que el plenario del 27 de noviembre aprobó lo resuelto por la Mesa Directiva.

11. En la sesión del 4 de diciembre se trató la nota recibida con fecha 11 de noviembre del Ministerio de Interior de la Nación, por la que se invita a la Academia a hacer llegar a ese Ministerio propuestas sobre la "Agenda de Trabajo de la Sociedad Civil", preparado por la "Comisión para el Análisis y Estudio de la Reforma Política". Debido a que el plazo para la presentación vencía el 10 de diciembre, la Mesa Directiva resolvió por unanimidad contestar sólo a la primera cuestión que surge de dicha Agenda: "Reforma de la Constitución". A continuación el Presidente puso a consideración un proyecto de respuesta al Ministerio del Interior, elaborado por él mismo con información suministrada por el académico Dr. Jorge R. Vanossi y con un agregado redactado por el académico Dr. Juan R. Aguirre Lanari. La Mesa Directiva resolvió aprobar la respuesta proyectada, hacerla llegar al Ministerio del Interior el día 9 de diciembre y hacerla circular a los señores académicos.

Por último, en esta reunión se trató nuevamente el tema de la administración del edificio de la "Casa de las Academias". El Presidente informó que en la reunión de presidentes de las academias nacionales que tienen su sede en el edificio de la Av. Alvear 1711, realizada el día 1º de diciembre, se decidió designar administradores a la firma "Lastra- Ithurralde", de la que las señoras Pilar Lastra y Teresa Ithurralde son las titulares.



### *III. - Sesiones extraordinarias.*

Durante el año a que se refiere esta memoria, la Corporación se reunió en sesión extraordinaria en dos oportunidades.

En la primera, el motivo de la convocatoria fue la consideración de la renuncia presentada el 10 de enero por el académico presidente Dr. Horacio A. García Belsunce, fundada en las circunstancias de dominio público resultantes del trágico fallecimiento de su hija María Marta ocurrido el 27 de octubre de 2002. El renunciante consideró que era su deber preservar a la Academia del deterioro que a su imagen pudiera ocasionarle la situación creada. Luego de leído el texto completo de la mencionada renuncia, pidió la palabra el académico decano y ex presidente, Dr. Segundo V. Linares Quintana, quien expresó que, a su juicio, "hay renunciaciones que simplemente se aceptan o se rechazan, pero que no se discuten, como es el presente caso de la dimisión presentada por el señor académico presidente". Hizo moción para que sea rechazada de inmediato y sin más trámite, porque "constituye la expresión de la delicadeza de su autor así como su respeto a la Corporación... Esta actitud del Dr. García Belsunce lo honra y enaltece y confirma una vez más su reconocida calidad de caballero". Puesta a votación la propuesta del académico Dr. Segundo V. Linares Quintana, la moción fue aprobada por unanimidad.

En la siguiente sesión extraordinaria, celebrada el 4 de agosto, se consideró la respuesta al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación sobre una presentación para cubrir la vacante de magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Requerida tal opinión, en virtud de lo dispuesto por el decreto 222/03, sobre la propuesta del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni para cubrir la vacante antes mencionada, la Academia en sesión plenaria del 24 de julio decidió solicitar a la presidencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional un informe sobre los antecedentes de actuación judicial del candidato propuesto y hacer saber al Señor Secretario de Política Judicial y Asuntos Legislativos del Ministerio antes mencionado, que la opinión de la Academia quedaba supeditada a la información que se obtuviera de esa Cámara de Apelaciones.

Atento a que el plazo otorgado por el Ministerio vencía el 6 de agosto, el Presidente justificó la necesidad de celebrar esa sesión extraordinaria para poder dar respuesta en tiempo y forma. Hizo saber al plenario académico que el 25 del julio pasado se elevó una nota al Señor Presidente de la

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Dr. Abel Bonorino Peró, requiriéndole respecto del señor ex juez de ese Tribunal Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, entre otras preguntas, las referentes a las licencias de que ha gozado en los períodos en que integró el fuero penal en las distintas instancias, sanciones que pudiera haber recibido, si ha tenido pérdidas de jurisdicción por no pronunciarse en los plazos legales, cantidad de sentencias dictadas como juez de primera instancia y cantidad de primeros votos emitidos durante su actuación como juez de Cámara, cantidad de sentencias anuladas y cantidad de causas a su cargo que terminaron por prescripción. Agregó el Presidente que la Exma. Cámara ha contestado por secretaría, con fecha 31 de junio, sólo algunos de los puntos de la información requerida, en razón de no existir registros o constancias de los otros que se solicitaban. Puesta a consideración la respuesta a dar a la Secretaría de Estado de Política Judicial y Asuntos Legislativos, el plenario por unanimidad resolvió que la información obtenida de la Exma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional resultaba insuficiente para dar una respuesta "fundada y documentada", como lo requiere el art. 6º del decreto 222/03, respecto de la nominación del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo cual corresponde abstenerse de opinar ante el requerimiento recibido y, como consecuencia de ello, *no apoyar ni oponerse* a la proposición motivo de la consulta.

#### *IV.- Sesiones ordinarias.*

Durante el período transcurrido se llevaron a cabo cuatro sesiones públicas y trece sesiones privadas, de las que se da cuenta en los subcapítulos siguientes.

##### *1.- Sesiones públicas*

El 8 de mayo se realizó el acto público de homenaje al sesquicentenario de la Constitución Nacional de 1853. La conferencia de homenaje estuvo a cargo del Presidente de la Corporación, quien se refirió a la valoración de la Constitución Nacional, a su relación con la Constitución de los Estados Unidos de América, a la significación del preámbulo, a la supremacía de la Constitución y a la institucionalización de la libertad en la Constitución histórica. A continuación, el Presidente, en palabras improvisadas, relató el homenaje que hubo de hacerse en ocasión del centenario de la Constitución en 1953, pero que se silenció por motivos políticos. Manifestó que en abril de ese año un grupo de ciudadanos decidió hacer una declaración

de homenaje, encargándose su redacción al destacado constitucionalista Dr. Carlos Sánchez Viamonte quien, por motivos políticos, se encontraba detenido en la penitenciaría de la Av. Las Heras. Agregó que fue él el indicado para visitar al Dr. Sánchez Viamonte e informarle del cometido para el que había sido propuesto y que aceptado éste, retiró días después el texto debidamente redactado, pero que luego de obtenidas varias firmas, entre otras, las de los Dres. Carlos Sánchez Viamonte, Alfredo L. Palacios y Nicolás Romano, se decidió suspender la obtención de firmas porque no sería posible encontrar un medio adecuado de difusión, y por la situación política resultante de los vandálicos episodios ocurridos el 15 de abril, que culminaron con la quema de las sedes de los partidos políticos opositores y del Jockey Club. Ante esta situación se le encomendó que guardara como custodio el proyecto de declaración frustrado, pues por ser el más joven de los autores de la iniciativa, tendría quizás oportunidad de darla a conocer en el futuro. Continuó el Presidente diciendo que ha tenido guardado en forma absolutamente secreta dicho documento y que ahora, como parte no programada del acto, ya que los académicos no tuvieron noticia hasta este momento del tema que está tratando, considera que este sesquicentenario es la oportunidad para dar a conocer aquella frustrada declaración. Terminó el Presidente manifestando que entrega la mencionada declaración en custodia a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, poniéndola en manos de su vicepresidente el académico Dr. Alberto Rodríguez Galán.

El 22 de mayo y continuando con la celebración del sesquicentenario de la Constitución Nacional de 1853, disertó el académico Dr. Félix A. Trigo Represas sobre "*Los derechos personalísimos en la Constitución Nacional y el derecho civil*". En la apertura del acto el Presidente informó que, como parte de los homenajes al sesquicentenario, se estaba elaborando por los Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de esta Academia un libro de homenaje con trabajos relacionados con la Constitución y las materias objeto de tratamiento de dichos Institutos.

El 14 de agosto se realizó una sesión pública conjunta de nuestra Academia con las de Ciencias de Buenos Aires y de Ciencias Morales y Políticas en homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff, que fuera miembro de número de las tres academias organizadoras, con motivo de cumplirse cien años de su nacimiento. El Dr. García Belsunce abrió el acto con referencias y recuerdos del homenajeado y a continuación hicieron uso de la palabra el Dr. Juan Carlos Cassagne en representación de esta Corporación, el Dr. Alberto Rodríguez Galán en nombre de la Academia Nacional de Ciencias

de Buenos Aires y el Dr. Carlos M. Bidegain por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, quienes hicieron una semblanza del homenajeado como abogado, jurista y académico.

El 13 de noviembre se recibió en sesión pública al nuevo académico titular Dr. Roberto E. Guyer. El Presidente reseñó la actuación del recipiendario, entregándole el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro de número de la Corporación, y a continuación hizo su presentación el académico Dr. Hugo Caminos. El Dr. Guyer disertó sobre el tema "*El derecho internacional al inicio del siglo XXI*".

## 2.- Sesiones privadas.

En las sesiones privadas celebradas en el año académico se ofrecieron comunicaciones a cargo de los integrantes del claustro, las que versaron sobre temas novedosos o de particular interés o complejidad y se complementaron con un fructuoso debate entre los asistentes. A ellas nos referiremos más adelante.

En las mencionadas sesiones fueron también tratados algunos temas que corresponde informar en esta memoria, obviando aquellos que ya han sido mencionados en el capítulo correspondiente a las reuniones de la Mesa Directiva, en el que hemos hecho mención a la aprobación, en su caso, por el plenario académico, indicando la respectiva fecha de la sesión. También omitimos la referencia a la aprobación de determinadas consultas o de ciertas declaraciones que se mencionan en el capítulo VIII.

Las decisiones que merecen especial mención son las siguientes:

a) En la sesión del 10 de abril fue considerado el informe presentado por los doctores Lino E. Palacio y Augusto M. Morello, director y subdirector, respectivamente, del Instituto de Derecho Procesal y que incluye un trabajo que firman los doctores Augusto M. Morello y Pablo Agustín Grillo Ciochini, ambos referidos al régimen actual de la abogacía y que fueron oportunamente distribuidos entre los señores académicos. La consideración del tema mereció un extenso debate con participación de casi todos los presentes, habiéndose decidido continuar su tratamiento en una próxima sesión. Así se hizo en la reunión del 12 de junio, en la que, luego de un nuevo e interesante intercambio de opiniones, a pedido de los autores de la iniciativa, se resolvió diferir el tratamiento del asunto para una ulterior oportunidad;

b) En la sesión del 24 de abril se consideró un nota del jefe del Estado Mayor General del Ejército, Tte. Gral. Ricardo Brinzoni, por la que invitaba al presidente de la Academia a integrar un Consejo Consultivo junto con otros presidentes de academias nacionales, con el objetivo de intercambiar puntos de vista y encontrar caminos alternativos para enfrentar los desafíos actuales y servir mejor a la sociedad. Después de un cambio de opiniones el plenario resolvió por unanimidad contestar que es criterio de la Corporación no integrar otros organismos o cuerpos colectivos y no obstante ello, solicitar información acerca de las normas que regulan ese Consejo, cuáles academias nacionales son las que lo integrarían y manifestar la conveniencia de volver a analizar la oportunidad en el tiempo para la constitución de ese organismo. En la sesión del 12 de junio se informó que la nota de respuesta de la Academia, de fecha 25 de abril, no había merecido respuesta y que, además, el acto de constitución del Consejo, programado para el día 27 de mayo, había sido suspendido;

c) En la sesión del 26 de junio se consideró una propuesta de la Comisión "ad hoc", que fuera constituida en el plenario académico del 8 de junio de 2000, bajo la presidencia del Dr. Roberto Martínez Ruiz, para apoyar a la Mesa Directiva en el estudio de temas urgentes que merezcan la consideración del Cuerpo y que está integrada por los académicos doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Augusto M. Morello, Julio Cesar Otaegui, Lino E. Palacio y Jorge R. Vanossi, convocada a pedido del Dr. Augusto M. Morello con el objeto de analizar el tema concerniente a los proyectos que reglamentarían el sistema de designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y algún otro aspecto vinculado con la situación de la Justicia y, en particular, del Alto Tribunal. El Cuerpo tomó conocimiento de las conclusiones de dicha Comisión que fueron las siguientes: 1) que no corresponde a la Academia pronunciarse sobre las atribuciones que al Poder Ejecutivo Nacional acuerda el decreto 222/03, por cuanto es facultad privativa del Poder Ejecutivo reglamentar y acotar, si cabe, la competencia que le es propia de designar a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 2) que las objeciones que merecen ciertos requisitos que deben cumplir los candidatos a ser designados en tales cargos, especialmente los que se establecen en su art. 5º, que pueden afectar el secreto profesional, son una problemática ajena a las competencias de esta Academia y, en cambio, propias de los colegios y asociaciones profesionales; 3) que no considera conveniente y oportuno que la Academia se expida respecto del juicio político iniciado al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 4) que se prepare una "página de reflexión" en la que la Academia haga conocer su opinión acerca de lo que debería ser una

Corte Suprema de Justicia de la Nación a la luz de los principios constitucionales y de los valores que deben orientar su estructura y el rol protagónico que le corresponde como guardián supremo del orden constitucional en un estado de derecho. Vista la resolución de la Comisión, el plenario académico resolvió por unanimidad encomendar al Presidente que, con la colaboración de los académicos que él designe, proyecte una declaración de la Academia acerca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así se hizo y esa declaración es la que se transcribe más adelante en el capítulo VIII, 2;

d) En la sesión del 10 de julio se consideró la propuesta de la Universidad de Belgrano en la que se invitaba a la Academia a proponer un miembro de la Corporación como integrante del Comité Técnico de la "Fundación Agencia Acreditadora de las Américas". En la discusión del tema se hizo notar que la Universidad de Belgrano dice expresamente que los miembros del Comité Técnico "serán escogidos entre personalidades nominadas por las academias nacionales", lo que parece contradictorio con la expresión del párrafo siguiente de dicha nota en la que se aclara que el académico propuesto ejercerá sus funciones exclusivamente a título personal. Sin perjuicio de considerar que si la Academia nombra a uno de sus miembros para integrar el Comité Técnico, no se puede sostener que el mismo actuará a título personal, la Academia por unanimidad resolvió contestar a la Universidad de Belgrano que nuestra Corporación tradicionalmente no adhiere a otros organismos públicos o privados, y que por ello no efectuará la nominación solicitada;

e) En la sesión del 24 de julio el Presidente dio cuenta de un comunicado de prensa que envió la académica titular Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci, de fecha 16 de julio, en la que nuestra cofrade refutó comentarios injuriosos vertidos por el periodista Jorge Lanata en un programa de televisión. El Cuerpo, por unanimidad, se expidió haciéndole llegar su solidaridad y apoyo.

En las sesiones ordinarias privadas de las que nos ocupamos en este subcapítulo han ofrecido comunicaciones los académicos titulares sobre los temas que se indican a continuación:

24 de abril: "*La recodificación*", por Julio César Rivera.

12 de junio: "*La eficacia (o ineficacia) de la llamada fianza excesiva*", por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

26 de junio: "*El genoma humano y el Derecho Civil, preferentemente en el área de la persona*", por Santos Cifuentes.

10 de julio: "*El Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho a 30 años de su fundación*", por Víctor Tau Anzoátegui.

4 de agosto: "*Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario*", por Lino E. Palacio.

28 de agosto: "*Lineamientos del anteproyecto de reformas a la ley 19.550*", por Jaime L. Anaya.

11 de septiembre: "*La societas europæa*", por Julio César Otaegui.

25 de septiembre: "*El proceso político*", por Julio César Cueto Rúa.

9 de octubre: "*El proyecto de Constitución de la Unión Europea*", por Jorge R. Vanossi.

23 de octubre: "*El proceso de desorganización del derecho del trabajo*", por Antonio Vázquez Vialard.

27 de noviembre: "*Podere inherentes del Poder Judicial (caso Nasco de la Suprema Corte de los EE.UU.)*", por Jorge A. Aja Espil.

11 de diciembre: "*Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa*", por Jorge H. Alterini.

#### **V.- Homenajes a académicos fallecidos.**

1. En la sesión del 14 de agosto se rindió en nuestra sede un homenaje conjunto de nuestra Academia y de las Academias Nacionales de Ciencias de Buenos Aires y de Ciencias Morales y Políticas al Dr. Miguel S. Marienhoff, con motivo de cumplirse cien años de su nacimiento, de lo que se ha informado en el capítulo IV, 1.

2. El 16 de octubre se efectuó en la Universidad Católica de Córdoba una jornada de homenaje al Dr. Guillermo A. Borda que fuera académico titular de esta Corporación. Intervinieron en la jornada como oradores los doctores Domingo Viale, Luis Moisset de Espanés, Alejandro Borda, Juan Carlos Palmero, Guillermo Borda (h), María Laura Estigarribia Bieber, Da-

niel Pizarro, Manuel Cornet, José Fernando Márquez, Guillermo Tinti, Julio Nieto, Carlos de Goycochea y José Narciso Rey Nores.

3. El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires realizó el 9 de diciembre un acto de homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina, que fuera académico titular de esta Corporación, con motivo de cumplirse el 5º aniversario de su fallecimiento. En su transcurso y bajo el título "*El pensamiento jurídico de Bustamante Alsina*", disertaron el Dr. Gerardo A. Ancarola sobre "*La legislación argentina y la libertad de prensa*"; el Dr. Alberto J. Bueres, "*Aspectos de la responsabilidad civil*" y el Dr. Marcelo Urbano Salerno, "*Concepción dinámica del patrimonio*". Nuestra Corporación estuvo representada en el acto por los académicos Presidente y Vicepresidente.

#### *VI.- Provisión de vacantes de académico titular.*

Con motivo del fallecimiento del Dr. Guillermo A. Borda, que ocupaba el sitial que tiene como patrono al Dr. Lisandro Segovia, y de acuerdo con lo establecido en el art. 6 del Estatuto, fue designado académico titular, por unanimidad, el Dr. Roberto E. Guyer, presentado oportunamente por los académicos titulares doctores Segundo V. Linares Quintana, Federico N. Videla Escalada, Carlos Manuel Muñiz y Hugo Caminos. La designación tuvo lugar en la sesión privada del 10 de abril y el nuevo académico se incorporó en un acto público del que se da cuenta en el punto IV, 1 de esta memoria.

Ocurrido el fallecimiento del Dr. Roberto Martínez Ruiz, que ocupaba el sitial que tiene como patrono al Dr. Roque Sáenz Peña, y de acuerdo con lo establecido en el art. 6 del Estatuto, fue designado académico titular el Dr. Héctor Alegría, presentado oportunamente por los académicos titulares doctores Alberto Rodríguez Galán, Juan Carlos Cassagne, Jaime Luis Anaya y Julio César Otaegui. La designación tuvo lugar en la sesión privada del 9 de octubre. El nuevo académico se incorporará en un acto público durante el primer semestre del año 2004.

#### *VII.- Designación de académico correspondiente.*

En la sesión privada del 10 de julio la Academia designó académico correspondiente en Italia al profesor Giorgio Berti, que fuera oportunamente presentado por los académicos titulares doctores Jorge R. Vanossi, Lino E. Palacio, Juan Carlos Cassagne y Jorge H. Alterini.



### VIII.- *Declaraciones, consultas y dictámenes.*

1. En la sesión privada del 10 de abril el plenario académico aprobó una declaración sobre el proyecto de cambio de denominación de un tramo de la Av. Sarmiento por Av. Rosas, la que se reproduce a continuación:

*La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires cumple con el deber que le impone la defensa y preservación de los valores superiores de la Nación, haciendo público su rechazo al lamentable proyecto de sustituir el nombre de Sarmiento por el de Rosas en una avenida de la Ciudad de Buenos Aires. Y lo hace sin necesidad de entrar en calificaciones o valoraciones, que la historia y la ciudadanía, de antes y de ahora, ya han juzgado. Uno de los sitios de esta Academia tiene como patrono a Domingo Faustino Sarmiento, que fue el primer profesor argentino de derecho constitucional.*

*No es ocioso señalar una vez más, que los nombres de las calles no son trofeos que puedan disputarse en controversias ideológicas o parcialidades políticas. Además, resulta alarmante que los legisladores de la Ciudad de Buenos Aires, en medio de tantos conflictos que nos abruman, se ocupen de agregar motivos de discordia entre los argentinos.*

2. En la sesión privada del 24 de julio el plenario académico aprobó, por unanimidad, una declaración acerca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la luz de los principios constitucionales.

La declaración de referencia se reproduce a continuación:

*En momentos en que se cuestiona al Alto Tribunal, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires cumple con su deber estatutario de hacer conocer su opinión, tendiente a preservar el respeto que debe merecer la Corte Suprema como órgano máximo de un poder estatal y al que deben hacerse acreedores sus miembros.*

*En lo relativo a su integración, reiteramos la opinión oportunamente vertida de volver al número de cinco jueces, al que puede llegarse gradualmente no cubriendo las vacantes que se produzcan en su seno, lo que por otra parte, desalentaría las expectativas de llenar vacantes con nuevos jueces adictos al poder político que tiene la atribución constitucional de nombrarlos.*

*La Corte Suprema de Justicia debe ser el más estable de los tres poderes del gobierno, como que tiene por función esencial el control de los otros dos, por lo*

*que resulta inadmisibile la injerencia del Poder Ejecutivo —invadiendo la competencia del Poder Legislativo— para instar juicios políticos que atentan contra la institución, que debe estar por encima de las causales de remoción que puedan afectar a sus integrantes.*

*La Academia no ignora estos juicios políticos, y considera que no puede adelantar opinión sobre causas en trámite, sin perjuicio de señalar que estos procesos, a pesar de su naturaleza, deben sujetarse a las pautas de justicia y prudencia. No obstante, advierte, con carácter genérico y no particularizado, que no pueden ser motivo del "mal desempeño", determinante del juicio que prevé el art. 53 de la Constitución, las sentencias dictadas a favor o en contra de ciertas posiciones doctrinarias o precedentes jurisprudenciales, siempre discutibles según épocas y circunstancias, porque ello afectaría la independencia de los jueces. Además, destaca, que debe resguardarse la efectiva garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio.*

*La autoridad y el prestigio de los cuerpos colegiados están dados por los que corresponden a sus integrantes. Por ello, consideramos oportuno referirnos a las calidades que debe reunir un juez de la Corte Suprema.*

*La "idoneidad" que para los empleos exige el art. 16 de la Constitución Nacional, está dada para los magistrados por una ética pública y privada intachable, en primer lugar, y luego por una probidad y competencia intelectual abarcativa de todo el derecho. No se requieren especialistas —que como decía Sebastián Soler pierden por ello el conocimiento del resto del derecho— pues no se trata de una cámara con competencia especializada ni de un fuero de alzada.*

*¿Un juez de la Corte Suprema debe ser apolítico? Pretenderlo así, sería un desatino. Como parte del gobierno los tribunales son instituciones políticas por definición. Un juez de la Corte Suprema no puede vivir en "una campana de cristal", ni fugarse de la realidad, ignorando o desentendiéndose de las consecuencias políticas, económicas y sociales de sus decisiones. Deben ser hombres y mujeres que reúnan idoneidad ética e idoneidad intelectual.*

*Distinto y, por ende, inadmisibile, sería que un juez de la Corte Suprema intervenga en política agonal luchando por el poder. Así lo dijo esta Academia en su "Memoria 2002" al referirse a la última designación efectuada para cubrir una vacante. Hay que terminar con el apotegma de la "Corte adicta", de cualquier signo político que sea.*

*Esta Academia exhorta al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo que tienen la atribución constitucional de designar los jueces de la Corte Suprema, que eleven sus miras por encima de los intereses partidarios y sectoriales, y así logren que el Alto Tribunal de la República sea "el guardián de la Constitución", para afianzar el Estado de Derecho como columna vertebral de la seguridad jurídica que hoy nos falta.*

3. Como se informó en el capítulo II de esta memoria, la Mesa Directiva trató en la reunión del 13 de marzo la consulta de la Federación Argentina de Entidades Proatención a las Personas con Discapacidad Intelectual (FEN-DIM). La respuesta fue elaborada por el académico Dr. Carlos Manuel Muñoz con fecha 19 de febrero y en su parte sustancial dice lo siguiente:

La influencia cada vez mayor de las denominadas ONG ha dejado de ser un tema de interés doctrinario para constituir una realidad que exige ser reconocida en el orden interno de los estados y en el plano internacional.

La participación de la sociedad civil en las decisiones de los organismos internacionales y de los gobiernos empieza a tener un reconocimiento que se exterioriza, en primer lugar, en el preámbulo de la carta de las Naciones Unidas y en su art. 71 donde expresamente determina "...El Consejo Económico y Social puede hacer los arreglos convenientes para las consultas con las organizaciones no gubernamentales que se ocupan de las materias dentro de su competencia".

El Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas dice: "Una organización no gubernamental es cualquier grupo de ciudadanos voluntarios sin ánimo de lucro que surge en el ámbito local, nacional o internacional, de naturaleza altruista y dirigida por personas con un interés común". El Consejo Económico y Social de la UN las define en su resolución 1996/31 como: "Cualquier organización internacional que no ha sido establecida por una entidad gubernamental o un acuerdo intergubernamental".

Se destaca como nota importante su origen privado, sin que hayan sido creadas por gobiernos o acuerdos internacionales, de lo que resulta su autonomía doctrinaria y financiera, lo cual, por otro lado, no limita los requisitos que los gobiernos pueden disponer para su reconocimiento en el orden interno, ni tampoco les quita naturaleza no gubernamental el hecho de que puedan recibir contribuciones o subsidios de organismos gubernamentales, con tal de que se mantenga la independencia de su gestión y de su administración financiera.

De la resolución 1996/31, antes citada, surge que para determinar el concepto de las ONG se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) Consiste en un grupo de personas vinculadas para lograr un objetivo común;
- b) Debe ser un grupo organizado voluntariamente sin intervención de los gobiernos ni surgido de acuerdos gubernamentales;
- c) Sus fines deben ser desinteresados y carecer de ánimo de lucro;
- d) Debe tener independencia doctrinaria y financiera.

Como lo considera la entidad consultante, es la esencia de la organización (con fines de lucro o sin ellos) lo que distingue a las ONG de las sociedades comerciales o profesionales.

Uno de los objetivos mayores perseguidos por las ONG es el reconocimiento legal internacional. Después de algunos pedidos y sus correspondientes reconocimientos en el orden internacional, el Consejo de Europa aprobó la Convención n° 124 del 24 de abril de 1986, por la cual se dispone el reconocimiento de la personería legal de las organizaciones internacionales no gubernamentales. Esa Convención entró en vigencia el 1° de enero de 1991. El Consejo de Europa ha organizado grandes encuentros multilaterales en Estrasburgo en noviembre de 1996 y en marzo de 1998.

En el orden nacional, con referencia al sistema legal interno en materia de entidades sin fines de lucro, se ha sostenido que si bien no se pretende una codificación particularizada, existe la situación inversa: ausencia de una ley general aplicable al conjunto del sector. La falta de una ley de asociaciones civiles, sumada al hecho de que las normas del Código Civil son demasiado generales y se revelan insuficientes ante la complejidad del campo, genera verdaderos vacíos legales que promueven la generación de espacios de discrecionalidad.

De acuerdo con la opinión de Calcagno L. N. y Foucard M. D. en materia de asociaciones civiles es preciso distinguir dos conceptos: a) en sentido estricto se entiende por asociaciones civiles a aquellas entidades sin fines de lucro que surgen de la mancomunidad de ideas y esfuerzos de un grupo de personas tendientes a cumplir una finalidad de bien común y que se encuentran en la órbita del contralor de la Inspección General de Justicia

u otro organismo similar en el ámbito provincial; b) en el sentido amplio, se incluyen aquellas instituciones que por su objeto, estructura, funcionamiento, aplicación y destino de bienes, cuentan también con las características de aquéllas, pero tienen una regulación y capacidad de aplicación propias.

Las fundaciones que están reguladas por la ley 19.836 de 1972 se definen como personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, que debe posibilitar razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos.

En la Cámara de Diputados de la Nación se ha constituido una Comisión Especial de Asuntos Cooperativos Mutuales y de ONG. En un seminario celebrado por su iniciativa "Hacia una propuesta legislativa para las ONG" se sugirió la necesidad de modificar las leyes y regulaciones existentes en materia de asociaciones y fundaciones a fin de hacerlas más adecuadas a la complejidad y a los desafíos que el sector enfrenta actualmente. La Comisión tiene varios objetivos y entre ellos pueden señalarse: la no conveniencia de crear una ley marco para todo el sector sin fines de lucro; establecer procedimientos sencillos, rápidos y de bajo costo para la inscripción de ONG; permitir que las ONG participen de distintos concursos públicos para la provisión de bienes y servicios, previa acreditación de la capacidad técnica adecuada, de la solvencia de la institución; contemplar un apartado especial para el trabajo voluntario y asegurando que todos los trabajadores cuenten con una cobertura de una aseguradora del riesgo de trabajo.

Al no existir una definición precisa en el orden interno sobre las ONG, se ha creído conveniente procurar su definición y alcances a través de documentos oficiales emanados de la Organización de las Naciones Unidas, cuya experiencia en esta materia tiene la innegable autoridad de su jerarquía como máximo organismo internacional.

4. Como informáramos en el capítulo II de esta memoria, la Mesa Directiva, en su reunión del 3 de abril de 2003, se abocó a la consideración de la consulta presentada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, requiriendo comentarios y observaciones de esta Academia acerca de un proyecto de instrumento internacional sobre transporte marítimo de mercancías que estaba siendo negociado en el ámbito de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Interna-

cional. La Mesa Directiva decidió a su respecto solicitar dictamen al director del Instituto del Derecho Internacional y de la Navegación Dr. José D. Ray. Dicho dictamen, previa aprobación por la Mesa Directiva, fue elevado a la Cancillería y en sus aspectos principales sostiene lo siguiente:

Los antecedentes del proyecto bajo consulta se remontan a los trabajos del Comité Marítimo Internacional referentes a la Convención de Bruselas de 1924, su protocolo de 1968 y los de UNCITRAL, que culminaron con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas de 1978, conocida con el nombre de "Reglas de Hamburgo" sobre transporte internacional de mercaderías. El tema fue nuevamente considerado en la Conferencia del mencionado Comité realizada en Singapur en febrero de 2001 y en diciembre de ese año fue entregado a UNCITRAL el borrador del documento que fue utilizado por un grupo de trabajo que se reunió en New York y, posteriormente, en Viena.

El documento al que se refiere la Cancillería ha sido elaborado en la reunión de UNCITRAL en New York, del 24 de marzo al 4 de abril de 2003 y figura como tema a ser analizado en el Coloquio de Bordeaux del Comité Marítimo Internacional y en la 36 sesión de la Comisión de Derecho Mercantil Internacional de Viena de julio de 2003.

Se destaca la importancia del Proyecto pues existen muchos puntos que son materia de opiniones divergentes y que deben ser considerados detenidamente para obtener un consenso que permita presentarlo como "Reglas Uniformes" o un Proyecto de Convención Internacional que cuente con el respaldo de los intereses de los cargadores, consignatarios, transportadores y aseguradores, es decir, de los titulares de las mercaderías y de los que cubren la responsabilidad civil en el transporte marítimo y tramos complementarios.

La Cancillería considera que el aspecto fundamental a dirimir es el relativo al ámbito de aplicación del Proyecto y si debe cubrir el transporte de "puerta a puerta" o "puerto a puerto". Las Reglas de La Haya como las de Hamburgo se refieren a la recepción y entrega de las mercaderías con relación al tramo marítimo y de ahí que en un principio se pensara en que el Proyecto debía regular el transporte de "puerto a puerto". Actualmente, dada la trascendencia del transporte en contenedores se ha difundido el "puerta a puerta", es decir, desde el lugar en que se encuentran las mercaderías y donde el transportador las recibe hasta el de la entrega al consignatario en destino y no puede dejar de considerarse esa realidad.

El transporte "puerta a puerta" al que se refiere el Proyecto se vincula al llamado "transporte multimodal" y en la reunión de Santa Cruz de la Sierra, en el año 1998, se analizó el tema de ese transporte destacándose la incidencia de la responsabilidad del transportador marítimo en los transportes internacionales, porque es necesario contemplar y superar las asimetrías que se dan entre las leyes que regulan los distintos transportes y también las existentes en los distintos países, como ocurre entre los miembros del Mercosur.

En ese sentido las propuestas giran entre el establecimiento de una regulación uniforme y el llamado "Net System", de acuerdo con el cual cuando se localiza el lugar en el que se produce la avería o la pérdida se aplican las normas que rigen ese tipo de transporte, sin perjuicio de un régimen genérico para cuando no puede realizarse esa individualización.

En el Proyecto que menciona la Cancillería se contempla la documentación por escrito y por vía electrónica y se comentan las alternativas planteadas con respecto al ámbito de aplicación, al tipo de transporte cubierto y a la exigencia de superar los conflictos que pueden plantearse entre las normas a proyectar y otras de carácter nacional o internacional.

En síntesis, debe contemplarse el transporte "door to door" y el cubierto por conocimientos o por documentación electrónica. Hay temas que deben ser objeto de una revisión y contemplar debidamente algunos aspectos de la responsabilidad del transportador contractual y el de la jurisdicción frente a las alternativas planteadas.

Después de la reunión de UNCITRAL de mediados de 2003 se da la oportunidad de volver sobre el tema.

5. Como señalamos en el capítulo II que antecede, la Mesa Directiva en la reunión del 4 de diciembre trató la consulta del Ministerio del Interior sobre la "Agenda de Trabajo Sociedad Civil", preparado por la "Comisión para el Análisis y Estudio de la Reforma Política". En dicha reunión decidió, ante la urgencia de presentar las propuestas antes del 10 de diciembre, tratar solamente la primera cuestión de la mencionada Agenda: Reforma de la Constitución. La Mesa Directiva decidió solicitar al Presidente la redacción del proyecto de respuesta y éste, con información suministrada por el académico Dr. Jorge R. Vanossi y con sugerencias del académico Dr. Juan R. Aguirre Lanari, redactó el proyecto de respuesta que fue aprobado en la misma reunión y cuyo texto se transcribe a continuación:

"Tengo el agrado de dirigirme a usted siguiendo mi anterior del 17 de noviembre pasado, con motivo de la invitación que hiciera a esta Academia para hacer llegar a ese Ministerio propuestas sobre el tema de la referencia.

"Analizada la 'Agenda de Trabajo Sociedad Civil' adjuntada a su nota originaria del 11 de noviembre pasado, la Mesa Directiva de esta Academia y la Dirección de su Instituto de Derecho Constitucional han considerado conveniente comenzar nuestras propuestas acerca del tema *Reforma de la Constitución*, sin perjuicio de resaltar la importancia que nos merecen los demás temas incluidos en la mencionada Agenda, como es todo lo relativo al 'sistema electoral', 'partidos políticos' y 'justicia electoral', de los que nos interesaría conocer propuestas para analizarlas en el año académico 2004, en razón de que nuestras actividades terminan al fin del corriente mes y las reanudamos a partir del 1º de febrero próximo.

"En lo que concierne a la reforma de la Constitución, la amplitud de su enunciado sin especificar por qué, para qué y sobre qué se hará la reforma propuesta, induce a esta Academia a abordar el tema sólo en los aspectos concernientes a la oportunidad, conveniencia y necesidad de ella.

"La prudencia de esta Corporación se inclina a prevenir contra toda tendencia reformista que ponga a prueba el renovado ejercicio de la democracia política, más aún frente a la gravísima situación económica que le toca vivir al país. Esta posición, lejos de traducir una suerte de mesianismo constitucional, refleja una serena convicción sobre las peligrosas consecuencias que para todo el sistema institucional puede acarrear el persistir en esta recurrente tendencia reformista y es una advertencia sobre lo fácil que es caer en mutaciones que produzcan efectos contrarios a los buenos propósitos que pudieran perseguirse, o sobre el riesgo de desembocar en una competencia ideológica que termine por trastocar la propia filosofía política de la Constitución originaria y ahonde la división de los argentinos.

"Si se pretendiere corregir vicios y defectos de una mala práctica constitucional, ello no ha sido, ni es, ni será consecuencia del texto constitucional que nos rige, sino por el contrario, de un desacertado ejercicio de los poderes de gobierno que ella regula y peor aún, de su abierta e impune transgresión en muchos casos, que no es la ocasión de señalar.

"No parece buena la oportunidad ni mejor la conveniencia de lanzar al ruedo político una indefinida y siempre polémica reforma constitucional,



máxime cuando el actual gobierno busca proyectar internacionalmente un alto grado de seguridad jurídica que inspire confianza en el exterior. La estabilidad constitucional y la superación de la inseguridad política que está en la raíz de la inseguridad jurídica y económica, apoyada en la norma suprema y en la práctica de la libertad, genera la certeza en esos tres órdenes de la vida en relación, mientras que un proceso reformista pone en jaque el principio cardinal del Estado de Derecho, además de sembrar incertidumbre política. La vigencia del orden jurídico y su estricto acatamiento por parte de los tres poderes de gobierno y sobre todo por los gobernados, es condición indispensable para la respuesta de la economía a los estímulos de la estabilidad y el crecimiento económicos. Ante la inquietud sobre los temas constitucionales que refleja la 'Agenda' mencionada, la Academia cree oportuno señalar que antes de encarar reformas por ahora imprecisas y que no resultan oportunas hasta que el país alcance la deseada estabilidad política que surja del consenso de la mayoría de los gobernados, superando los extremos a que conducen las hegemonías o los fraccionamientos pluripartidarios, es prioritario complementar los mandatos y normas constitucionales de la Carta Magna vigente que se encuentran pendientes de regulación por parte de los poderes constituidos, en unos casos por incumplimientos de normas constitucionales expresas y en otros, por la necesaria complementación que requiere determinada legislación para convertir en operativas ciertas cláusulas constitucionales, que sin ellas pueden quedar como meras disposiciones programáticas.

"En esa tesitura viene al caso recordar la necesidad de dictar una ley especial que deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, para crear la Comisión Bicameral Permanente, que exige el art. 99, inc. 3, párrafo cuatro de la Constitución Nacional, que deberá expedirse sobre los decretos de necesidad y urgencia que, a título excepcional, dicta y dictare el presidente de la Nación como requisito procedimental indispensable para la validez de esos reglamentos. La demora en hacerlo permite emitir disposiciones de carácter legislativo que afectan el principio de la división de los poderes que enfáticamente refirma el mencionado artículo e inciso de la Constitución, cuando dice: 'El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo', resultando de esta situación anómala una profusa e importante regulación normativa que tanto acuerda, como retacea o niega derechos y garantías individuales que resultan de la parte dogmática del texto constitucional o alteran disposiciones de su parte orgánica; todo ello extendiendo un man-

to de posible inconstitucionalidad de la legislación que en esas condiciones se sanciona. Lo que antecede es válido también respecto de los decretos que promulgan parcialmente leyes y los que ejercen facultades delegadas por el Congreso, porque así lo exige el art. 100, en sus inc. 12 y 13 del texto vigente.

“Está pendiente aún desde el 31 de diciembre de 1996 (cláusula transitoria sexta) la sanción de la ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, que instituya el régimen de coparticipación federal de las contribuciones directas e indirectas, previsto en el art. 75, inc. 2, párrafos segundo, tercero y cuarto. La falta de esta normativa, suplida con la antigua ley 23.548, perturba el saneamiento y ajuste de las cuentas fiscales nacionales y provinciales, que trae como consecuencia que actualmente exista un federalismo fiscal para gastar pero no para recaudar y que, debido a ello, haya provincias que perciben más que lo que de acuerdo con las normas constitucionales citadas debería serles asignado y otras, cuya exigua participación las ha llevado a la inconstitucional decisión de emitir cuasi-monedas que carecen de curso legal y forzoso, pues no son más que títulos locales de deuda pública. La Academia es consciente de la dificultad práctica que existe para arribar a un sistema equitativo y solidario, pero advierte que los requisitos constitucionales puestos por la reforma de 1994 al artículo e incisos antes mencionados, hace que muchos de ellos resulten meramente programáticos y no operativos, pues no es sencillo lograr ‘un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional’ (párrafo tercero del artículo e inciso mencionados). Recordamos, para cerrar este tema, la necesidad de sancionar este régimen de coparticipación tributaria, por la importancia que tiene la asignación de estos recursos en las cuentas fiscales nacional, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires que, por su defectuosa aplicación, han generado una deuda pública externa e interna que pesa gravosamente sobre las finanzas del país y su conjunto.

“En esta suerte de inventario de las ‘deudas’ del legislador federal para con los mandatos o preceptos constitucionales, cabe señalar la ausencia de “acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral” para asegurar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios (art. 37), así como que no hay reglamentación de la participación económica del Estado destinada a la capacitación de los dirigentes políticos (art. 38) y que tampoco se han dictado ‘las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección’ del medio ambiente (art. 41). Está trabado el

trámite de sanción de la ley de amparo (art. 43), no están reglamentadas las acciones correspondientes a la protección de los denominados 'derechos de incidencia colectiva' (art. 43) y no se ha adoptado la legislación que corresponda en cuanto a la ampliación de la acción de habeas corpus (art. 43).

"En la segunda parte de la Constitución, 'Autoridades de la Nación', está pendiente el debate y esclarecimiento del alcance atribuible a la exclusión 'en todos los casos' de la sanción tácita o ficta de normas legales (art. 82), lo que se vincula con el régimen o tratamiento por parte de la Comisión Bicameral Permanente que tratará los decretos de necesidad y urgencia que dicte el Poder Ejecutivo y que aún es inexistente. Asimismo, el art. 120 de la Constitución convierte al Ministerio Público en virtual cuarto poder del gobierno federal, pero no incluye la estabilidad para sus integrantes. Es del caso analizar si la ley reglamentaria ya dictada cumple o no satisfactoriamente con esa condición tan vinculada con la proclamada 'independencia' del Procurador General, del Defensor General y de los demás miembros.

"Debemos aclarar que la enumeración sobre el retardo legislativo antes expuesto debe entenderse como una colaboración con los poderes constituidos. La hemos efectuado como un ejemplo elocuente de que las falencias institucionales que deben preocuparnos no pasan por el orden constitucional sino por otras medidas accesibles a los aludidos poderes y a los mismos gobernados, que vienen reclamando reformas ajenas a la ley suprema. Esta, por el contrario, debe revalidar su prestigio con el acatamiento de gobernantes y gobernados, evitando que la Constitución Nacional sea tomada como excusa de reclamos insatisfechos, olvidando que sus principios rectores están recomendados por la sana experiencia de nuestro país y del exterior. Bien dijo Alberdi que el secreto de tener Constitución es evitar su reforma fácil, agregando que las reformas a la Constitución son como las operaciones al cuerpo humano, necesarias a veces, pero terribles siempre.

"Por eso, estamos dispuestos a colaborar con las reformas legislativas o reglamentarias que sean convenientes y que pueden asomar en los otros puntos de la enumeración que consta en su nota del 11 de noviembre pasado. Para ello, repetimos, deberíamos contar con los antecedentes que en el curso de los meses anteriores a la misma se han ido discutiendo y agregando en el seno de la aludida Comisión que estudia la 'Agenda de Trabajo Sociedad Civil'.

“Cabe decir finalmente que lo que es oportuno y necesario es profundizar el conocimiento de la Constitución vigente, divulgar sus incuestionables virtudes, respetar las garantías y derechos que proclama, ejercer con ecuanimidad los poderes que otorga y transitar al unísono, todos los que quieran habitar el suelo argentino, la senda señalada por los constructores de la Organización Nacional. Esta Academia considera, por último, que los cambios que la República reclama no pasan por la reforma de la Constitución, sino por su aplicación efectiva a través de una legislación inteligente y responsable que encauce definitivamente la vida nacional por el camino de la vigencia del orden jurídico, del respeto de las instituciones, del desarrollo económico sostenido y del mejoramiento social.”

#### *IX.- Labor de los Institutos.*

Los comentarios que siguen a continuación resultan de los respectivos informes elevados a la Presidencia por los académicos directores de cada uno de los institutos.

##### *Instituto de Derecho Administrativo*

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo, durante el año, sesiones de trabajo en las cuales, entre todos sus integrantes, se examinaron diversas cuestiones vinculadas a esta rama del derecho público.

Entre ellas merece destacarse la primera sesión del 29 de abril donde, en oportunidad de encontrarse en Buenos Aires el Catedrático español D. Lorenzo Martín-Retortillo, fue invitado a exponer acerca de “*Los últimos Tratados y Proyectos de la Comunidad Europea*”.

Entre las sesiones académicas posteriores, merece destacarse la exposición que hiciera el 10 de junio el Dr. Daniel Fernando Soria sobre “*La situación actual del Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*”. Más tarde, la actividad del Instituto continuó con la disertación del Dr. Ignacio de la Riva, el 4 de noviembre, sobre: “*Intervención del Estado y derecho: ¿Es posible fijar límites jurídicos a las políticas de fomento?*”.

La sesión del 18 de noviembre estuvo a cargo de los Dres. Pablo Esteban Perrino y Ezequiel Cassagne, quienes analizaron el siguiente tema: “*El nuevo régimen de caducidad y prescripción de créditos contra el Estado Na-*

*cional previsto en el Proyecto de Ley de Presupuesto para el año 2004*" para lo cual se distribuyó entre todos los presentes una copia del artículo 71 de dicha ley.

Finalizando el año expuso el Dr. Gerónimo Rocha Pereyra sobre: *"Alcances de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo"*, el 18 de diciembre, y luego de la misma se generó un interesante debate entre los asistentes.

Juntamente con el Instituto de Derecho Constitucional publicaron un libro titulado *"Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario"*, que contiene veinticinco trabajos de los miembros de ambos institutos y un *"Introito"* del Presidente de la Academia.

#### *Instituto de Derecho Civil*

Bajo la dirección del académico doctor Félix A. Trigo Represas y la subdirección del académico doctor Santos Cifuentes, el Instituto comenzó su labor en el mes de marzo, con la terminación de algunos trabajos escritos que habían quedado pendientes del año 2002, y que habrían de integrar la obra *"Estudios sobre la 'pesificación' y la emergencia económica"*, la número 9 de la serie "Estudios".

Asimismo, la circunstancia de haberse pronunciado la Corte Suprema de Justicia, con fecha 5 de marzo, en los autos "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional", resolviendo la inconstitucionalidad de la "pesificación", dispuesta por el decreto 214/02, de los depósitos en moneda extranjera existentes en el sistema financiero, obligó a este Instituto a un tratamiento y análisis complementario sobre dicho fallo, con destino a su inclusión también en ese mismo volumen, como introducción. De esta manera, el ejemplar que finalmente llegaría a publicarse en el año a que se refiere esta memoria, contó con tal "Introducción a manera de prólogo (el fallo de la Corte Suprema en autos *'Provincia de San Luis c. Estado Nacional'*)", redactada por el doctor Félix A. Trigo Represas, pero sobre la base de una elaboración conjunta de los integrantes del Instituto. Igualmente, aparecen en la obra los seis estudios de distintos miembros del Instituto, cuyo detalle es el siguiente: *"Aplicación de la corrección de los contratos por imprevisibilidad (art. 1198 del Código Civil), a las obligaciones alcanzadas por la ley 25.561 y disposiciones complementarias"*, del doctor Santos Cifuentes; *"Obligaciones en moneda extranjera. Evolución y su consideración en la ley 25.561 y en el decreto 214 de 2002"*, del doctor Rubén H. Compagnucci de Caso; *"La revisión y renegociación de los contratos. Perspectiva desde el Codi-*

go Civil de Vélez Sarsfield a las normas de emergencia de 2002", del doctor José María Gastaldi; "Obligaciones de dar sumas de dinero extranjero en mora anteriores a la ley 25.561 de emergencia económica", del doctor Fernando A. Sagarna; "La pesificación y las obligaciones en moneda extranjera en mora desde antes de la promulgación de la ley 25.561", del doctor Eduardo Sambrizzi y "Régimen de las obligaciones en moneda extranjera entre particulares, luego pesificadas por la ley 25.561 y normas complementarias", del doctor Trigo Represas.

En la segunda parte del año 2003, el Instituto se ocupó del tema "Responsabilidad civil", *vedette* del derecho contemporáneo al decir del ilustre decano de Lyon D. Luis Jossierand. Fue así que se encaró la realización de una reunión pública, que tuvo lugar el día 22 de octubre, en la sede de la Academia. En dicha oportunidad, luego de unas breves palabras introductorias del doctor Trigo Represas, sobre la responsabilidad por daños y la personalidad de los dos miembros del Instituto que hablarían, se escuchó a los disertantes, doctores Alberto J. Bueres y José W. Tobías, que expusieron sobre "Atipicidad del ilícito y daño injusto" y "La relación de causalidad en la responsabilidad civil médica", respectivamente. La reunión, que contó con una apreciable concurrencia de público, tuvo un excelente nivel en sus exposiciones y despertó un gran interés, puesto de relieve en el intercambio de ideas posterior entre asistentes y disertantes.

#### *Instituto de Derecho Constitucional*

El plenario académico en su sesión del 24 de abril aceptó las renunciaciones presentadas por los doctores Jorge R. Vanossi y Alberto Rodríguez Varela, en sus cargos de director y subdirector del Instituto de Derecho Constitucional, en razón de que han asumido como Presidente y Vicepresidente, respectivamente, de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. El plenario agradeció a los académicos renunciantes la colaboración prestada y designó como director de este Instituto al académico titular Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari.

El Instituto llevó a cabo seis reuniones plenarias, los días 11 de marzo, 17 de junio, 26 de agosto, 16 de setiembre, 14 de octubre y 11 de noviembre. En el transcurso del año los doctores Gregorio Badeni y Beatriz Alice expusieron sobre el tema "Presunción de inocencia", y el doctor Alberto R. Dalla Via lo hizo sobre "La Constitución Europea". En dichas oportunidades se contó con la destacada participación de los miembros del Instituto.

Asimismo, en el curso del año se incorporaron al Instituto dos nuevos integrantes, los doctores Gustavo Hornos y Alfonso Santiago.

En la reunión del 11 de noviembre se formularon consideraciones en relación con los temas a desarrollar durante los encuentros del próximo año, con especial referencia a los diez años de la reforma constitucional de 1994. Se decidió que en la reunión del 23 de marzo de 2004 se tomará nota de aquellos miembros del Instituto que manifiesten su decisión de ser expositores de un tema, indicando el mismo. Los demás integrantes del Instituto podrán efectuar aportes y, asimismo, presentar alguna propuesta o ponencia por escrito referida a la temática en estudio. Oportunamente, se evaluará la posibilidad de efectuar la publicación de los trabajos.

Finalmente, por iniciativa de este Instituto y junto con el de Derecho Administrativo, se concretó la publicación de una importante obra, titulada *"Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario"*.

#### *Instituto de Derecho Empresarial*

Bajo la dirección del académico doctor Jaime L. Anaya, las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales, iniciándose con la realizada en marzo, durante cuyo transcurso el doctor Julio César Otaegui disertó sobre *"El grupo societario, desestimación y jactancia"*.

En esta exposición se recordó que el grupo se caracteriza en nuestro derecho por la dirección unificada que imprime la sociedad matriz merced al control que ejerce sobre sus filiales, teniéndose presente que en el configurado por las situaciones descriptas en el artículo 33 de la ley 19.550 no se incluye el control externo de derecho, admitido en las legislaciones alemana, brasileña y portuguesa, ni el grupo de control gerencial, ni el grupo personal resultante de la dirección unificada que realizan los socios que son los mismos en todas las sociedades agrupadas, supuesto éste que está presente en el artículo 16l. 2 de la ley 24.522.

La matriz no es responsable por las obligaciones de las filiales ni viceversa, salvo en caso de ejercicio torpe del control o configuración de sociedad de hecho entre la matriz y la filial. Al ejercicio torpe se refiere el artículo 54, abarcativo de tres supuestos clásicos, a saber la simulación ilícita, el abuso de derecho y el fraude. Aunque en esta enunciación, que no es taxativa, no se encuentran contemplados por este artículo los casos de la imputación de obligaciones de la controlante a la controlada ni la

desestimación de la personalidad en beneficio de la sociedad o de los socios cuando la personalidad es invocada abusivamente por terceros.

La segunda excepción a la regla de la responsabilidad grupal se configura cuando la matriz y la filial se jactan de una actuación común, exteriorizando una sociedad de hecho que genera la responsabilidad solidaria de los socios. Los terceros no deben soportar la carga de la prueba de las relaciones internas entre quienes se presentan públicamente como socios y, conforme a lo dispuesto por el artículo 34 de la ley de sociedades, quien aparenta ser socio ante terceros tiene las obligaciones y responsabilidades de un socio. Esta situación a la que resulta aplicable el régimen de la sociedad de hecho se ha suscitado en nuestro medio con los grupos bancarios que se han jactado de serlo ante la plaza.

Debe distinguirse como un supuesto distinto el caso de las sociedades bancarias descentralizadas que operan a través de sucursales externas. A su respecto debe diferenciarse entre el riesgo económico de la sucursal por el que responde la sociedad descentralizada, y el riesgo político resultante de actos del gobierno del país en el que actúa la sucursal, por el que no es responsable. Sin embargo el riesgo político no dispensa de responsabilidad al grupo jactancioso porque en él prevalece el carácter de deudores solidarios.

En la sesión de mayo, que contó con la presencia del señor presidente de la Academia, doctor Horacio A. García Belsunce, la doctora Alicia Stratta expuso acerca de *"Los sujetos del mercado y la contratación"*. Sostuvo que con la problemática de los derechos del consumidor afloró en los últimos años una nueva categoría jurídica que se sitúa entre las normas del derecho civil aplicables a las personas en general y las normas del derecho comercial aplicables al comerciante y al comercio en general. A partir de la consideración de la actividad que cumple la empresa se distingue la contratación entre las empresas de aquélla que vincula las empresas con los consumidores.

En el campo contractual que concierne al llamado derecho del consumidor se plantea la necesidad de que los sujetos contratantes puedan estar en condiciones de determinar las reglas jurídicas que se van a aplicar a su relación desde el momento mismo de celebrar el contrato, sin depender de valoraciones ulteriores sobre el carácter profesional o de consumidor de la persona con quien se contrata. La noción del consumidor se encuentra inicialmente vinculada con el destino final de los bienes o con el hecho



de su falta de incorporación a cualquier proyecto de producción; pero ha sido extendida a otros sujetos, como los familiares del consumidor (v.gr. para el caso de daños que sufran por defectos de productos elaborados) que han sido ajenos a la contratación, extensión que ha beneficiado a personas jurídicas y a usuarios que pueden ser empresas, tal como acontece en el ámbito de los servicios públicos.

La legislación de los derechos del consumidor precedió a su incorporación con rango constitucional que se produjo con la reforma de 1994. Se introdujo así una distinción entre las personas según sea su actividad o profesión, fijándose un nuevo régimen contemplado en los arts. 42 y siguientes de la Constitución pero omitiéndose la determinación de las autoridades que tienen competencia para reglamentar esta materia. De esta suerte se ha producido una proliferación de regulaciones locales sobre temas relativos a derechos del consumidor.

La problemática de estos derechos se vincula con la contratación mediante cláusulas predispuestas, en particular cuando integran contratos de adhesión, encontrándose legalmente enunciadas situaciones en las que son calificadas como abusivas. A este respecto se sigue el criterio de la nulidad parcial que afecta a la cláusula sin perjudicar al contrato y se manifiesta una tendencia atributiva de la discrecionalidad judicial para integrar el contrato, la que se encuentra presente en el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998. En seguimiento de alguna orientación del derecho comparado, el artículo 38 de la ley 24.240 deja librada a la autoridad administrativa la atribución de determinar la existencia de cláusulas predispuestas abusivas. A ello se suma la posibilidad de que la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor disponga la invalidez de ciertas cláusulas y la imposición de sanciones, según una reglamentación que podría estar incurso en extralimitación de las facultades de la autoridad de aplicación.

En la sesión del mes de junio el doctor Eduardo A. Roca disertó sobre las sociedades constituidas en el extranjero, tema de renovada actualidad frente a las sentencias recaídas en el caso "Great Brands s/concurso preventivo". Afirmó como punto de partida que en el derecho moderno se extiende la concepción que reconoce la personalidad de las sociedades que se han constituido en el extranjero, principio que consideró como recibido en nuestro derecho a partir de la equiparación entre los nacionales y los extranjeros que establece el artículo 20 de la Constitución Nacional. Ello no obstante cabe tener en cuenta que en la justicia en lo comercial se viene

decidiendo la incapacidad de las sociedades constituidas en el extranjero cuando no han dado cumplimiento a la inscripción registral establecida por la ley argentina, pese al criterio discordante con tal interpretación que sentara la Corte Suprema de Justicia en el caso "El Hatillo". En el caso "Great Brands" la sentencia de primera instancia negó aptitud para ser tenida como sujeto concursable a una sociedad unipersonal constituida en el extranjero, no obstante encontrarse inscrita en la República a los fines de participar en una sociedad local conforme a lo reglado por el artículo 123 de la ley 19.550. La insuficiencia de esta inscripción resultaba de que, en los hechos, la sociedad no cumpliría su actividad sino en la Argentina, dato que el sentenciante equiparó al supuesto de la sociedad constituida en el extranjero para cumplir su objeto en la República que es legalmente considerado como un acto en fraude a la ley en el artículo 124. Este fallo fue revocado por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, solución ésta elogiada por el doctor Roca que recordó los principios aplicables según el Código Civil, los Tratados de Montevideo y lo convenido en la CIDIP II. La inscripción en el registro es en todos los casos un requisito necesario al solo efecto de gozar las ventajas que el Código de Comercio establece. No se vincula con la capacidad del comerciante individual o social, sino que, en todo caso, atañe a la esfera de la responsabilidad de los representantes y de los socios ante el ejercicio de una actividad sin el cumplimiento del registro.

Sin perjuicio del consenso que en general recibió esta exposición, el doctor Guillermo Ragazzi destacó la necesidad de tener en cuenta la proliferación de sociedades constituidas en los llamados paraísos fiscales que en los últimos años han solicitado la inscripción para participar en sociedades constituidas en la Argentina y puso también de relieve que la registración tiene por finalidad no sólo la oponibilidad a terceros de los estatutos o contratos sino asimismo dar una adecuada publicidad.

La doctora María Celia Marsili tuvo a su cargo la exposición del mes de julio, que fue dedicada a considerar los lineamientos generales del decreto delegado 677/01. En primer lugar abordó los cuestionamientos que se han levantado contra la constitucionalidad del decreto y los posibles modos de su saneamiento. En el marco ideológico de este régimen tuvo en cuenta la evolución del concepto de socio en la sociedad anónima hacia la noción de accionista inversor asumida como consumidor financiero, aspecto especialmente considerado por la doctrina española, que resultaría objeto de especial tratamiento según lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución. Esta parece ser la concepción asumida por el decreto 677/

01, sin tener en cuenta las distintas motivaciones de ambas figuras, ni la naturaleza y efectos de esta categorización. En la actividad financiera no hay un destino al consumo sino a la negociación. Sería conveniente que se estableciera expresamente la exclusión, salvo quizá para la relación entre el accionista inversor y el intermediario financiero.

Otro sujeto del decreto es el inversor institucional, de creciente importancia en el mercado de capitales. En tal sentido se debe tener en cuenta su escasa disposición a involucrarse en el gobierno corporativo para no quedar limitado en la negociación de los títulos ni alcanzado por incompatibilidades.

En lo relativo al gobierno corporativo, la creación del comité de auditoría tiene como objeto el control de la información contable, pero resulta poco representativo de la minoría puesto que su integración emana de la misma mayoría que designa al directorio. En cuanto a este órgano en sí, se puntualizan específicas conductas alcanzadas por el deber de lealtad, el tratamiento aplicable a la asignación de funciones y supuestos de inversión de la carga de la prueba.

Esta exposición motivó interesantes comentarios relativos a la recepción en nuestro derecho de soluciones del derecho comparado, cuestionándose su efectividad frente a la producción de graves casos de fraudes corporativos que se vienen manifestando y la dudosa ventaja que representa la inserción de un comité de auditoría en el directorio bajo un régimen jurídico que se caracteriza por la existencia de órganos con específicas funciones de control como lo son la sindicatura y el consejo de vigilancia.

Los acuerdos preventivos extrajudiciales (APE) fueron el tema de la exposición del doctor Ignacio Escuti en la sesión de agosto. Una consideración central de la problemática de las crisis empresarias es la concerniente a que una situación de índole económica debe ser abordada con criterios que exceden el marco meramente jurídico en el que se desenvuelven los abogados. Se requieren reformas drásticas y la ley 25.589 ha significado un avance en tal sentido. Pero la legislación concursal aun debe ser mejorada en cuestiones tales como las relativas a las obligaciones negociables, los pequeños concursos, la restauración de la calificación de conducta y ciertos aspectos de los APE. Con respecto a éstos se destacó la crítica que ha merecido la imprecisión terminológica y la insuficiencia del régimen establecido para la suspensión de las acciones de contenido patrimonial

al margen de una resolución judicial que la disponga. También es objetable la insuficiencia del sistema de oposiciones, su trámite y sus efectos; y otro tanto acontece con los efectos de la homologación.

En los comentarios a esta exposición, el doctor Héctor Alegría señaló el equívoco que se produce cuando frente a crisis sistémicas se recurre a soluciones jurídicas tradicionales que no son las adecuadas para superarlas. Con relación a la ley 25.589 es preocupante la admisibilidad de una coexistencia de múltiples acuerdos con la posibilidad de imponer los efectos aun a los acreedores que no participaron del APE, sin pautarse cómo ni qué acuerdo se aplicará a éstos. Tuvo también por inadecuado el régimen de esta ley durante la etapa en que el deudor se encuentra negociando privadamente porque carece de cualquier protección contra las acciones que se puedan iniciar en ese período crítico. El doctor Edgardo Alberti sostuvo que no incumbe a los juristas solucionar las crisis empresariales y postuló un derecho concursal que retorne a sus bases sin pretensiones de remediar problemas de índole económica. El doctor Osvaldo Marzortti se refirió al derecho americano y a las críticas que se dirigen respecto de lo que llamó el "paraguas" del Capítulo 11 que da cobijo a situaciones inviables. La doctora Alicia Stratta se refirió a la necesidad de que se introduzca en nuestra legislación normas más eficaces para sancionar las conductas fraudulentas de los deudores.

La sesión pública del Instituto se realizó en setiembre y tuvo como expositor al doctor Carlos S. Odriozola, quien trazó un panorama acerca de la sociedad anónima en la actualidad. Tras reseñar los antecedentes de este tipo societario y la evolución que tuvo en nuestro país, destacó la perduración del régimen de la ley 19.550, con las reformas de la ley 22.903, atribuible a la consideración que se tuvo de los proyectos que la precedieron y del derecho comparado, como así también al sometimiento de sus textos a consultas previas a su redacción definitiva.

Aludió a la desmesurada utilización del tipo y al escaso número de las que cotizan, siendo que además en éstas el capital flotante en el mercado promedia sólo el 30%. Y señaló que frente a una tradicional apatía del accionista inversor, en los años 90 se produjo una modificación con la irrupción del inversor institucional que asume un papel mucho más activo y que ha venido acompañado con la búsqueda del buen gobierno societario —*corporate governance*— alentando la inversión con transparencia y participación en el gobierno y el control societario. Las crisis padecidas por ciertas empresas originaron la constitución de grupos financieros, entre

los cuales algunos conocidos como "fondos buitre". En este contexto se sancionó el decreto 677/01 para dotar de seguridad a los inversores institucionales, con importantes modificaciones a las leyes 17.811 y 19.550, discutibles en su constitucionalidad. También en los años '90 como consecuencia de las privatizaciones y de la participación en ellas de diversas compañías que sin disponer ninguna de la mayoría responden a distintos intereses, se acentuó la práctica de las convenciones de accionistas.

La permanente evolución del derecho societario ha conducido a significativas reformas en el derecho comparado. La tendencia se dirige hacia una atenuación de las normas imperativas, especialmente para empresas medianas y pequeñas. La ley argentina tiene una suficiente plasticidad para dar respuestas adecuadas en el marco de la autonomía de la voluntad, a los conflictos que suelen resultar de controversias vinculadas con la rentabilidad, la recuperación de la inversión y el control societario.

Subsisten algunos grandes temas que aun son materia de debates, como el reconocimiento de un interés grupal y su posible colisión con el interés de las sociedades integrantes y el de los accionistas externos, la regulación del gobierno corporativo, y la inoponibilidad de las convenciones de accionistas.

La exposición finalizó con las referencias al Anteproyecto de reformas a la ley 19.550 elaborado por una Comisión en el seno del Ministerio de Justicia, que fuera designada a principios de 2002 cuando el titular de la cartera era el doctor Jorge Reinaldo Vanossi. Mencionó algunos de los más significativos cambios propuestos y expresó su parecer al respecto.

La ley aplicable y la jurisdicción competente en el comercio a través de Internet fue el tema abordado en la sesión de octubre por el doctor Osvaldo Marzorati.

Afirmó como principio general que, según nuestro derecho, la ley aplicable a los conflictos internacionales se basa en la autonomía de la voluntad, principio que tiene además el sustento de la Convención de Viena sobre compraventa comercial internacional, en la Convención de México sobre contratos internacionales de 1994 (CIDIP V) y en la normativa del Mercosur. En defecto de determinación por las partes, se manifiestan dos tendencias con relación a litigios derivados de contratación por Internet. Una postula la creación de una normativa especial específica; otra, acudir

a las reglas tradicionales del D.I.P. que es ventajosa por la difusión que ya tienen y por su aplicabilidad a los problemas que surgen de Internet que no son nuevos salvo en cuanto a su ropaje tecnológico. Han surgido, no obstante, distintas previsiones legales sobre la contratación electrónica que atienden a problemas como la formación del consentimiento o la protección de los consumidores. Así, la ley Modelo del Comercio Electrónico de CNUDMI, la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas de EE.UU. (1999), la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico 2000/31, la ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional de EE.UU. (2000), la Directiva Europea 97/7, etc.

Con respecto a la jurisdicción, el derecho argentino admite la prórroga de jurisdicción en asuntos patrimoniales, incluso a favor de tribunales extranjeros, sin perjuicio de las disposiciones de los tratados que gozan del rango que les otorga la Constitución. La ausencia de un organismo internacional que entienda en el derecho internacional de los negocios aumenta la posibilidad de conflictos de competencia, existiendo diversos criterios sobre jurisdicción y ley aplicable y aun sobre su traslación a los conflictos en el ámbito de Internet. Se puede describir como una nueva jurisdicción la del ciberespacio, que atraviesa transversalmente las jurisdicciones existentes, internacional, comunitaria, nacional, provincial, municipal, existiendo ya una cantidad de sonados casos en el derecho americano. En Europa los convenios internacionales aplican una distinción entre transacciones mercantiles (*business to business*) y negociaciones de consumo (*business to consumer*). En la Conferencia de La Haya todavía está sometida a discusión la competencia en materia contractual, pero con relación a los consumidores la solución general del proyecto es que el consumidor puede demandar en el Estado donde tiene residencia habitual cuando el contrato se origina en actividades que la otra parte ejecutó en ese Estado o dirigió hacia ese Estado, incluyendo promoción o negociación, a menos que esa otra parte demuestre que el consumidor tomó las providencias necesarias para celebrar el contrato en ese otro Estado o que los bienes o servicios fueron provistos al consumidor cuando se hallaba en ese otro Estado.

El hecho de que los conflictos más frecuentes se observan en las transacciones comerciales, no oculta la vastedad de los problemas que genera Internet como lo son los delitos informáticos (ciberdelitos), infracciones a la propiedad intelectual (piratería), quebrantamiento de la lealtad y publicidad comercial, infracciones impositivas, ocupación ilícita de los nombres de dominio, la adecuación de normas del derecho del trabajo cuando

los servicios son cumplidos en diversas jurisdicciones, la tutela de garantías individuales como la privacidad y el honor, los derechos de los consumidores.

En la Argentina no existe jurisprudencia sobre los problemas creados por Internet. El Proyecto de Código de DIP de mayo de 2003 no contempla ninguna solución específica acerca de la ley aplicable al ciberespacio. Pero sería atribuible el criterio sentado por la Corte Suprema cuando decidió que a falta de tratados la competencia internacional en materia de contratos debe ser resuelta según lo dispuesto por los artículos 1215 y 1216 del Código Civil, dado que esta interpretación sigue el principio de derecho internacional denominado de "contactos mínimos".

Quienes propician la unificación de este derecho entienden que podría reducirse a un sistema de derecho internacional de reglas de elección de la ley aplicable en ciertas circunstancias, estableciendo un cuerpo supranacional articulado de reglas de elección aplicables a la determinación del derecho y así prescindiendo de la unificación del derecho sustantivo. Otros prefieren la articulación de reglas simples y claras para determinar la ley que se ha de aplicar a las ciberdisputas.

El expositor sostuvo que mientras no se alcance una Convención para regular estos conflictos, la justicia argentina puede manejarse con los criterios tradicionales sobre jurisdicción y ley aplicables, pero atendiendo también al amplio material provisto por la jurisprudencia internacional para considerar la analogía de las soluciones que ésta ha alcanzado respecto del hecho técnico del ciberespacio en situaciones novedosas.

La última sesión del Instituto, realizada en noviembre, contó con la asistencia del señor Presidente de la Academia y estuvo constituida por dos exposiciones. En primer lugar, el doctor Raúl Aníbal Etcheverry hizo una exposición panorámica sobre el Anteproyecto de reformas a la ley 19.550 redactado por la Comisión que designara el doctor Jorge R. Vanossi durante su gestión como Ministro de Justicia. Se refirió a los proyectos nacionales de reformas, a los congresos y jornadas celebrados y a la legislación comparada que fueron tenidos en cuenta por la Comisión para el cumplimiento de su tarea. Las innovaciones que se introducen tuvieron presente la inconveniencia de efectuar cambios bruscos en la legislación. Hizo mención a la nueva disciplina propuesta para las sociedades informales, la supresión de lo dispuesto por el artículo 30 limitativo de la capacidad asociativa de las sociedades anónimas, la admisión de las sociedades anónimas.

nimas y de responsabilidad limitada unipersonales desde su constitución, la amplia recepción del arbitraje para los conflictos societarios, la extensión del principio de la apariencia, la incorporación de diversas normas del decreto delegado 677/01, la introducción de reglas que atienden a la necesidad de capitalización de las sociedades sancionando la infracapitalización. Se mantuvieron los tipos societarios, se generalizó el régimen de las sociedades en formación, se autorizó la administración de las sociedades por personas jurídicas, se modificaron el artículo 54 y las normas sobre aprobación de la gestión y renuncia de los administradores. En cuanto a las sociedades constituidas en el extranjero se introdujeron pocos cambios, como v.gr. la sanción aplicable en caso de incumplimiento de los artículos 123 y 124, teniendo en cuenta que en el mismo Ministerio de Justicia actuaba otra Comisión que tenía a su cargo la elaboración de un proyecto de ley de D.I.P. que se encontraba trabajando sobre las reglas concernientes a tales sociedades. Varias reformas están destinadas a introducir precisiones sobre temas de índole práctica como las relativas a la confección de las actas, el sentido del voto en blanco. Se propicia la modificación del régimen de impugnación de las decisiones asamblearias y del directorio, así como lo relativo a la remuneración del directorio. Se incapacita a los directores revocados con causa para desempeñarse como administradores durante cierto plazo, se contemplan supuestos de necesaria actuación de auditores externos y se admite la posibilidad de gerenciamiento. Son importantes las innovaciones propuestas a los regímenes de sindicatura y de consejo de vigilancia. La posibilidad de celebrar contratos de colaboración empresaria distintos de los ya regulados es expresamente incorporada. Por último se propone una legislación de delitos y de infracciones societarias.

Al término de la exposición, el Director del Instituto destacó que los textos presentados al Ministerio sólo tienen el alcance de un anteproyecto con propuestas que la Comisión entendió oportuno introducir como base para una amplia discusión que permita efectuar las mejoras o las nuevas soluciones reclamadas para actualizar nuestra legislación societaria.

La segunda parte de la sesión estuvo dedicada a las nuevas reglas introducidas en materia de sociedades constituidas en el extranjero por la Resolución General N° 7/03 de la Inspección General de Justicia (IGJ). La doctora Alicia Stratta señaló que el principio de la ley del lugar de constitución había sido adoptado por la legislación societaria en el artículo 118, en consonancia con las reglas constitucionales (arts. 14 y 20), las del Código Civil y la Convención de CIDIP. De este sistema se aparta la Resolución



de la IGJ sobre sociedades constituidas en el extranjero al introducir un supuesto de ineficacia legal según el criterio de la sede, partiendo de una presunción de fraude de las sociedades *off-shore*, contrariando lo dispuesto por el Código Civil que establece la necesidad de una acción judicial para determinar la existencia de una simulación ilícita o de un fraude a la ley, violándose además el principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional. Examinó luego la cuestión a la luz de las reglas sobre la competencia administrativa y en particular de las disposiciones de la ley 22.315 y del decreto 1493. Recordó también sobre el tema un precedente que dio ocasión a un dictamen de la Procuración General del Tesoro de la Nación, en el que se determinan los límites de las atribuciones de la IGJ, así como diversos precedentes judiciales.

El doctor Eduardo A. Roca se refirió a la cuestión, adhiriendo a la exposición precedente y destacando las razones de índole fiscal que animaron el dictado de las resoluciones 7 y 8 de la IGJ. En el intercambio de opiniones que se produjo seguidamente, el doctor Ragazzi recordó que las mayores atribuciones de la IGJ están circunscriptas a las sociedades de capitalización y ahorro, así como a las asociaciones y fundaciones. El doctor Otaegui consideró necesaria la distinción entre las atribuciones que la IGJ tiene en materia registral de las que le conciernen respecto de la fiscalización del funcionamiento de las sociedades anónimas. El doctor Edgard Jelonche recordó que ha sido jurisprudencialmente aceptada la atribución de facultades a la Comisión Nacional de Valores para establecer exigencias normativas a fin de determinar que los sujetos que solicitan autorización para la oferta pública cumplan los recaudos legales concernientes a su funcionamiento. Y señaló que las sociedades que no pueden realizar su objeto sino fuera del lugar de su constitución, requieren una especial atención; el derecho local, agregó, debe disponer de medios adecuados para controlar los abusos y, en estos casos, no puede aceptarse sin más el principio de la ley de constitución.

El cierre de la sesión estuvo a cargo del doctor García Belsunce, felicitando a los expositores y efectuando algunas reflexiones respecto de las cuestiones debatidas.

#### *Sección Derecho del Trabajo del Instituto de Derecho Empresarial*

Bajo la dirección del académico doctor Antonio Vázquez Vialard, esta sección comenzó sus actividades en el mes de abril y finalizaron en el de diciembre. Se realizaron reuniones mensuales en la sede de la Academia,

y todas ellas fueron grabadas y luego desgrabadas y volcado su contenido en cuadernos que se distribuyeron entre 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, designado con anterioridad, la inició con una exposición del tema previamente determinado y luego se efectuó 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 1° de abril, *"Efectos de la responsabilidad solidaria en el Derecho del Trabajo"*, por el doctor Luis Ramírez Bosco.

El 6 de mayo, *"Análisis del fallo: 'Fundación Mujeres en Igualdad y otros c/ Freddo S.A. s/ amparo' Sala H (R-300.187) (discriminación del ingreso del trabajador)"*, por la doctora Susana Corradetti.

El 3 de junio, *"Radiografía del mercado del trabajo en la Argentina (empleos, salarios y problemas del mercado de trabajo)"*, por el doctor Pablo Mazzino.

El 5 de agosto, *"Conclusiones al Libro Blanco de la reforma previsional. Propuestas para un sistema mixto"*, por el doctor Jorge García Rapp.

El 7 de octubre, *"Suspensión del C.C.T. por concurso del empleador"*, por el doctor Mario Ackerman.

El 4 de noviembre, *"La extensión de la responsabilidad laboral a socios y administradores. Estado de la doctrina"*, por los doctores Julio César Simón y Ricardo A. Foglia.

El 2 de diciembre, *"Informe sobre el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires, en la causa 'Castro c/ Dycasa' (22-10-03), en el que se dispuso que las causas promovidas con motivo de la reparación de infortunios laborales en que se planteó la inconstitucionalidad de la ley 24.557, vuelvan al Tribunal de origen para que se reconduzca el proceso"*, por los doctores Juan Carlos Fernández Humble y Antonio Vázquez Vialard.

*Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación*

Con la dirección del académico doctor José Domingo Ray el Instituto realizó las siguientes actividades:

## I.- Distinciones

En el mes de mayo se informó sobre los trabajos de los miembros del Instituto y las distinciones que recibieron los doctores Jorge Arana Tagle como profesor consulto de la Universidad de Buenos Aires y Eduardo Cosentino con el premio Facultad por su tesis sobre "Responsabilidad en el Transporte".

## II.- Derecho Internacional Privado de la Navegación

El doctor Alberto Cappagli hizo llegar los borradores de su libro sobre "*Derecho Internacional Privado en el Derecho de la Navegación*" que se publicará el año próximo. A fines de noviembre se recibió el texto definitivo, que la Academia ya remitió a "La Ley".

## III.- Transporte multimodal

El doctor Diego Chami tiene en preparación su tesis sobre "*Transporte multimodal*", de la cual el doctor Ray es padrino. En el mes de octubre concurrió a la reunión de UNCITRAL en Viena sobre "*Issues of Transport*" que será uno de los temas de la Conferencia del Comité Marítimo Internacional (CMI) a realizarse en Vancouver el año próximo.

## IV.- Convenio de Montreal

El día 12 de agosto el doctor Eduardo Cosentino, en acto público, expuso sobre el tema "*Consideraciones frente a la entrada en vigencia del Convenio de Montreal*".

Debe señalarse que en las reuniones celebradas los días 2 de setiembre, 21 de octubre y 25 de noviembre, se consideraron los trabajos que los miembros de la Comisión de Derecho Aeronáutico presentarán y se coordinarán para la publicación de un libro en castellano sobre el Convenio de Montreal y si es posible con su traducción al inglés.

#### V.- Coloquio de Bordeaux

En el mes de junio el doctor José D. Ray concurrió, junto con los doctores Cappagli y Chami, al Coloquio de Bordeaux organizado por la Asociación Francesa de Derecho Marítimo y patrocinado por el Comité Marítimo Internacional. En el curso del mismo se consideraron los siguientes temas: "*Issues of Transport*"; "*Puertos de refugio para buques en emergencias*"; "*Modificaciones a las Reglas de York-Amberes*"; "*Documentación del transporte por vía electrónica*" y "*Seguros Marítimos*". Los trabajos son los prolegómenos para la consideración de esos temas en la Conferencia del C.M.I. a realizarse en junio de 2004 en Canadá, en la ciudad de Vancouver.

Cabe señalar que también concurrieron otros miembros de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo.

#### VI.- Seminario en el C.A.R.I

El 24 de noviembre se realizó en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) el Seminario acerca de "*Temas actuales sobre la responsabilidad internacional*", programado por la doctora Gladys Sabia de Barberis.

El doctor Ray tuvo a su cargo la apertura del acto, oportunidad en la que destacó que, con el mismo, se concretaba una idea que se desarrolló en el Instituto en una sesión del año próximo pasado y en una de las primeras de este año, quedando la doctora Gladys Sabia de Barberis a cargo de su programación en el mes de setiembre en el CARI, pero que debió postergarse para noviembre.

Tanto en el derecho público como en el derecho privado el tema de la responsabilidad y sus distintos aspectos nos llevaría a analizar las disidencias en el aspecto semántico, que con las de fondo, oscurecen el concepto.

En ese sentido se hace referencia, al hablar de responsabilidad en el derecho privado, a la culpa o negligencia, a la teoría del riesgo y a la llamada responsabilidad sin culpa u obligación de garantía.

El doctor Ray abordó el tema años atrás, al incorporarse como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Vene-

zuela y señaló que al jurista le está vedada la originalidad, si se impone el deber de repasar conceptos e instituciones que alcanzan una gran vulgarización y difusión doctrinaria y profesional.

Dejando de lado el concepto de responsabilidad en el ámbito moral y en el político y tomándolo en sentido jurídico, implica determinar quién se hará cargo de las consecuencias de ciertos hechos o actos, quién debe asumir e indemnizar los daños o realizar ciertos hechos o actos en determinadas circunstancias.

En el Seminario se enfocó la responsabilidad del Estado en el derecho internacional y se analizó el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos y el terrorismo internacional y se constituyeron tres paneles que analizaron distintos aspectos del tema.

#### VII.- Estatuto del Tribunal de Roma

Está en prensa el libro con el texto del Estatuto de Roma, el proyecto de ley complementaria y las exposiciones que se hicieron en la Academia el año 2002 y, como se ha señalado, se darán a conocer en el año 2004 los trabajos sobre el Convenio de Montreal que regula el transporte en derecho aeronáutico y que son el resultado de la labor de la Comisión constituida a ese efecto, sobre la que se hizo referencia en el Capítulo IV de este informe.

#### VIII.- Informe de la doctora Capaldo

Como el año pasado, la doctora Griselda Capaldo se refirió a su trabajo *"Diagnosis y prognosis jurídica sobre los cursos de agua dulce"*, en su carácter de becaria de la Fundación Humboldt y las distintas etapas que está cumpliendo como tal.

#### IX.- Limitación de la responsabilidad

En la reunión del 10 de diciembre, después de informar sobre la redacción de la memoria y los trabajos para el año 2004 en derecho internacional, marítimo y aeronáutico, el doctor Ray se refirió al tema de la limitación de responsabilidad en el derecho marítimo y la conveniencia de seguir el sistema de la Convención de 1976 sobre lo cual obra un documento de trabajo que será materia de estudio.

**X.- Reunión Conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.**

Los días 23 y 24 de octubre se realizó la Reunión Conjunta de la referencia, la que tuvo como tema: "*Derecho, política y economía. Equilibrios y desequilibrios*". La apertura del acto estuvo a cargo del señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Olsen A. Ghirardi. Acto seguido se hicieron las exposiciones por los académicos y con los temas que se indican a continuación:

Dr. Olsen A. Ghirardi: "*Política, derecho y economía. Equilibrios y desequilibrios*".

Dr. Horacio A. García Belsunce: "*Un común denominador de la política, el derecho y la economía: la inseguridad*".

Dr. Efraim Hugo Richard: "*Realidad, economía y derecho*".

Dr. Julio César Rivera: "*Análisis económico del derecho e interpretación*".

Dr. Pedro J. Frías: "*Política, economía y derecho, el desarrollo y sus alternativas morales*".

Dr. Jorge R. Vanossi: "*Constitución, seguridad jurídica y comercio*".

Dr. Pbro. Nelson C. Dellaferrera: "*Derecho, política y economía. Equilibrios y desequilibrios. Aspectos éticos y morales*".

Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci: "*Pautas económicas de interpretación en la jurisprudencia de la Corte Federal*".

La clausura estuvo a cargo del presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Debemos resaltar la jerarquía de la Reunión Conjunta por la excelencia de los temas tratados y la profundidad de los enfoques dados a ellos por los académicos disertantes. En sus palabras de clausura el Presidente de nuestra Academia destacó que como participante de las quince reuniones conjuntas efectuadas hasta el presente, debía destacar, sin perjuicio de la jerarquía que han tenido las reuniones anteriores, que ésta ha sido la más interesante por la amplitud de las cuestio-

nes expuestas y debatidas de conformidad al tema elegido para la reunión. Agregó que ello se ha debido a que el tema elegido se ha extendido del cientificismo jurídico a las ciencias sociales, como lo son la política y la economía y que la interrelación entre las mismas ha permitido que los académicos abordaran con sentido a la vez teórico y práctico los problemas nacionales, dando así una cabal demostración de que el quehacer académico contempla y vive las realidades políticas, económicas, jurídicas y sociales del país y del mundo en el que estamos integrados.

### *XI.- 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 Julio César Cueto Rúa, Víctor Tau Anzoátegui, Antonio Vázquez Vialard, Julio César Otaegui y Julio César Rivera. Con fecha 27 de octubre de 2003 el jurado mencionado expidió por unanimidad un dictamen, debidamente fundado, en el que concluye proponiendo que se adjudique el premio al libro del doctor Enrique M. Falcón titulado "*Tratado de la prueba. Civil. Comercial. Laboral. Penal. Administrativa*".

Además, el jurado propuso y el plenario académico así lo decidió, que se conceda Accésit para distinguir las obras del doctor José Osvaldo Casás, "*Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*" y del doctor Osvaldo R. Gómez Leo, "*Tratado del pagaré cambiario*".

En el primer semestre de 2004 se llevará a cabo el acto público en el que se hará entrega de las distinciones correspondientes.

#### *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 "Los medios electrónicos en el derecho" y designó para integrar el jurado a los académicos titulares doctores Jorge H. Alterini, Jaime Luis Anaya, Hugo Caminos, Santos Cifuentes y Roberto E. Guyer.

El plazo para la presentación de los trabajos vencerá el 31 de mayo de 2004.

## *XII.- Biblioteca.*

Prosiguió sus tareas en la biblioteca la doctora María Luz Rezk. Durante el año se dieron de baja una gran cantidad de anteriores publicaciones de la Academia, que se enviaron a la Fundación Garrahan. Además, se enviaron publicaciones de la Academia a diversas casas de altos estudios y a entidades que así lo requirieron.

La doctora Rezk clasificó, ordenó e informatizó todos los libros recibidos.

Se han ordenado e informatizado las publicaciones recibidas de otras academias e instituciones argentinas y extranjeras, y las que corresponden a académicos fallecidos.

## *XIII.- 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 el capítulo IV que antecede y, además, se han publicado las siguientes obras: "*Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario*", elaborada conjuntamente por los institutos de Derecho Constitucional y Administrativo y "*Estudios sobre la 'pesificación' y la emergencia económica*", obra número 9 del Instituto de Derecho Civil. En prensa se encuentran los libros "*La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión)*" y, de Alberto Cappagli, "*Derecho Internacional Privado en el Derecho de la Navegación*", ambos del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación.

Nos es grato informar que la editorial "La Ley" ha decidido prorrogar por tres años, hasta el 25 de febrero de 2007, el contrato de edición y su ampliación que fueron suscriptos el 28 de febrero de 1999 y el 12 de febrero 2001, respectivamente. La Academia agradece a "La Ley S. A. Editora e Impresora" su valiosa colaboración en la difusión de la labor de la Academia.



*XIV.- Distinciones y labor extra - académica de los señores académicos.*

Los doctores Juan R. Aguirre Lanari, Horacio A. García Belsunce, Segundo V. Linares Quintana, José D. Ray y Alberto Rodríguez Galán recibieron medallas recordatorias como socios más antiguos del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en ocasión de celebrarse el día del abogado y el 90° aniversario de esa Institución.

El doctor Juan R. Aguirre Lanari se incorporó como miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

El doctor Jorge A. Aja Espil fue homenajeado por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en atención a su trayectoria.

El doctor Germán J. Bidart Campos fue homenajeado por el Instituto de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina, ocasión en la que se presentaron dos publicaciones en su homenaje, compiladas por las Asociaciones Argentina y Peruana de Derecho Constitucional, que reúnen ochenta y tres colaboraciones.

El doctor Germán J. Bidart Campos fue designado "Ciudadano Ilustre" por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

El doctor Hugo Caminos participó de diversas sesiones del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, en Hamburgo, del coloquio organizado por el Institut de Droit Economique de la Mer, en Mónaco y de la sesión bianual del Institut de Droit International. Asimismo, en el mes de octubre fue elegido 2do. Vicepresidente de esa institución y distinguido, por la Universidad Nacional de Rosario, con el título de Doctor Honoris Causa.

El doctor Juan Carlos Cassagne fue condecorado por el Embajador de Francia con la "Legión de Honor".

El doctor Julio César Cueto Rúa fue distinguido con el título de Profesor Honorario por la Universidad del Salvador.

El doctor Horacio A. García Belsunce ha sido homenajeado por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales con motivo de haberse cumplido el 18 de noviembre de 2003 el cincuentenario de la fundación de dicha Institución, de la que el doctor García Belsunce es el único miembro fundador con vida y de la que ha sido tres veces presidente de su Comisión Directi-

va. En el mismo día y en homenaje al cincuentenario mencionado, el doctor García Belsunce presentó el "*Tratado de tributación*", Tomo I, "*Derecho Tributario*" (2 vol. de 1548 págs.) del que es director y co-autor. El 12 de junio dictó la clase inaugural de las I Jornadas sobre Jurisprudencia Tributaria en la Universidad Católica Argentina, disertando sobre "*La jurisprudencia como fuente del derecho*", e inauguró el IV Curso Intensivo de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 14 de julio, dictando una clase sobre el tema "*Introducción a la ciencia de las finanzas públicas y al derecho tributario*".

El doctor Augusto M. Morello fue incorporado a la nómina de Mayores Notables de la Comisión de Cultura de la H. Cámara de Diputados de la Nación, en atención a sus antecedentes, trayectoria y proyección de su mensaje social y ético a las jóvenes generaciones.

El doctor Carlos M. Muñiz fue designado académico titular de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

El doctor José D. Ray asistió al Coloquio de Bordeaux organizado por el Comité Marítimo Internacional, oportunidad en la que se trataron los temas "*Problemas del transporte de mercaderías por mar*" y "*Modificación de las reglas sobre avería gruesa*", y a la Asamblea Anual del citado Comité.

El doctor Alberto Rodríguez Varela fue designado Vicepresidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

El doctor Félix A. Trigo Represas se desempeñó como Asesor Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires y como Consejero Consulto Honorario del Instituto de Investigación de Ciencias Jurídicas y Morales de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata. Asimismo, el doctor Trigo Represas presidió una de las comisiones en las "*XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*", que tuvieron lugar en la ciudad de Rosario.

El doctor Jorge R. Vanossi fue designado Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y se incorporó, el 3 de diciembre, a la H. Cámara de Diputados de la Nación. Asimismo, el doctor Vanossi participó del seminario sobre "*La seguridad jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina. El caso argentino*", organizado por el Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid.

### *XV.- El resultado contable del ejercicio.*

En nuestra memoria anterior, al comentar los estados contables correspondientes al año 2002, nos referimos a los efectos producidos sobre ellos por la reforma al sistema monetario, financiero y cambiario resultante de la ley de emergencia económica 25.561 del 6 de enero de 2002, y del decreto 214/03 que dispuso la “pesificación” de las obligaciones en monedas extranjeras.

Dijimos que el proceso inflacionario derivado de las reformas distorsionó la moneda de curso legal como unidad de medida de la información contable, y que la necesidad de reexpresar los estados contables en moneda homogénea da lugar a la aplicación de un método específico de corrección de las distorsiones producidas en la información contable a valores históricos, porque éstos conducirían a expresar importes medidos en moneda de poder adquisitivo disímil. El mantenimiento de activos y pasivos sin ajuste por inflación origina pérdidas y ganancias de poder adquisitivo, conocidas como *resultados por exposición a la inflación (REI)*.

Siguiendo ese criterio se practicó el ajuste por inflación desde comienzos del ejercicio de 2003, cuyo coeficiente fue 1,008 (en el año 2002 era de 2,1821). Pero, a partir del 1º de marzo de 2003 se debió discontinuar la aplicación de la reexpresión en moneda homogénea, en virtud de lo dispuesto por la Resolución General N° 4/2003 de la Inspección General de Justicia, conforme a disposiciones anteriores del Poder Ejecutivo Nacional (ver nota 3 de los estados contables).

El resultado del ejercicio arroja un superávit de \$25.149,73, como consecuencia de deducir de los resultados financieros y por tenencia —que incluye el REI— (ver nota 10) de \$60.682,70, la diferencia negativa entre recursos y gastos de (\$35.532,97).

El rubro inversiones del activo no corriente (ha dejado de ser activo corriente por su no disponibilidad) asciende a \$740.083,52, conforme a la cotización bursátil de los distintos Bonos, de los cuales los Bonex 92 y los Bonos Global 2008 se encuentran con sus servicios impagos.

La contribución recibida del Ministerio de Educación de la Nación fue, a valores históricos, de \$121.456, ligeramente superior a la del año anterior de \$114.000,05. El patrimonio neto al cierre del ejercicio es de \$901.463,64, algo superior al del ejercicio anterior de \$869.270,29. La diferencia es el

superávit antes mencionado de \$25.149,73. El detalle de movimientos de fondos arroja un déficit financiero de (\$11.369,13), en virtud de que las aplicaciones de fondos fueron superiores a los orígenes de ellos.

#### *XVI.- Reflexiones finales.*

Atento a que esta memoria es la que corresponde a la terminación del mandato trienal de esta Mesa Directiva, creemos oportuno destacar los aspectos fundamentales que han caracterizado nuestra actividad en el período 2001/2003.

En primer lugar y en cuanto hace a la actividad interna de la Academia, hemos puesto el acento, con éxito que no disimulamos, en el desarrollo de la labor de los institutos. Con la creación de dos nuevos institutos, que llegan al número de seis y que agrupan a ciento ochenta y dos estudiosos de las distintas ramas y especialidades que hacen al objetivo de la Corporación, se han abierto las puertas de la Academia a juristas de acreditada solvencia, que han aportado trabajos e investigaciones y exteriorizado su quehacer en actos públicos que han atraído concurrencia calificada proveniente de los ámbitos docentes y judiciales y que han producido en el trienio ocho libros que integran la colección "Obras" de la Academia. Felicitamos a los directores, subdirectores y miembros de cada uno de los institutos por la labor que con empeño y excelencia académica han cumplido, respondiendo ampliamente a nuestros propósitos y les deseamos que continúen afanosamente la labor emprendida, mejorándola, si cabe, en calidad e intensidad.

Otro aspecto en el que hemos puesto particular interés ha sido la inclusión de temas de las ciencias sociales que hacen a la denominación y objetivos de nuestra Academia. Así, la política y la economía que viven en estrecha interrelación con el derecho, han sido materia de seminarios, jornadas y trabajos específicos. Con ello y sin descuidar la permanente temática jurídica, nos hemos acercado a la realidad que se vive en el país y en el mundo en el que estamos integrados.

En las *Reflexiones finales* de la memoria de 2002, comenzamos refiriéndonos a la situación institucional del país, que mereciera una declaración pública de la Academia el 11 de febrero de ese año, analizando los cambios institucionales que afectaron el orden político, jurídico, económico y social de toda la Nación. Dijimos que había una profunda crisis de credibilidad, que se agudizó la falta de seguridad jurídica y que las medidas

económicas y financieras adoptadas estaban en buena parte viciadas por su inconstitucionalidad, y agregamos que durante 2002 el panorama político era desconcertante. Afirmamos que la inseguridad política está en la raíz de la inseguridad jurídica y económica, que la falta de respeto a las instituciones y al ordenamiento legal, y la impunidad con que se actúa contra la propiedad pública y privada, son claros exponentes de la inseguridad física de las personas y de sus derechos y de la falta de autoridad de los poderes de gobierno para garantizar el orden jurídico, presupuesto ineludible en un Estado de Derecho.

El año 2003 abrió en su comienzo grandes expectativas e interrogantes. Se inició un nuevo período constitucional con elecciones en los poderes ejecutivos y legislativos de la Nación y de las provincias. En lo sustancial, de ellas ha surgido una consecuencia política trascendente: que en la Argentina hay un solo partido político con posibilidad de gobernar, que ha consolidado su dominio en el Poder Ejecutivo Nacional, en la mayoría del Congreso de la Nación y en ambos poderes en la mayor parte de las provincias. El fracasado balotaje del 18 de mayo colocó al electorado en la disyuntiva de dirimir una interna partidaria entre tres candidatos y con obvia prescindencia de otras minorías sin chance, por lo que no existe una oposición orgánica y significativa con posibilidad de presentar una alternancia de políticas y de políticos, que no son lo mismo.

El presidente Kirchner asume el poder en representación del 22% del electorado nacional. Posteriormente, ha aumentado el apoyo político de la ciudadanía, con contundentes demostraciones de poder que le dan un tinte hegemónico a su administración.

Es plausible que el gobierno esté encarando una lucha de resultados efectivos contra la corrupción y la impunidad que la hizo posible, en distintas escalas, en gobiernos anteriores. El procesamiento de varios funcionarios de esos gobiernos y de las cúpulas de las fuerzas de seguridad es un signo positivo para revertir la mala imagen del país, dentro y fuera de nuestras fronteras.

La inseguridad jurídica ha seguido latente en 2003. Fue tan insólito como inconstitucional, por violar abiertamente el principio de la división de los poderes, que el Ejecutivo, a través de la red de radio y televisión, instara al Poder Legislativo a iniciar juicio político contra los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que representó un ataque a la institución que es cabeza de uno de los tres poderes del Estado. Es imperioso

que se respete la independencia del Poder Judicial para que vuelva la credibilidad en él, pues lo contrario trae por sí solo graves consecuencias: afecta a los buenos jueces que en todas las instancias ejercen con probidad y jerarquía su función y conduce al descreimiento de la sociedad en la Justicia debido, entre otros motivos, a las grandes causas por delitos sin resolver (Embajada de Israel, AMIA, contrabando de armas, explosión de Río Tercero, IBM y Banco Nación, sobornos en el Senado, etc) y a la patología institucional de la llamada "Corte adicta". Esta Academia, en su declaración pública del 24 de julio pasado, dijo que hay que terminar con el apotegma de la "Corte adicta de cualquier signo político que sea", y que el juicio político que por mal desempeño puedan merecer algunos de sus integrantes, debe dejar a salvo la majestad y autoridad de la Corte como institución. Las vacantes producidas en el seno del Alto Tribunal alientan la esperanza de que los poderes políticos que tienen la misión constitucional de nombrar sus reemplazantes dejen de lado intereses e ideologías partidarias y sectoriales, para recuperar el prestigio y la autoridad de la institución, que no es sino el que corresponde a sus propios integrantes. Sostuvimos en esa declaración que la idoneidad ética y la probidad y competencia intelectual abarcativa de todo el derecho deben ser los requisitos indispensables para que el poder judicial, en todos sus fueros e instancias, sea el verdadero "guardián de la Constitución" y de la ciudadanía toda que brega por su plena vigencia.

La emergencia económica ha sido y sigue siendo causal de inseguridad jurídica. La ley 25.561 y los decretos anteriores y posteriores a ella, que han alterado y desconocido el derecho de propiedad y la intangibilidad de los contratos, han merecido la declaración de inconstitucionalidad de sus normas en ciertos casos, de los que ya nos hemos ocupado en la declaración del 11 de febrero de 2002 y en la memoria correspondiente a ese ejercicio. Sin perjuicio de ello, insistimos en que la inseguridad continuará mientras la Corte Suprema no resuelva los supuestos que aún no han sido materia de su pronunciamiento, y sobre los cuales también emitimos opinión en la memoria anterior.

Otra cuestión que tiene honda repercusión desfavorable dentro y fuera del país es la incertidumbre acerca de los contratos de las privatizaciones de los servicios públicos. Es necesario negociar las cuestiones litigiosas para asegurar la continuidad de las inversiones y evitar la deficiencia de los servicios que pueden llegar a disminuir en calidad y cantidad y, además, cuidar la incidencia que la actualización de las tarifas puede tener en el costo de la vida, en momentos en que no hay actualizaciones y mejoras

significativas de los salarios nominales, o sea que el salario real ha disminuido como consecuencia de una inflación —medida por el aumento de la canasta familiar— del 79% desde el día de la devaluación monetaria hasta la fecha.

Otro factor que se vincula a este tema y es primera prioridad, es la inseguridad física de las personas, de sus bienes y de sus derechos. Advertimos que esa inseguridad tiene su presupuesto en el temor de aplicar la ley. Si es legítimo el derecho de petionar, que conlleva la protesta por lo que se reclama, ¿eso autoriza a impedir el ejercicio del derecho de los demás? Nadie se pregunta cuál es su límite, olvidando ese concepto tan simple como definitorio de que el derecho de cada uno termina donde empieza el derecho de los otros. En ejercicio de sus legítimas facultades, los tres poderes del gobierno deben actuar de consuno para revertir la situación existente. Restablecer el orden jurídico debe ser un objetivo inexcusable y no negociable para lograr el bienestar general. La Academia dijo en su declaración pública del 2 de agosto de 2001 que no es suficiente amenazar con penas gravísimas, sino con la aplicación efectiva de las que están vigentes y que 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. Son contrarias a la política criminal que el país reclama, las posiciones mal llamadas “garantistas”, que encubren al abolicionismo o despenalización de las conductas que incriminan las leyes penales.

La negativa del gobierno a aceptar el ajuste impositivo por inflación tiene en su fondo un condimento jurídico importante, en cuanto la imposibilidad de los contribuyentes de hacer el ajuste de sus ganancias nominales deduciendo el porcentaje de inflación que las afecta, produce como efecto directo y real la tributación sobre beneficios ficticios o nominales que no condicen con la capacidad contributiva del sujeto obligado.

El Congreso de la Nación ha dado un golpe mortal a la seguridad jurídica argentina al *anular* las leyes de amnistía (de obediencia debida y de punto final) en violación al principio de la división de los poderes del Estado. Las leyes pueden ser modificadas o derogadas por el Congreso, pero sólo invalidadas por el Poder Judicial mediante la declaración de inconstitucionalidad en “caso” concreto.

Otra violación a la seguridad jurídica en perjuicio de la clase pasiva de la sociedad (futuros jubilados) resulta de la decisión del Poder Ejecutivo

Nacional que obliga a las AFJP a rescatar los títulos públicos originales en los que habían invertido la mayor parte de los fondos de los aportantes y que habían canjeado dos años atrás —siempre por disposición estatal— por préstamos en dólares garantizados con recaudación impositiva y que no fueron pesificados, por lo cual integran la deuda pública en *default*. El monto en juego afecta los derechos de nueve millones de futuros jubilados.

La situación económica y financiera ha mejorado en relación con la del penoso año 2002, pero ello no significa que la inseguridad no siga aún dejando sus huellas negativas. No vamos a entrar a analizar esta materia en detalle, sino a señalar los grandes problemas que la afectan. Ni en el corto ni en el mediano plazo podrán resolverse los dos problemas más grandes, a nuestro juicio, que afectan a la Argentina: la pobreza (el 54% de la población o sea diecinueve millones de personas) y el endeudamiento público externo (U\$S 178.795 millones, según lo denunció el gobierno argentino el 28 de septiembre pasado en la asamblea anual del FMI, que representa entre el 150 ó 170% del PBI).

Datos estadísticos informan que el 10% más rico de la población obtiene el 37% del ingreso total, mientras que al 10 % más pobre le corresponde el 1,5% de dicho ingreso. Estos contrastes en la distribución del ingreso, derivados del hiperdesempleo, la profunda recesión de fines de los '90, la crisis económica de diciembre de 2001 y comienzos de 2002 y el enorme endeudamiento al que nos hemos referido, consecuencia del déficit fiscal crónico, resultante a su vez del incremento del gasto público improductivo (aumentó de 1990 a 1999 en un 100%), sólo podrá resolverse con crecimiento económico sostenido durante muchos años. En el año 2003 hemos tenido un aumento del PBI equivalente al 8,4%, lo que señala claramente una recuperación, mas no un crecimiento sostenido que debe ser a mediano o largo plazo, mientras que en lo inmediato el crecimiento estará condicionado a la reestructuración de la deuda pública externa con los acreedores privados que permanecen en *default* desde hace dos años.

Tiene razón el gobierno cuando dice que no puede pagarse la deuda pública sin crecimiento, pero también es cierto que no puede haber crecimiento, que requiere inversiones privadas internas y externas, si no se recupera la credibilidad que supone, necesariamente, pagar las deudas. Si se ha convenido que la capacidad de pago de la Argentina estará dada —por ahora— por un superávit primario del 3% del PBI, que será en 2003 de alrededor de U\$S 4.000 millones, ¿qué quitas, plazos y otras condiciones



necesitamos para pagar U\$S 94.302 millones presentados en *default* en la asamblea antes recordada (posteriormente se lo ha reducido a U\$S 88.000 millones)?

Las cuestiones que inquietan dentro y fuera del país son sobre qué bases se asentará el crecimiento de los próximos años y cómo se repartirá el peso de la reestructuración de la deuda pública sin fondos externos ni paquetes de rescate como ocurría en el pasado. Y no nos olvidemos que el 38,4 % de los acreedores son argentinos.

Cobra cada vez más importancia lo que ocurra con la inversión privada, factor clave para que el crecimiento pueda sostenerse en el tiempo, pues sin esta condición, reducir el desempleo y la pobreza se convertirán en una simple expresión de deseos. En el "ranking de competitividad para el crecimiento" que elabora el Foro Económico Mundial, la Argentina pasó del lugar 44º que ocupaba en 2000, al 78º en 2003.

Una cuestión básica para el reordenamiento económico-financiero del país es el ajuste de las cuentas fiscales. El déficit crónico de la Nación y de las provincias, originado en los sucesivos aumentos de los gastos públicos improductivos necesarios para mantener el clientelismo político, la empleomanía oficial y los "ñoquis", han sido la causa del endeudamiento desmedido e incancelable que nos agobia. Es un dato positivo que el ejercicio fiscal 2003 haya cerrado con un superávit primario (sin pagar capital e intereses de la deuda) de alrededor de \$ 10.000 millones, pero hay que preguntarse si ello es consecuencia de la rebaja en los gastos o del aumento en los ingresos. La respuesta es que aumentaron unos y otros, pero más éstos que aquéllos. Los ingresos han crecido notoriamente, con gran euforia del gobierno, como efecto de la inflación que aumenta las bases imponibles, de la mencionada prohibición de ajustar los balances impositivos por inflación y de la creación de nuevos tributos con efectos distorsivos como las retenciones a las exportaciones y el impuesto sobre los créditos y débitos bancarios. En materia de gastos, sabemos que hay que gastar menos pero, fundamentalmente, bien. El gasto productivo genera riqueza y empleo; de los improductivos ya nos hemos ocupado, y agregamos que no es cierto que un mayor ahorro frenaría la inversión y, lamentablemente, porque se cree lo contrario, todo lo que se ahorra se gasta. Aumentar el gasto público es menos productivo que bajar impuestos distorsivos o estimular el crédito. Apoyamos el aumento del gasto social indispensable (vivienda, salud, educación), pero insistimos en la disminución de los gastos originados en estructuras burocráticas e innecesarias.

Otro aspecto esencial para el equilibrio económico en general y para el fiscal en particular es que, a pesar de la gran devaluación de 2002 —a la que nos hemos referido en las dos últimas memorias— no se produjo la inflación que se pronosticaba. El presupuesto para 2003 la previó en el 22% y resultó del 4,5%, como consecuencia del escaso consumo por la disminución de la capacidad adquisitiva de la mayor parte de la población y el congelamiento de las tarifas de los servicios públicos. Lógico es que, si para 2004 ambos factores son moderadamente corregidos, se prevea del 8 al 10%.

Un dato positivo es que el desempleo bajó del 21,5% en octubre de 2002, al 15% en 2003 como consecuencia de los subsidios del plan "Jefes y Jefas de Hogar" y de la reactivación señalada (8,4%), que se ha traducido en inversiones moderadas, principalmente en mantenimiento y en obras públicas, sin que haya aún un plan económico a mediano y largo plazo, que defina o esclarezca el alcance y los límites de la intervención del Estado en la economía. La inversión extranjera, necesaria para resolver deficiencias estructurales (como en el pasado), requiere esa definición junto con un equitativo y posible plan de cancelación de la deuda pública externa. *Seguridad y credibilidad* son las condiciones que nos faltan, pero que no es imposible alcanzar si se gobierna con sentido común, sin fanatismos ideológicos, y buscando el *bienestar general*.

La inseguridad no es ajena tampoco a la política exterior dada por la realidad y la imagen de las relaciones internacionales. Si, como dijimos en un acto público, por más que haya un solo estado con primacía militar y económica, la comunidad internacional sigue existiendo y el derecho internacional no ha caducado, sino que debe adecuarse a las realidades de la política internacional que debe regular, procurando reafirmar el orden jurídico internacional y la vigencia de sus instituciones, pese a los deterioros a ellas causados por decisiones que han superado las estructuras existentes, estamos más obligados que nunca a definir categóricamente, sin especulaciones transitorias, nuestra posición en el concierto mundial y especialmente en el de América latina. Se relaciona esencialmente con esa definición, la política a seguir en materia de protección y defensa de los derechos humanos, que supone inexorablemente pronunciarse en contra de sus violaciones y, por ello, hace a nuestra preocupación las vacilaciones que exhibe la Argentina en estos momentos.

Volviendo a mirar hacia adentro, no podemos ocultar nuestra satisfacción por la intensificación de las actividades de la Academia en cantidad y calidad durante el trienio que termina. La Mesa Directiva agradece pro-

fundamente a los señores académicos el apoyo y la colaboración que han prestado a la conducción de la Institución para concretar los objetivos de todos sus integrantes y afianzar los fines y los ideales que nos vinculan y que hacen de esta Corporación un crisol en el que se funden la vocación por el derecho, la preocupación por la cosa pública, la independencia política y la *affectio societatis* que une a sus integrantes.

La Mesa Directiva agradece a la Secretaría Administrativa, en la persona de cada uno de sus integrantes, la dedicación, eficiencia y fidelidad con que han cumplido sus funciones, que nos ha permitido la realización de todo lo hasta aquí expuesto.

Con fundadas esperanzas de que la Academia seguirá en futuros ejercicios la trayectoria que hasta ahora hemos cumplido, con los aciertos que debemos a las opiniones y a los consejos de nuestros cofrades y con los errores que son de nuestra propia responsabilidad, damos por terminada esta memoria que dedicamos a la recordación y homenaje al sesquicentenario de la Constitución histórica de 1853.

Buenos Aires, 4 de marzo de 2004

Eduardo Aguirre Obarrio  
Félix A. Trigo Represas  
Académicos Secretarios

Horacio A. García Belsunce  
Académico Presidente

# BALANCE DEL EJERCICIO 2003

## Estados Contables

correspondientes al ejercicio económico  
iniciado el 1º de enero de 2003  
y finalizado el 31 de diciembre de 2003

## Indice

Balance General  
Estado de Recursos y gastos  
Estado de Evolución del Patrimonio Neto  
Notas  
Anexos  
Informe del Auditor

Domicilio legal: Avda. Alvear N° 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.

**Estados contables** Por el ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2003 y finalizado el 31 de diciembre de 2003

FECHA DE AUTORIZACION DEL PODER EJECUTIVO: 25 de Octubre de 1940

Nº DE INSCRIPCION EN LA INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA:  
X - 2045

**Balance General**  
al 31 de diciembre de 2003 (Notas 1 a 3)

	\$
<b>ACTIVO</b>	
<b>ACTIVO CORRIENTE</b>	
Caja y bancos (Nota 4)	8.221,34
Otros créditos (Nota 5)	17.378,14
<b>Total del Activo Corriente</b>	25.599,48
<b>ACTIVO NO CORRIENTE</b>	
Inversiones (Nota 6)	740.083,52
Bienes de uso (Anexo I)	144.430,43
<b>Total del Activo No Corriente</b>	884.513,95
<b>Total del Activo</b>	910.113,43
<b>PASIVO Y PATRIMONIO NETO</b>	
<b>PASIVO</b>	
<b>PASIVO CORRIENTE</b>	
Remuneraciones y Cargas Sociales (Nota 7)	4.540,40
Otras Deudas (Nota 8)	2.956,92
<b>Total del Pasivo Corriente</b>	7.497,32
<b>PASIVO NO CORRIENTE</b>	
Previsiones (Nota 9)	1.152,47
<b>Total del Pasivo No Corriente</b>	1.152,47
<b>Total del Pasivo</b>	8.649,79
<b>PATRIMONIO NETO</b>	
(Según estado correspondiente)	901.463,64
<b>Total del Pasivo y Patrimonio Neto</b>	910.113,43

Las notas y anexos que se acompañan son parte integrante de los estados contables.

**Estado de Recursos y Gastos**  
Correspondiente al ejercicio económico  
iniciado el 1° de enero de 2003  
y finalizado el 31 de diciembre de 2003 (Notas 1 a 3)

	\$
<b><u>RESULTADOS ORDINARIOS</u></b>	
<b><u>RECURSOS</u></b>	
Para fines generales ( Anexo II )	122.177,19
<b><u>GASTOS</u></b>	
Generales de administración (Anexo III)	(138.046,52)
Amortización de Bs. De Uso (Anexo I)	(19.663,64)
<b>SUBTOTAL</b>	<u>(35.532,97)</u>
Resultados Financieros y por Tenencia ( incluye R.E.I.) (Nota 10)	60.682,70
<b>Resultado del ejercicio - SUPERAVIT</b>	<u>25.149,73</u>

Las notas y anexos que se acompañan son parte integrante de los estados contables.

**Estado de Evolución del Patrimonio Neto**  
 Correspondiente al ejercicio económico  
 iniciado el 1º de enero de 2003  
 y finalizado el 31 de diciembre de 2003 (Notas 1 a 3)

Concepto	Capital social (Nota II)	Ajuste del Capital	Resultados no asignados	Total
		\$		
Saldos al inicio	1.014.852,24	266.294,33	(411.876,28)	869.270,29
Ajuste saldos iniciales	—	10.381,02	(3.337,40)	7.043,62
<b>Saldos iniciales ajustados</b>	<b>1.014.852,24</b>	<b>276.675,35</b>	<b>(415.213,68)</b>	<b>876.313,91</b>
Absorción de los Resultados Anteriores	(415.213,68)	—	415.213,68	
Resultado del ejercicio Superávit	—	—	25.149,73	25.149,73
<b>Saldos al cierre</b>	<b>599.638,56</b>	<b>276.675,35</b>	<b>25.149,73</b>	<b>901.463,64</b>

Las notas y anexos que se acompañan son parte integrante de los estados contables.

## Notas a los Estados Contables

Correspondientes al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2003 y finalizado el 31 de diciembre de 2003

### NOTA 1 – CONTEXTO ECONOMICO ARGENTINO

La República Argentina se encuentra inmersa en un delicado contexto económico, cuyos principales indicadores son un alto nivel de endeudamiento externo, un sistema financiero en crisis, un riesgo país que ha alcanzando niveles muy altos y una situación económica que ha comenzado a mostrar una recuperación. En lo que respecta al año 2003, se puede definir un panorama económico que ha venido mejorando, con la ayuda de determinados sectores de la economía. Esta situación ha generado una reducción en el nivel de desempleo y un leve repunte de la capacidad del Gobierno Nacional para cumplir con sus obligaciones, recordemos que el mismo declaró el incumplimiento del pago de los servicios de la deuda pública a fines del año 2001. Asimismo, a fines del mes de abril de 2003 se celebraron elecciones presidenciales y el nuevo Gobierno asumió a fines del mes de mayo.

Para hacer frente a la crisis que vive el país, a partir del mes de diciembre de 2001, el Gobierno emitió medidas tendientes a restringir la libre disponibilidad y circulación de efectivo y la transferencia de divisas al exterior. Con posterioridad, y a partir del mes de enero del 2002, se emitieron leyes, decretos y regulaciones que implicaron un profundo cambio del modelo económico vigente hasta ese momento. Entre las medidas adoptadas se destaca la puesta en vigencia de la flotación del tipo de cambio, que derivó en una devaluación significativa que se registró durante los primeros meses del año 2002; la pesificación de ciertos activos y pasivos en moneda extranjera mantenidos en el país y el consecuente incremento de los precios internos.

La evolución futura de la situación económica podría requerir que el Gobierno modifique alguna medida adoptada o emita regulaciones adicionales. En consecuencia, los estados contables de la Entidad deben ser leídos a la luz de estas circunstancias.

### NOTA 2 - PRESENTACION DE LOS ESTADOS CONTABLES

Los estados contables se exponen conforme a los lineamientos de las Resoluciones Técnicas N° 8 y 11 de la Federación Argentina de Consejos



Profesionales de Ciencias Económicas (F.A.C.P.C.E), aprobadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de acuerdo con Resoluciones de la Inspección General de Justicia.

### NOTA 3 - POLITICAS CONTABLES

Los estados contables han sido preparados conforme a los lineamientos de las Resoluciones Técnicas N° 6, 8 y 11 de la F.A.C.P.C.E. de acuerdo con lo dispuesto por las Resoluciones N° 169/92 y 145/96 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

#### a. Consideración de los efectos de la inflación

De acuerdo con normas contables profesionales y con requerimientos de los organismos de contralor, los presentes estados contables han sido preparados sin reconocer los cambios en el poder adquisitivo de la moneda hasta el 31 de diciembre de 2001. Desde el 1 de enero de 2002 y de acuerdo con lo establecido por las normas contables profesionales se ha reiniciado el reconocimiento de los efectos de la inflación, considerando que las mediciones contables que tengan fecha de origen anterior al 31 de diciembre de 2001 se encuentran expresadas en moneda de esa fecha.

Con fecha 25 de marzo de 2003, el Poder Ejecutivo Nacional emitió el Decreto N° 664 que establece que los estados contables de ejercicios que cierran a partir de dicha fecha sean expresados en moneda nominal. En consecuencia, y de acuerdo con la Resolución General N° 4/2003 emitida por la Inspección General de Justicia, la Entidad discontinuó la reexpresión de los estados contables a partir del 1 de marzo de 2003. Con fecha 13 de noviembre de 2003 mediante la Resolución MD 41/2003 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires dispuso discontinuar la aplicación de la reexpresión a moneda homogénea prevista en la Resolución Técnica N° 6 para los balances cerrados a partir del 1° de octubre de 2003 .

El índice utilizado a los efectos de la reexpresión de las partidas de los presentes estados contables es el índice de precios internos al por mayor publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

En el estado de resultados del ejercicio se exponen en forma conjunta bajo la denominación "Resultado financiero neto", los siguientes conceptos:

a. El resultado por exposición al cambio en el poder adquisitivo de la moneda

b. Los otros resultados por tenencia generados en el ejercicio.

c. Los resultados financieros.

A continuación se incluyen las políticas contables de mayor relevancia utilizadas en la preparación de los estados contables:

b. Activos y pasivos en moneda extranjera

Los activos y pasivos en moneda extranjera han sido valuados a los tipos de cambio vigentes al cierre del ejercicio.

c. Títulos Públicos

Han sido valuados al valor de cotización al cierre del ejercicio. A partir del 25 de marzo de 2002 todos los títulos públicos argentinos que negocian en Bolsa, incluyen en su precio el cupón de interés y renta impagos.

**NOTA 3 - POLITICAS CONTABLES (Continuación)**

d. Bienes de uso

Los bienes de uso han sido valuados a su costo de adquisición reexpresado siguiendo los lineamientos indicados en el punto 3.a., neto de sus depreciaciones acumuladas. El monto así obtenido se comparó con el valor recuperable de los bienes, haciendo las reducciones necesarias a fin de que el valor residual de los bienes, en su conjunto, no supere dicho valor recuperable.

e. Cuentas del patrimonio neto

Los movimientos de las cuentas del patrimonio neto han sido reexpresados siguiendo los lineamientos detallados en la nota 3.a.

f. Estimaciones contables

La preparación de los estados contables en conformidad con normas profesionales vigentes requiere que la Mesa Directiva de la Entidad efectúe estimaciones y evaluaciones que afectan el monto de los activos y pasivos registrados, y de los activos y pasivos contingentes revelados a la fecha de emisión de los presentes estados contables, como así también los ingresos y gastos registrados en el ejercicio. Los resultados reales futuros pueden diferir de las estimaciones y evaluaciones realizadas por la Entidad a la fecha de preparación de los presentes estados contables.

**NOTA 4 - CAJAY BANCOS**

Al 31 de diciembre de 2003, la composición del rubro es la siguiente:

	\$
Caja	560,83
Moneda extranjera US\$ 1.419 a \$ 2,88	4.086,72
Banco de la Nación Argentina cta.cte.	3.573,79
	8.221,34

**NOTA 5 - OTROS CREDITOS**

Al 31 de diciembre de 2003, la composición del rubro es la siguiente:

	\$
Cupón renta BONEX 92 (devengado en el año 2002) a cobrar	14.768,14
Anticipos a empleados	2.610,00
	17.378,14

**NOTA 6 - INVERSIONES**

Con respecto a los Bonos que hubiere correspondido agrupar como corrientes, en default, se ha tomado la decisión de exponerlos como No corrientes, dado su no disponibilidad.

Al 31 de diciembre de 2003, la composición del rubro es la siguiente:

	<u>\$</u>
295.362,50 BONEX 92 a \$ 0,80 (1)	236.289,99
251.012 Bonos Global 2008 a \$ 0,8105 (1)	203.445,23
160.700 BODEN 2012 a \$ 1,869	300.348,30
	<u>740.083,52</u>

(1) Corresponde a aquellos títulos en los que La Bolsa ha tomado conocimiento de que el emisor, no puso o no pondrá a disposición los fondos necesarios para atender el pago de los servicios comprometidos. Los Bonos Global 2008 incluyen en su cotización los cupones pendientes de cobro.

#### NOTA 7 - REMUNERACIONES Y CARGAS SOCIALES

Al 31 de diciembre de 2003, la composición del rubro es la siguiente:

	<u>\$</u>
Cargas Sociales a pagar	<u>4.540,40</u>

#### NOTA 8 - OTRAS DEUDAS

Al 31 de diciembre de 2003, la composición del rubro es la siguiente:

	<u>\$</u>
Provisión para vacaciones, S.A.C., y cargas sociales	<u>2.956,92</u>

#### NOTA 9 - PREVISIONES

Al 31 de diciembre de 2003, la composición del rubro es la siguiente:

	<u>\$</u>
Provisión para despidos	<u>1.152,47</u>

**NOTA 10 – RESULTADOS FINANCIEROS Y POR TENENCIA**

Al 31 de diciembre de 2003, la composición del rubro es la siguiente:

	\$	\$
<u>Resultados por Tenencia de Títulos</u>		
Diferencia de cotización de bonos al 31/12/03	56.915,48	
Valorización cupones no cobrados del BONEX 92	3.839,73	60.755,21
<u>Diferencia de Cambio</u>		
por cotización de Moneda extranjera al cierre		(2.190,96)
<u>Generados por Activos</u>		
Renta BODEN 2012		7.867,66
<u>Resultado por Exposición a la Inflación (R.E.I.)</u>		
R.E.I. generado por Activos - ganancia	1.318,94	
R.E.I. generado por el Patrimonio Neto- pérdida	(7.043,62)	
R.E.I. generado por cuentas de Resultado- pérdida	(24,53)	(5.749,21)
Resultado Financiero y por Tenencia ( incluye R.E.I.)		<u>60.682,70</u>

**NOTA 11 - COMPOSICION DEL CAPITAL**

En este Ejercicio se ha adoptado el siguiente criterio:

La Cuenta Capital Social esta compuesta por el Capital social según el Balance al 31 de diciembre de 2002 de \$ 1.014.852,24 disminuido por el déficit del ejercicio anterior, ajustado a moneda de cierre, que ha sido absorbidos al Capital por la suma de \$ 415.213,68.

En consecuencia, la cuenta Resultados no Asignados refleja el resultado del presente Ejercicio.

**NOTA 12**

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 comparativa.

**NOTA 13**

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 14**

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.

**NOTA 15**

Las indemnizaciones por despidos se cargan a resultados en el momento de su conocimiento

Correspondiente al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2003  
y finalizado el 31 de diciembre de 2003

### Bienes de Uso- Anexo I

DETALLE	VALOR AL INICIO	AUMENTOS/		VALOR AL CIERRE	AMORTIZACION		BAJAS	ACUM. AL CIERRE	NETO AL RESULT.
		COMPRAS	BAJAS		ACUM. AL COMIENZ.	DEL EJERCICIO.			
	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$
Inmuebles	92.442,57			92.442,57	25.935,27	2.046,37		27.981,64	64.460,93
Muebles y Útiles	241.121,48			241.121,48	161.759,56	14.170,96		175.930,52	65.190,96
Biblioteca	70.357,01			70.357,01	52.132,16	3.446,31		55.578,47	14.778,54
TOTALES	403.921,06			403.921,06	239.826,99	19.663,64		259.490,63	144.430,43

**Recursos para fines generales**

Correspondiente al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2003  
y finalizado el 31 de diciembre de 2003

	ANEXO II
<u>DETALLE</u>	\$
Contribuciones	121.503,11
Venta de publicaciones	<u>674,08</u>
TOTAL	<u>122.177,19</u>

**Gastos Generales de Administración**

Correspondiente al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2003  
y finalizado el 31 de diciembre de 2003

	ANEXO III
<u>DETALLE</u>	\$
Sueldos del personal	81.283,12
Cargas Sociales	18.508,89
Mantenimiento y refacciones	806,01
Diversos Administración	<u>37.448,50</u>
TOTAL	<u>138.046,52</u>



## TÍTULOS PÚBLICOS

Correspondiente al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2003  
y finalizado el 31 de diciembre de 2003

## ANEXO IV

Denominación y característica de los valores	Emisor	Valor Nominal	Cantidad V.Residual	Valor de Cotización \$	Valor de libros \$
<b>INVERSIONES NO CORRIENTES</b>					
BX92		2.362.900	295.363	0,80	236.289,99
GD08	BONEX GLOBAL 2008	251.012	251.012	0,8105	203.445,23
RG12	BODEN 2012	160.700	160.700	1,869	300.348,30
<b>TOTAL DE TÍTULOS</b>					<b>740.083,52</b>

<b>TOTAL DE INVERSIONES</b>					<b>740.083,52</b>
-----------------------------	--	--	--	--	-------------------

**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

<u>MESYAÑO</u>	<u>\$</u>
01/2003	12.016,00
03/2003	16.539,00
04/2003	3.359,00
05/2003	16.539,00
06/2003	9.949,00
07/2003	11.629,00
08/2003	9.949,00
09/2003	9.949,00
10/2003	9.949,00
11/2003	9.949,00
12/2003	11.629,00
<b>TOTAL CONTRIBUCIONES ESTATALES RECIBIDAS</b>	<u><b>121.456,00</b></u>
(a valores históricos)	

En el cuerpo del Balance se encuentran valuadas en moneda del 31/12/03 y asciende a \$ 121.503,11

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

**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 2003.
- 1.2. Estado de Recursos y Gastos por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2003.
- 1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2003.
- 1.4. Anexo N° 13/90 de la Inspección General de Justicia.
- 1.5. Anexos 1 a 4 y Notas 1 a 15 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 Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Estas normas requieren que el auditor planifique y desarrolle la auditoría para formarse una opinión acerca de la razonabilidad de la información de carácter significativo que contengan los Estados contables preparados de acuerdo con las normas contables vigentes y consideradas en su conjunto. Una auditoría incluye el examen, sobre bases selectivas, de los elementos de juicio que respaldan la información expuesta en los estados contables, y la evaluación de las normas contables utilizadas en su preparación y, como parte de ello, de la razonabilidad de las

estimaciones de significación hechas por la Mesa Directiva, y no tiene por objeto, ni necesariamente permite, detectar delitos o irregularidades intencionales.

### 3.-DICTAMEN

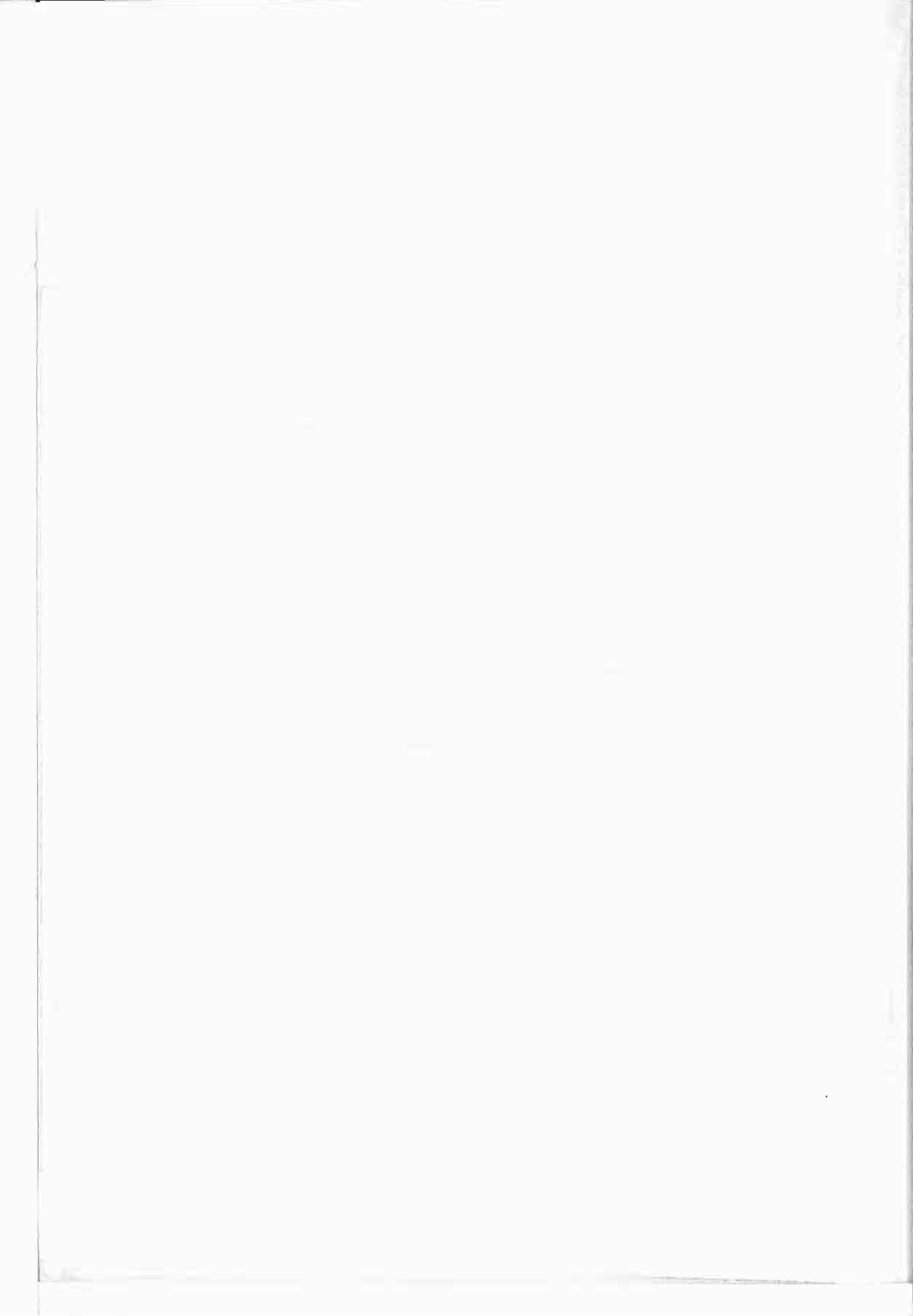
En mi opinión, los estados contables mencionados en el apartado 1. presentan razonablemente, la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al 31 de diciembre de 2003, los resultados de sus operaciones y las variaciones en el patrimonio neto por el ejercicio finalizado en esa fecha, de acuerdo con las Normas Contables Profesionales vigentes aplicadas.

### 4.-INFORMACION ESPECIAL REQUERIDA POR DISPOSICIONES VIGENTES

A efectos de dar cumplimiento a las disposiciones vigentes, informo que:

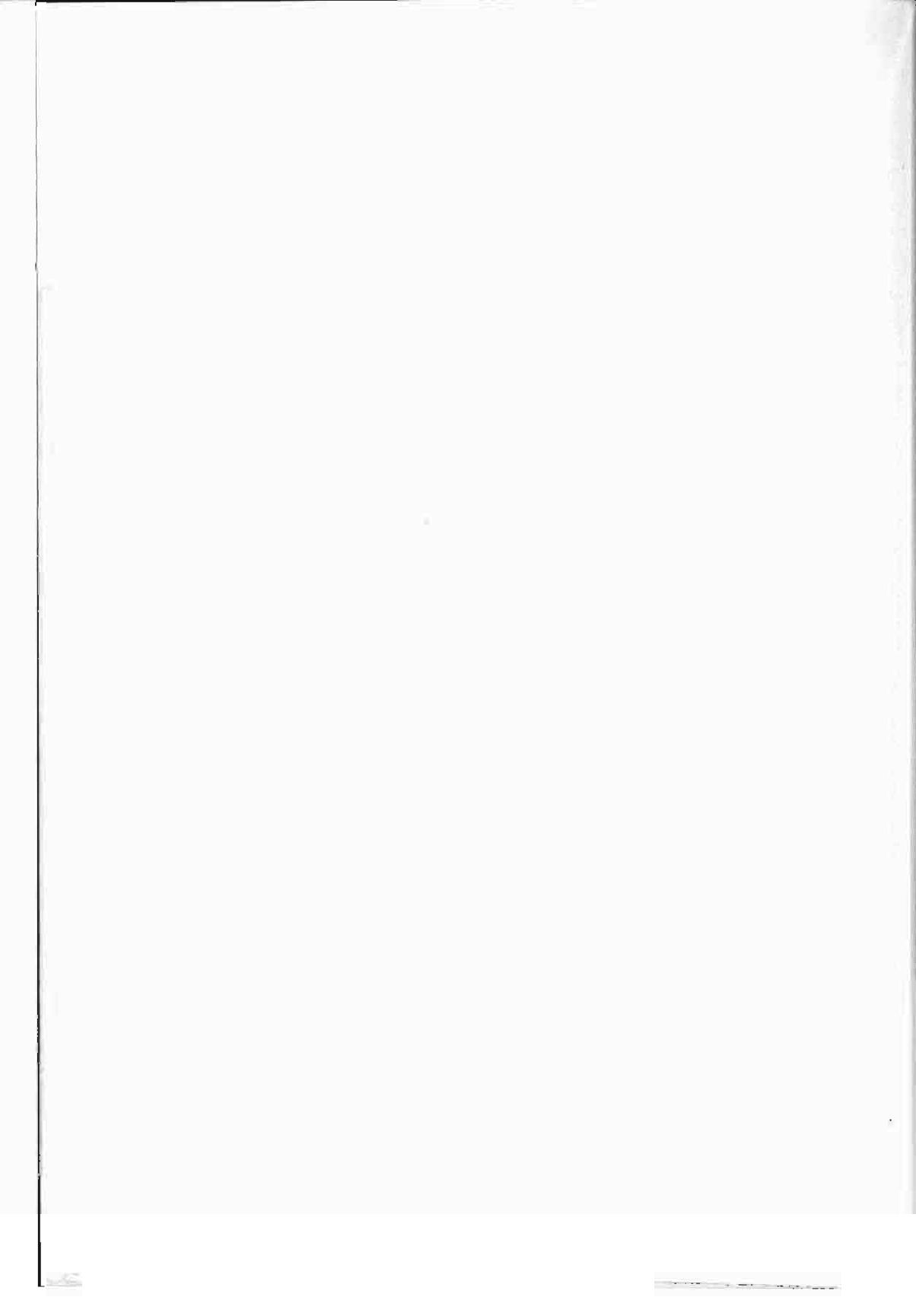
- 4.1. Los estados contables que se mencionan en 1., surgen de registros contables llevados en sus aspectos formales de conformidad con las normas legales vigentes.
- 4.2. Los estados contables adjuntos han sido preparados dando cumplimiento a la Resolución General N° 4/2003 de la Inspección General de Justicia.
- 4.3. Al 31 de Diciembre de 2003, la deuda devengada a favor de la Administración Nacional de la Seguridad Social en concepto de aportes y contribuciones asciende a \$3.638,28, no siendo exigible a dicha fecha.

Buenos Aires, 11 de febrero de 2004



# VII

SITIALES ACADEMICOS



## SITIALES ACADÉMICOS

*Fecha de  
designación*

### *ROQUE SAENZ PEÑA - SITIAL N° 1*

Carlos Saavedra Lamas	25-07-25
Mauricio Yadarola	20-08-59
Aquiles A. Guaglianone	27-12-61
Roberto Martínez Ruíz	19-10-78
Héctor Alegria	9-10-03

### *NICOLÁS AVELLANEDA - SITIAL N° 2*

Enrique Ruiz Guiñazú	23-10-25
Margarita Argúas	9-10-68
Félix Trigo Represas	18-06-87

### *ANTONIO BERMEJO - SITIAL N° 3*

Clodomiro Zavalía	9-09-26
Isidoro Ruiz Moreno (h)	5-07-60
Juan Carlos Cassagne	23-10-86

### *ROBERTO REPETTO - SITIAL N° 4*

Benito Nazar Anchorena	9-09-26
Sebastián Soler	9-12-71
Julio C. Cueto Rúa	15-09-81



*JUANA. BIBILONI - SITIAL N° 5*

Juan P. Ramos	12-11-26
Ernesto J. Ure	5-07-60
Guillermo Garbarini Islas	12-09-74
Mario Justo López	30-10-80
Antonio Vázquez Vialard	13-09-90

*JOSÉ A. TERRY - SITIAL N° 6*

Juan J. Díaz Arana	12-11-26
Juan Francisco Linares	24-11-66
Jorge Reinaldo Vanossi	11-08-94

*BARTOLOMÉ MITRE - SITIAL N° 7*

Mariano De Vedia y Mitre	9-11-27
Salvador Fornieles	24-07-58
Ambrosio Romero Carranza	18-10-67
Santos Cifuentes	14-09-00

*JUAN BAUTISTA ALBERDI - SITIAL N° 8*

Juan A. González Calderón	25-07-28
Julio H. G. Olivera	6-05-64

*SALVADOR MARÍA DEL CARRIL - SITIAL N° 9*

Matías G. Sánchez Sorondo	16-07-30
Eduardo Bidau	20-05-59
Juan R. Aguirre Lanari	19-10-78

*DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO - SITIAL N° 10*

Jorge Eduardo Coll	18-06-34
Héctor Lanfranco	9-10-68
Lino E. Palacio	18-06-87

*LISANDRO SEGOVIA - SITIAL N° 11*

Rafael Bielsa	14-05-36
José María López Olaciregui	26-06-67
Guillermo A. Borda	10-12-92
Roberto E. Guyer	10-04-03

*JOSÉ N. MATIENZO - SITIAL N° 12*

Agustín N. Matienzo	22-10-36
Manuel V. Ordoñez	15-10-74
Carlos M. Muñíz	10-08-89

*MANUEL OBARRIO - SITIAL N° 13*

Atilio Dell'Oro Maini	6-06-39
José Domingo Ray	22-05-75

*JOSÉ FIGUEROA ALCORTA - SITIAL N° 14*

Gastón Federico Tobal	13-10-39
Federico Pinedo	10-09-68
Manuel María Diez	13-07-72
Eduardo Aguirre Obarrio	28-10-93

*MARIANO MORENO - SITIAL N° 15*

Ricardo Levene	17-09-40
José Manuel Saravia	21-07-59
Augusto M. Morello	23-10-86

*ALFREDO COLMO - SITIAL N° 16*

Pablo Calatayud	24-06-42
Elías P. S. Guastavino	30-10-80
Jorge Horacio Alterini	14-12-00

*JOSÉ MARÍA MORENO - SITIAL N° 17*

Tomás A. Le Breton	13-11-42
Juan Carlos Rébora	21-07-59
Miguel S. Marienhoff	7-09-65
Carlos María Bidegain	8-04-99

*EDUARDO ACEVEDO - SITIAL N° 18*

Carlos A. Acevedo	20-12-44
Felipe A. Espil	24-11-66
José María Ruda	1-08-74
Hugo Caminos	23-11-95

*RODOLFO RIVAROLA - SITIAL N° 19*

Horacio C. Rivarola	20-12-44
Carlos Zavala Rodríguez	15-07-71
Jaime L. Anaya	10-08-89

*MANUEL QUINTANA - SITIAL N° 20*

Juan Silva Riestra	28-10-47
Germán Bidart Campos	15-07-71

*CARLOS PELLEGRINI - SITIAL N° 21*

Adolfo Bioy	28-05-56
Manuel Río	6-05-63
Alberto Rodríguez Galán	9-05-85

*DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD - SITIAL N° 22*

Eduardo B. Busso	28-05-56
Jorge Bustamante Alsina	9-05-85
Julio César Rivera	25-11-99

*LUIS MARÍA DRAGO - SITIAL N° 23*

Mariano Drago	28-05-56
Carlos A. Adrogué	26-06-67
Alberto Rodríguez Varela	16-07-75

*ARISTÓBULO DEL VALLE - SITIAL N° 24*

Alberto Hueyo	28-05-56
Marco A. Risolía	6-05-63
Aída Kemelmajer de Carlucci	24-09-96

*JOSÉ MANUEL ESTRADA - SITIAL N° 25*

Eduardo Labougle	28-05-56
Carlos C. Malagarriga	21-10-65
Federico Videla Escalada	30-11-72

*ESTEBAN ECHEVERRÍA - SITIAL N° 26*

Segundo Linares Quintana	28-05-56
--------------------------	----------

*FÉLIX GREGORIO FRÍAS - SITIAL N° 27*

Alberto G. Padilla	28-05-56
Horacio A. García Belsunce	9-09-82

*CARLOS CALVO - SITIAL N° 28*

José M. Paz Anchorena	28-05-56
Alfredo Orgaz	28-08-58
Luis E. Negri Pisano	25-07-75
Jorge Aja Espil	26-07-84

*ESTANISLAO ZEBALLOS - SITIAL N° 29*

Luis A. Podestá Costa	28-05-56
Jorge M. Mayer	28-08-63
Julio César Otaegui	23-09-99

*LUCIO VICENTE LÓPEZ - SITIAL N° 30*

Francisco Ramos Mejía	28-05-56
Enrique Ramos Mejía	9-10-68
Víctor Tau Anzoátegui	13-12-01

INDICE  
ANALES 2003

I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

<i>Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.</i> Disertación pronunciada por el Académico Presidente doctor Horacio A. García Belsunce, en la sesión pública del 8 de mayo de 2003. ....	3
Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Horacio A. García Belsunce. ....	24
<i>Los derechos personalísimos en la Constitución Nacional y el Derecho Civil.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Félix A. Trigo Represas, en la sesión pública del 22 de mayo de 2003. ...	27
Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Horacio A. García Belsunce. ....	52
Discurso de recepción por el Académico doctor Hugo Caminos. ...	54
<i>El derecho internacional al inicio del Siglo XXI.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Roberto E. Guyer, en oportunidad de su incorporación como académico titular, en la sesión pública del 13 de noviembre de 2003. ....	59

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>La recodificación. Un estudio de derecho comparado.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Julio César Rivera, en la sesión privada del 24 de abril de 2003. ....	73
--	----

<i>La eficacia (o ineficacia) de la llamada fianza "excesiva".</i> Comunicación efectuada por la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 12 de junio de 2003. ....	144
<i>El genoma humano y el Derecho Civil, preferentemente en el área de la persona.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Santos Cifuentes, en la sesión privada del 26 de junio de 2003. ....	188
<i>Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Lino E. Palacio, en la sesión privada extraordinaria del 4 de agosto de 2003. ....	204
<i>Lineamientos del anteproyecto de reformas a la ley de Sociedades Comerciales.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Jaime Luis Anaya, en la sesión privada del 28 de agosto de 2003. .	215
<i>La Societas Europæa.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Julio César Otaegui, en la sesión privada del 11 de setiembre de 2003. ....	239
<i>El proceso de desorganización del derecho del trabajo.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Antonio Vázquez Vialard, en la sesión privada del 23 de octubre de 2003. ....	248
<i>Poderes inherentes del Poder Judicial (caso NASCO de la Suprema Corte de los EE.UU.)</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Jorge A. Aja Espil, en la sesión privada del 27 de noviembre de 2003. ....	307
<i>Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión privada del 11 de diciembre de 2003. ....	328

### III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Germán Bidart Campos. Fidelidad a una vocación.</i> Disertación del Académico doctor Augusto M. Morello con motivo del homenaje al doctor Germán Bidart Campos, el 19 de agosto de 2003, en la Sociedad Científica Argentina. ....	345
<i>La inoponibilidad de los actos jurídicos y la vigencia de una lección del doctor Roberto Martínez Ruiz,</i> por el Académico doctor Augusto M. Morello. ....	348

#### IV. HOMENAJES

*Homenaje al Académico doctor Miguel S. Marienhoff en la sesión pública del 14 de agosto de 2003.*

Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Horacio A. García Belsunce. ....	355
Discursos de homenaje del doctor Juan Carlos Cassagne .....	357
Discursos de homenaje del doctor Alberto Rodríguez Galán .....	363
Discursos de homenaje del doctor Carlos María Bidegain .....	373

#### V. DECLARACIONES Y DICTAMENES

Declaración sobre proyecto de cambio de denominación de un tramo de la Avenida Sarmiento por Avenida Rosas. ....	383
Declaración sobre la Corte Suprema de Justicia. ....	384
<i>Las organizaciones no gubernamentales.</i> Consulta de la Federación Argentina de Entidades Pro Atención a las Personas con Discapacidad Intelectual. ....	386
<i>Análisis y estudio de la reforma política.</i> Consulta del Ministerio del Interior. ....	392
<i>Transporte Marítimo de Mercancías.</i> Consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. ....	397

#### VI. MEMORIA Y BALANCE

Memoria 2003. ....	403
Balance del ejercicio 2003. ....	461

#### VII. SITIALES ACADÉMICOS

Sitiales académicos. ....	481
---------------------------	-----